

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 344

OCTUBRE-DICIEMBRE

2021

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

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

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

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

Entre las bases disponibles, se hallan las siguientes:

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

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 344

OCTUBRE-DICIEMBRE

2021

OCTUBRE

CORPUS *s/* CONC. PREV. INFORME VERBAL DE LA SINDICATURA – BANCO HISPANO CORFIN Cía. FIN. – *s/* RECURSO DE QUEJA

BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Es arbitraria la sentencia que rechazó la excepción de falsedad de ejecutoria deducida por el BCRA fundándose, exclusivamente, en la circunstancia de que la condena en costas que le fue impuesta solidariamente se hallaba firme y alcanzada por los efectos de la cosa juzgada, lo cual obstaba a reeditar tal cuestión por aquellos a quienes la sentencia podía serle opuesta, pues omitió ponderar las defensas opuestas por ese organismo referentes a que las actuaciones fueron llevadas adelante por la sindicatura de banco en liquidación cuyos letrados carecían de poderes para representarlo; que las notificaciones anteriores al planteo de nulidad efectuado por el ente rector fueron diligenciadas al letrado de dicha entidad en liquidación; que existe una categórica diferenciación entre la actuación del BCRA como síndico liquidador de una entidad a la que representa procesal y sustancialmente, y la de este *per se*; y que el ejercicio de la sindicatura concursal en los procesos falenciales de entidades financieras no conllevaba confusión de patrimonios ni de personas.

COSA JUZGADA

La regla de irrevisibilidad de lo resuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada cede cuando esta sea incompatible con la garantía de defensa en juicio, pues no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino solo a aquellas que han sido precedidas por un proceso contradictorio, en el que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y de pruebas.

COSA JUZGADA

Cuando los efectos de la cosa juzgada se extienden a otro interesado, corresponde su participación en la causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO

La decisión impugnada es equiparable a definitiva, a los fines del art. 14 de la ley 48, si el apelante carecerá en el futuro de otras oportunidades para replantear su agravio.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien en lo formal el recurso extraordinario resulta admisible al haberse alegado que se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de normativa de indudable naturaleza federal, al invocarse también arbitrariedad en la decisión corresponde tratar, en primer lugar, tal argumentación por cuanto ante la existencia de tal anomalía no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha.

SENTENCIA ARBITRARIA

Resultan descalificables, en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, las sentencias que con menoscabo de los derechos de defensa en juicio y de propiedad (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional) omiten tratar cuestiones oportunamente planteadas por las partes y conducentes para la correcta resolución de la causa.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis rechazó el recurso extraordinario de inconstitucionalidad local deducido por el Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.) contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas y Laboral no 1 (fs. 17/18 y 197/200).

Este último pronunciamiento había declarado desierta la apelación de fojas 4/16, confirmando, de tal modo, la sentencia de la instancia de grado que había rechazado la excepción de falsedad ejecutoria opuesta por ese organismo de control en el incidente de ejecución de senten-

cia por cobro de honorarios devengados en el expediente 4445/0, “Corpus-concurso preventivo informe verbal de la Sind. crédito n° 35 Banco Hispano Corfín - recurso de queja», en el que había sido condenado en costas solidariamente con el Banco Hispano Confín Cía. Fin. S.A. (fs. 1/2, y fs. 342/345, 350/383, 384/406, 827/828 y 925/926, del agregado). El B.C.R.A. fundó esa excepción en la falta de participación de su parte en esa última causa citada (fs. 707/719, del expediente agregado).

El superior tribunal provincial, en primer lugar, señaló que, mediante el remedio excepcional de inconstitucionalidad, el recurrente procuraba la reconsideración de cuestiones ya decididas por ese máximo tribunal local, con otra integración, en la causa 4445/0, que se encontraban firmes y consentidas.

Al respecto, explicó que, en ocasión de resolver los aspectos ahora planteados, se había señalado que el B.C.R.A., en su carácter de interventor y liquidador del Banco Hispano Corfín, había provocado el concurso preventivo de Corpus S.A., como consecuencia de un pedido de quiebra solicitado, sin que dicha entidad estuviera realmente en cesación de pagos, y que esa conducta ilícita generó la responsabilidad civil extracontractual del ente rector (arts. 1109, 1110, 1112 y 1113 del Código Civil entonces vigente).

Por otra parte, consideró que la decisión impugnada contaba con la debida fundamentación y, por lo tanto, no podía ser descalificada como acto judicial válido. En tal sentido, advirtió que la cámara había realizado un examen pormenorizado de las constancias del expediente para concluir que la litis fue integrada con el B.C.R.A. -quien contó con la oportunidad de audiencia y prueba que hace a su derecho de defensa- y que el tema de la participación, responsabilidad y representación por profesionales del derecho del ente rector tenía carácter de cosa juzgada.

Finalmente, concluyó que toda la argumentación recursiva estuvo orientada a objetar la extensión de la condena al B.C.R.A., siendo que esta cuestión ya había sido resuelta y era, por lo tanto, irrevisable, y que de las propias actuaciones surgía la enérgica defensa realizada por los letrados intervinientes para tratar de evitarla.

Contra ese pronunciamiento, el B.C.R.A. interpuso recurso extraordinario, que fue contestado por la concursada y concedido (fs. 202/224, 237/256, 270/272 y 278).

-II-

En lo sustancial, el recurrente afirma que la sentencia es definitiva pues, al sostener que las cuestiones planteadas se encuentran resuel-

tas y firmes en la causa 4445/0 y que su parte pudo ejercer su derecho de defensa oportunamente, pone fin al pleito e impide su continuación.

Alega que la sentencia impugnada vulneró sus derechos a la igualdad, propiedad y debido proceso (artículos 16, 17 y 18, Constitución Nacional) y resolvió en contra de lo dispuesto por la Ley 21.526 de Entidades Financieras y la doctrina de la Corte Suprema establecida en el precedente de Fallos: 310:2375, "Oliver", pues, deja firme el rechazo de la excepción de falsedad de la ejecutoria interpuesta, y terminó convalidando la condena en costas dictada en su contra mediante un proceso del que no fue parte.

Arguye, en tal sentido, que el tribunal confunde las figuras del banco como síndico liquidador de Banco Hispano Corfin y como entidad de control actuando como tal. En particular, argumenta que los letrados que tomaron parte en el proceso carecían de poder para actuar en nombre del B.C.R.A., pues su mandato se limitaba a la representación de la entidad en liquidación. Por esta razón, afirma que las notificaciones efectuadas en los domicilios procesales constituidos por los apoderados del síndico liquidador no resultan válidas y que, por el contrario, debieron practicarse en el domicilio real del ente rector. En suma, solicita la nulidad de lo actuado en tanto se afectó el patrimonio del B.C.R.A. sin otorgarle la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, el recurrente considera que el caso reviste gravedad institucional, pues las cuestiones involucradas exceden el interés individual y atañen a los de toda la comunidad. Argumenta que la sentencia desconoce principios básicos del debido proceso, y se aparta de la normativa federal citada.

-III-

Ante todo cabe señalar que el juez de primera instancia, en el incidente de revisión del crédito promovido por Banco Hispano Corfin a través del B.C.R.A. en su carácter de interventor primero y, luego, como síndico liquidador, tras desestimar la pretensión, admitió la reconvencción promovida por Corpus S.A. y condenó al pretense acreedor -Banco Hispano Corfin- al pago de los daños y perjuicios ocasionados por haber solicitado su quiebra so pretexto de un crédito inexistente, que condujo a la formación de su concurso preventivo, sin encontrarse en cesación de pagos.

En esa resolución, el magistrado, pese a admitir que el B.C.R.A., actuando como interventor y síndico liquidador del banco mencionado, había generado los hechos que fundaban la sentencia, entendió que no

correspondía su condena pues no había sido solicitada por la interesada. Esta decisión fue, en un primer momento, confirmada por la cámara, quien entendió que no podía extenderse la condena al B.C.R.A. como pretendía la recurrente, pues había integrado la *litis* como representante de la masa, o concurso del Banco Hispano Corfin y no en nombre propio (fs. 6/8, del expediente 4445/0).

Sin embargo, con fecha 12 de noviembre de 1992, el Superior Tribunal de Justicia de San Luis, por mayoría, resolvió acoger el recurso extraordinario interpuesto por Corpus S.A., por considerar incongruente la sentencia de primera instancia que no obstante admitir que fue el B.C.R.A. el que generó los hechos que fundan la condena de Banco Hispano Corfin, no incluye en tal decisión al ente de control, so pretexto de no haber sido solicitado por la concursada. Valoró que esa conclusión reviste un excesivo rigor formal, pues Corpus S.A. había solicitado que “la contraria” repare los daños y perjuicios ocasionados, y por cuanto resulta jurídicamente imposible escindir la conducta de aquél con la del banco intervenido, de manera que la actuación del representante legal afecta necesariamente tanto al intervenido como al interventor.

En consecuencia, ordenó devolver las actuaciones para que se dictase una nueva sentencia (fs. 163/169, del agregado). En esas condiciones, la cámara, el 28 de diciembre de 1999, hizo lugar al recurso deducido por Corpus S.A. y condenó al B.C.R.A. al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la sindicatura del Banco Hispano Corfin -remitiéndose a los fundamentos de la sentencia del máximo tribunal local-, e impuso los gastos causídicos a la apelada (fs. 342/344 del agregado). Esta decisión fue notificada al domicilio legal del abogado Julio José De la Mota, síndico liquidador que actúa por poder extendido por el B.C.R.A. (fs. 346, agregado y 707 vta.).

Posteriormente, en fecha 24 de julio de 2000, el abogado de Corpus S.A., en representación de ésta y por su propio derecho, inició el proceso de ejecución de sentencia y solicitó la regulación de los honorarios correspondientes. Ordenado el traslado, este se notificó por cédula al domicilio constituido por De la Mota (fs. 384/406, 424 y 425, expte. *cit.*). Sin embargo, la jueza de grado, al advertir que el abogado actuaba en nombre y representación del Banco Hispano Corfin en liquidación concursal y no del B.C.R.A., ordenó que el traslado de la demanda ejecutiva, así como la sentencia de cámara que había extendido la condena al ente rector, fuesen notificados en su domicilio real, sito en la Ciudad de Buenos Aires, y al concurso del Banco Hispano Corfin (fs. 428 y 430, expte. *cit.*).

Esta decisión fue apelada y, a su turno, revocada por la cámara, quien consideró que la situación procesal del B.C.R.A. había sido dirimida por el superior tribunal en la sentencia de fojas 163/169 y, por ello, existía cosa juzgada al respecto (fs. 432, 434/438 y 497, expte. 4445/0).

En ese estado de la causa, el 7 de junio de 2007, el B.C.R.A. tomó intervención y solicitó que se declare la nulidad de lo actuado en el presente incidente a partir de la condena a esa parte, oponiendo falsedad de ejecutoria y dejando planteado el caso federal, por no haber sido notificado del proceso ni haber podido deducir las defensas correspondientes; en su defecto, invocó la doctrina de la cosa juzgada írrita (fs. 704/706 y 707/719, expte. 4445/0). Particularmente, alegó haber tomado conocimiento de la demanda ejecutiva y sus antecedentes recién en fecha 10 de mayo de 2007, mediante fax enviado por el abogado De la Mota.

En primer término, la jueza de grado rechazó la excepción, la cámara declaró desierta la apelación interpuesta contra esa decisión, y, finalmente, el superior tribunal local, mediante la sentencia en estudio, rechazó el recurso de inconstitucionalidad local incoado, por considerarlo sustancialmente improcedente (fs. 500, 827/828, 925/926, 932/948, del agregado; y fs. 197/200 del principal).

-IV-

En ese contexto, corresponde precisar que no obsta a la procedencia formal del recurso extraordinario que el pronunciamiento impugnado haya sido dictado en la etapa de ejecución de sentencia, si lo decidido configura un claro apartamiento de las constancias agregadas a la causa, provocando agravios de imposible o insuficiente reparación ulterior (Fallos: 339:493, “Empresa Flumian Hnos. S.R.L.”; 339:1722, “Elena Margarita Aranda”; entre otros), extremo que, en mi concepto, se verifica en autos, toda vez que el apelante no tiene otra oportunidad de replantear los aspectos vinculados con la improcedencia de la condena solidaria impuesta en autos.

Sentado ello, corresponde recordar que reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que el carácter intangible de los pronunciamientos judiciales firmes, no es ajeno a la inviolabilidad de la defensa en juicio, pues la sentencia dictada de modo regular integra el debido proceso que dicha cláusula asegura, y constituye, asimismo, presupuesto de seguridad jurídica (Fallos: 315: 1930; 319:3241).

En tales condiciones, adelanto que, en mi opinión, el recurso resulta inadmisibile, por cuanto pretende someter a conocimiento de la

Corte Suprema, cuestiones que ya fueron resueltas con carácter firme (Fallos 318:2637, “Klein de Carrera”), pues los aspectos puntualmente atacados por el Banco Central, relativos a la imposición de costas en forma solidaria, fueron resueltos por la alzada mediante el pronunciamiento dictado el 28 de diciembre 1999, que, notificado al síndico liquidador, no fue recurrido en tiempo oportuno, por lo que posee autoridad de cosa juzgada (v. fs. 346 vta., 163/169 y 342/345); sin que los argumentos presentados en esta oportunidad por la entidad de control, modifiquen esta situación.

Considero que ello es así, por cuanto como señala el propio recurrente y surge de lo dispuesto por el artículo 50, inciso a) de la Ley 21.526 de Entidades Financieras -texto vigente al momento de los hechos-, el Banco Central cumple la función de síndico liquidador de Banco Hispano Corfin, actuando mediante personas humanas que, habiendo sido debidamente apoderadas, realizaron los actos sindicales y liquidatorios a su cargo, y se presentaron a verificar el crédito y ejercer la defensa de los derechos de la entidad financiera mencionada.

De esa manera, y atendiendo a los poderes agregados a fojas 477/488 y 782/788, en los que un mandatario del Banco Central sustituyó el poder otorgado en favor de los letrados que se presentan como síndicos liquidadores del Banco Hispano Corfin, parece razonable lo resuelto por los magistrados actuantes que consideraron firme la decisión de imposición de costas al ente de control (fs. 342/345). En este sentido, vale agregar que las notificaciones fueron cursadas al domicilio constituido por los mandatarios sustituidos, quienes pudieron esgrimir las defensas que estimaron pertinentes a su derecho, sin que hayan interpuesto apelación alguna contra el pronunciamiento mencionado de fojas 342/345.

Nótese que del acuerdo que obra a fojas 690/691 del agregado, suscripto por el Banco Central, como síndico liquidador del Banco Hispano Cofin y el doctor Julio José de la Mota, se desprende que se encomienda a este letrado, entre otras gestiones, la atención de los procesos en procura de los créditos de la entidad financiera, y se impone la obligación de informar a la Delegación Liquidadora constituida por el Órgano de control, sobre el estado de las actuaciones en forma trimestral y por escrito (v. cláusula séptima).

En este sentido, la debida notificación a los síndicos liquidadores impide al organismo de control alegar desconocimiento de las decisiones adoptadas en la causa en la que participó, actuando a través de sus representantes (Fallos: 330:3519, “Interplat”).

Lo anterior, no implica emitir opinión respecto de la procedencia de la condena por daños y perjuicios y la imposición de costas al Banco Central, por su actuación como interventor o síndico liquidador.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar mal concedido el recurso interpuesto. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2018.
Victor Abramovich.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Corpus s/ Conc. Prev. Informe Verbal de la Sindicatura – Banco Hispano Corfin Cía. Fin. – s/ recurso de queja”.

Considerando:

1°) Que el Superior Tribunal de Justicia de San Luis, al desestimar el recurso extraordinario local de inconstitucionalidad deducido por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), dejó firme la sentencia de la instancia anterior por la que se había declarado la deserción del recurso de apelación planteado por este contra la decisión de primera instancia que, a su vez, había rechazado la excepción de falsedad ejecutoria opuesta por dicho organismo de control en el incidente de ejecución de sentencia por cobro de honorarios devengados en el expediente 4445/0 “Corpus Concurso preventivo informe verbal de la sind. Crédito n° 36 Banco Hispano Corfin –recurso de queja-”. Cabe recordar que el BCRA en dichas actuaciones había sido condenado en costas en forma solidaria con el Banco Hispano Corfin Cía. Fin. S.A., y que había fundado la referida excepción en su falta de participación en la citada causa. Contra tal fallo, la mencionada entidad rectora interpuso el recurso extraordinario federal obrante a fs. 211/224 del expediente agregado, que fue concedido en los términos de la resolución de fs. 270/272 vta.

2°) Que los agravios expuestos por el recurrente han sido adecuadamente reseñados en el capítulo III del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos cabe remitir para evitar reiteraciones innecesarias.

3°) Que la decisión impugnada es equiparable a definitiva, a los fines del art. 14 de la ley 48, pues el apelante carecerá en el futuro de otras oportunidades para replantear su agravio (Fallos: 323:1449). Asimismo, si bien en lo formal el recurso resulta admisible al haber alegado que se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de normativa de indudable naturaleza federal, al invocarse también arbitrariedad en la decisión corresponde tratar, en primer lugar, tal argumentación por cuanto ante la existencia de tal anomalía no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (confr. Fallos: 321:407).

4°) Que, en tal sentido, esta Corte ha sostenido que resultan descalificables, en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, las sentencias que con menoscabo de los derechos de defensa en juicio y de propiedad (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional) omiten tratar cuestiones oportunamente planteadas por las partes y conducentes para la correcta resolución de la causa (confr. Fallos: 305:72; 312:1150; 314:740).

5°) Que tal situación se presenta en el *sub examine*, pues el tribunal *a quo*, por un lado, rechazó la excepción de falsedad de la ejecutoria deducida por el BCRA fundándose, exclusivamente, en la circunstancia de que la condena en costas que le fue impuesta solidariamente se hallaba firme y alcanzada por los efectos de la cosa juzgada, lo cual obstaba a reeditar tal cuestión por aquellos a quienes la sentencia podía serle opuesta; empero, por el otro, omitió ponderar las defensas opuestas por ese organismo oficial referentes a que las actuaciones fueron llevadas adelante por la sindicatura del Banco Hispano Corfin S.A., representada por los Dres. de la Mota y Ortiz Ponce, quienes carecían de poderes para representar al BCRA; que todas las notificaciones anteriores al planteo de nulidad efectuado por el ente rector fueron diligenciadas al letrado de dicha entidad en liquidación -Dr. de la Mota- en su domicilio constituido; que los mencionados profesionales actuaron exclusivamente en representación del citado Banco Hispano Corfin S.A.; que el tribunal *a quo* prescindió de considerar que existe una categórica diferenciación entre la actuación del BCRA como síndico liquidador de una entidad a la que representa procesal y sustancialmente, y la de este *per se*; y que el ejercicio de la sindicatura concursal en los procesos falenciales de entidades financieras no conlleva confusión de patrimonios ni de personas.

6°) Que tal deslinde funcional esgrimido por el apelante resulta conforme con la doctrina expuesta por este Tribunal en Fallos: 310:2375;

320:1680 y el voto en disidencia en la causa de Fallos: 330:3519. A ello cabe agregar que, no exhibiéndose controvertido que el BCRA hubiera intervenido en la causa en su carácter de liquidador de la parte actora, resulta desautorizada toda confusión entre la persona del representado y la de quien lo represente.

7°) Que, en tales condiciones, es útil recordar lo consignado por esta Corte en el sentido de que la regla de irrevisibilidad de lo resuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada cede cuando esta sea incompatible con la garantía de defensa en juicio, pues no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino solo a aquellas que han sido precedidas por un proceso contradictorio, en el que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y de pruebas (Fallos: 238:18; 310:1797). Asimismo, ha consignado que cuando los efectos de la cosa juzgada se extienden a otro interesado, corresponde su participación en la causa (Fallos: 310:2063).

8°) Que, de tal modo, cabe concluir que el tribunal *a quo* no pudo desestimar válidamente la excepción de falsedad de la ejecutoria opuesta por el BCRA sin considerar los argumentos expuestos por este a los que se ha hecho referencia.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario de fojas 211/224, y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue motivo de agravio. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco Central de la República Argentina**, representado por el **Dr. Gabriel Eduardo Palero Bucca**, con el patrocinio letrado del **Dr. Pedro V. A. Constanzo Zupo**.

Traslado contestado por la **concurzada Corpus S.A.**, representada por la **Dra. María Samar El Chaer**, con el patrocinio letrado de las **Dras. María Mercedes Olivera Aguirre y María Nasrin El Chaer**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de San Luis**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Civil y Comercial y Minas n° 1 de la ciudad de San Luis; Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral n° 1 de San Luis**.

GARCÍA, ADAM GABRIEL S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE
INAPLICABILIDAD DE LEY

DOBLE INSTANCIA

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la impugnación con la que se pretendía la revisión de la condena, toda vez que la corte local, con un exceso de rigor formalista, privó al condenado de la revisión que pretendía en virtud del derecho federal que invoca, sólo con base en que equivocó la vía procesal que el tribunal juzgó pertinente para vehicular esa petición.

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

DOBLE INSTANCIA

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la impugnación con la que se pretendía la revisión de la condena, pues el a quo no tuvo en cuenta que la legislación local -Buenos Aires- no prevé explícitamente una forma procesal para generar la revisión horizontal ante la cámara de apelación que la corte entendió que correspondía; ni que en el antecedente jurisprudencial que el tribunal citó en su respaldo, fue la propia corte la que dispuso que una nueva sala de la cámara entendiera en el asunto, en lugar de que - como lo exigió en el caso- lo promovieran las partes directamente mediante la articulación de un recurso ordinario.

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

DOBLE INSTANCIA

Es arbitraria la sentencia que rechazó la impugnación con la que se pretendía la revisión de la condena, pues el ritualismo que expresa el a quo en esa decisión es excesivo o indebido en atención a que no toma en consideración la confusión que puede provocar una situación normativa como la existente- Provincia de Buenos Aires-, que pudo razonablemente llevar a las partes y al juez correccional que intervino a optar por propiciar la intervención de la corte provincial, en lugar de esgrimir su pretensión directamente ante la cámara de apelaciones del departamento.

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

DOBLE INSTANCIA

La sentencia que rechazó la impugnación con la que se pretendía la revisión de la condena debe ser revocada, pues el tribunal supremo local, al amparo de un exceso ritual, omitió indebidamente hacer efectivo el acceso a la etapa revisora de la sentencia condenatoria, dictada en la instancia de apelación, al que toda persona inculpada de delito tiene derecho en virtud de las disposiciones de los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso es admisible, pues si bien es cierto que las resoluciones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales superiores de provincia no son -como regla- revisables por la vía del recurso extraordinario federal, corresponde hacer excepción a ese principio cuando la decisión que se cuestiona frustra, sin fundamentación idónea o suficiente, la vía utilizada por el justiciable para hacer valer el derecho que reconocen los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa a una violación a la garantía del debido proceso que consagra, en primer termino, el artículo 18 de la Constitución Nacional.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La defensa oficial de Adam Gabriel G ocurre en queja ante V.E. tras la denegación del recurso extraordinario federal que dirigió contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que rechazó la impugnación con la que pretendía la revisión de la condena a un año de prisión que le impuso, por la comisión del delito de encubrimiento agravado, la titular del Juzgado en lo Correccional n° 5 del departamento judicial de Morón.

G había sido absuelto en primera instancia (Cf. fs. 138/147 del expediente principal, “Adam Gabriel G s/ encubrimiento agravado por el ánimo de lucro”, agregado al presente legajo). La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial de Morón revocó esa absolución, declaró culpable al acusado por el delito de encubrimiento agravado por el que había sido llevado a juicio y reenvió las actuaciones al juzgado correccional correspondiente a efectos de que se determinara la pena a imponer (Cf. expediente n° 27881 del registro de la cámara, también agregado al actual, fs. 92/94 vta.).

La defensa intentó impugnar ese pronunciamiento por la vía del recurso de inaplicabilidad de ley, pero su petición fue declarada inadmisibles por la cámara y, a su turno, por la propia corte provincial a la que acudió en queja, en virtud del carácter incompleto, y por ello no impugnables, de la sentencia del tribunal de apelación (Cf. expediente RE-27881, fs. 18/19 vta., que corre junto al presente, y las referencias que sobre su propia decisión hace al respecto la corte bonaerense en su resolución de fs. 33/34 vta. del expediente rotulado como P-128.969-R, también acollorado al legajo de esta queja).

Una vez determinada la pena en virtud del reenvío ordenado por la cámara de apelación (Cf. fs. 180/189 del expediente principal), la defensa interpuso nuevamente recurso de inaplicabilidad de ley, con iguales fundamentos a los contenidos en el anterior, en el que solicitó la revisión amplia de la sentencia de condena y postuló su revocación y la absolución de G (Cf. fs. 2/8 vta. del citado expediente P-128.969-R). La juez correccional coincidió con el recurrente en concebir al pronunciamiento impugnado como una resolución que completaba la sentencia de apelación dictada en el proceso, concedió la impugnación intentada y elevó las actuaciones a la corte provincial (ibídem, ft. 23/26).

El tribunal supremo bonaerense, en cambio, entendió que la defensa había escogido un vía procesal equivocada para ejercer su derecho a la revisión de la sentencia de condena que garantizan los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues lo adecuado habría sido –propuso– que articulara una nueva apelación ante otra sala de la cámara departamental. Sobre esa base, declaró mal concedido el recurso interpuesto (ibídem, fs. 33/34 vta.).

Esa es la sentencia contra la que se dirige el remedio del artículo 14 de la ley 48 sobre cuya denegación versa la presente queja (Cf. escrito de interposición y auto denegatorio, ibídem, fs. 40/54 vta. y 75/766 vta. respectivamente).

-II-

La defensa formula su impugnación con fundamento en la doctrina del precedente registrado en Fallos: 337:1289.

En mi entender, como en aquella ocasión, el recurso es admisible, pues si bien es cierto que las resoluciones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales superiores de provincia no son -como regla- revisables por la vía del recurso extraordinario federal, corresponde hacer excepción a ese principio cuando la decisión que se cuestiona fflstra, sin fundamentación idónea o suficiente, la vía utilizada por el justiciable para hacer valer el derecho que reconocen los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa a una violación a la garantía del debido proceso que consagra en primer término el artículo 18 de la Constitución Nacional (Cf, Fallos: 337:1289, considerando 3° y sus citas).

-III-

También lleva razón el recurrente, según lo aprecio, en lo que respecta al fondo de su planteo, pues de modo semejante a lo ocurrido en el proceso al que alude el precedente citado, en estas actuaciones la corte bonaerense, con un exceso de rigor formalista, privó al condenado de la revisión que pretendía en virtud del derecho federal que invoca, sólo con base en que equivocó la vía procesal que el tribunal juzgó pertinente para vehiculizar esa petición.

Como lo recalca el apelante, al así decidir el *a quo* no tuvo en cuenta que la legislación local no prevé explícitamente una forma procesal para generar la revisión horizontal ante la cámara de apelación que la corte entendió que correspondía; ni que en el antecedente jurisprudencial que el tribunal citó en su respaldo, fue la propia corte la que dispuso que una nueva sala de la cámara entendiera en el asunto, en lugar de que -como lo exigió en el *sub examine*- lo promovieran las partes directamente mediante la articulación de un recurso ordinario.

El ritualismo que expresa el *a quo* en esa decisión es, en mi opinión, excesivo o indebido en atención a que no toma en consideración la confusión que puede provocar una situación normativa como la descrita, que pudo razonablemente llevar a las partes y a la juez correccional que intervino, como en efecto lo hizo, a optar por propiciar la intervención de la corte provincial, en lugar de esgrimir su pretensión directamente ante la cámara de apelaciones del departamento,

En este sentido, debe recordarse -como lo ha hecho recientemente V.E. en un caso que guarda cierta semejanza con el actual- que la aplicación en el tiempo de nuevos criterios jurisprudenciales de la naturaleza de los adoptados por el superior tribunal bonaerense en estos actuados, “ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance” (Fallos: 308:552, considerando 2°, al que refiere, entre otras citas, la sentencia *in re* CSJ 5207/2014/RH1 “P, S. M. y otro s/ homicidio simple”, del 26 de diciembre de 2019, considerando 13).

En definitiva, de conformidad con la doctrina del precedente de Fallos: 337:1289, y de los antecedentes normativos y jurisprudenciales allí expuestos, entiendo que el tribunal supremo bonaerense, al amparo de un exceso ritual, omitió indebidamente hacer efectivo el acceso a la etapa revisora de la sentencia condenatoria, dictada en este caso en instancia de apelación, al que toda persona inculpada de delito tiene derecho en virtud de las disposiciones de los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

-IV-

Por ello, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto, revocar la sentencia impugnada y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte una nueva con arreglo a derecho. Buenos Aires, 17 de marzo de 2020. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa García, Adam Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador Gene-

ral de la Nación interino en su dictamen, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y revoca la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por **Adam Gabriel García**, asistido por el **Dr. Mario Luis Coriolano, Defensor Oficial**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal y el Juzgado en lo Correccional n° 5, ambos del Departamento Judicial de Morón y de la Provincia de Buenos Aires**.

DULCOR S.A. c/ MENDOZA, PROVINCIA DE S/ INCIDENTE

TASA DE JUSTICIA

Toda vez que en la demanda incoada se pretende una declaración de la Corte que neutralice y quite legitimidad a la intención fiscal de la demandada de perseguir el cobro de las diferencias en el impuesto sobre los ingresos brutos ingresado por la actora, resulta indudable que la pretensión tiene explícito contenido patrimonial, por lo cual corresponde el pago de la tasa de justicia según las previsiones contenidas en el artículo 2° de la ley 23.898.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 28/31 la parte actora formula oposición, en los términos del artículo 11 de la ley 23.898, a la providencia de fs. 27/27 vta. por medio de la cual se la intimó a practicar liquidación de lo adeudado y a abonar la tasa de justicia faltante.

Sostiene que la demanda tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de las normas provinciales impugnadas que, según su entender, impiden que se aplique a su favor la reducción del impuesto sobre los ingresos brutos prevista en el artículo 185, inciso x, del Código Fiscal. Considera, por lo tanto, que su pretensión se circunscribe a la mera declaración de un derecho que no resulta posible cuantificar dado que no persigue la imposición de una condena pecuniaria.

Asimismo, manifiesta que acompañó una copia de la intimación al pago de la suma determinada por el fisco local a los efectos de poner en evidencia la existencia de un caso, requisito esencial de todo proceso judicial.

En tales condiciones, solicita que se haga lugar a la oposición formulada, que se deje sin efecto la intimación cursada en los autos principales y que se tenga por debidamente integrada la tasa de justicia allí abonada.

2°) Que a fs. 34/34 vta. el señor representante del Fisco solicita el rechazo de la oposición deducida por Dulcor S.A., sobre la base de los fundamentos allí expuestos.

3°) Que de los términos del escrito inicial surge claramente que mediante la demanda incoada se pretende una declaración del Tribunal que neutralice y quite legitimidad a la intención fiscal de la demandada de perseguir el cobro de las diferencias en el impuesto sobre los ingresos brutos ingresado por la actora con relación a los períodos fiscales enero de 2016 a julio de 2018. Tal pretensión fiscal se exteriorizó con la intimación cursada por la Administración Tributaria de Mendoza a fin

de que Dulcor S.A. rectificara las declaraciones juradas observadas e ingresara las diferencias del impuesto en cuestión detalladas en la planilla anexa a dicha diligencia, cuya suma asciende a \$ 1.714.193,77 (ver fs. 20 y 21/23), más sus intereses.

A ello se suma que a través de la resolución 456/2018 el ente recaudador local, ante la falta de regularización de tales diferencias, aplicó a la sociedad demandante una multa por infracción a sus obligaciones sustanciales equivalente a la suma de \$ 4.959.005,97 (ver fs. 24/26).

4°) Que, al respecto, este Tribunal ha resuelto en las causas publicadas en Fallos: 323:439 y 328:3016 y en los expedientes CSJ 395/2000 (36-V)/CS1 “Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados c/ Salta, Provincia de s/ acción declarativa” y CSJ 2109/2016/1 “La Pellegrinense S.A. c/ Córdoba, Provincia de s/ incidente sobre tasa de justicia”, pronunciamientos del 14 de octubre de 2008 y del 23 de noviembre de 2017, respectivamente, que cuando el artículo 2° de la ley 23.898 se refiere al objeto litigioso, lo que está en juego es el valor comprometido en el proceso; y resulta indudable que la pretensión aquí deducida tiene un explícito contenido patrimonial, en la medida en que persigue una declaración que neutralice y quite legitimidad a la intención fiscal de la demandada, de cuya exigencia resultará eximida en caso de prosperar su reclamo.

5°) Que, en su mérito, el ingreso efectuado a fs. 102 del principal será considerado como pago a cuenta, y deberá integrárselo según las previsiones contenidas en el artículo 2° de la ley 23.898, sobre la base del contenido económico de estas actuaciones, tal como ha quedado expresado precedentemente, es decir, que deberá abonar la suma de \$ 198.695,99, que resulta de aplicar el 3% sobre la base de \$ 6.673.199,74 y restar de allí lo oportunamente pagado en concepto de tasa de justicia.

Por ello, se resuelve: Rechazar la oposición formulada a fs. 28/31 y, en consecuencia, intimar a la parte actora para que, en el plazo de diez días abone la suma de \$ 198.695,99 en concepto de tasa de justicia restante, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 11 de la ley 23.898. Notifíquese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Parte actora: **Dulcor S.A.**, representada por su letrado apoderado, **doctor Fabián O. Cainzos**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Mercedes Premrou**.

Parte demandada: **Provincia de Mendoza**, no presentada en autos.

L. M. s/ABRIGO

ADOPCION

La resolución del tribunal local de dejar sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad y ordenar un proceso de revinculación con la progenitora debe ser revocada, pues importó un examen parcial del asunto, realizado solo desde la perspectiva de uno de los sujetos involucrados, sin ponderar la situación real de la niña ni las consecuencias que podrían derivarse para esta última de la decisión adoptada.

ADOPCION

Corresponde revocar resolución que dejó sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad de la niña y ordenó un proceso de revinculación con su progenitora, pues una decisión de esa envergadura debió necesariamente haber sido fruto de un examen que diera cuenta de la conveniencia de tal medida para la niña en el contexto de su realidad actual, con el fin de hacer efectivo su interés superior, ponderándose necesaria y complementariamente dos factores: por un lado, el posible riesgo de provocar un daño psíquico y emocional a la niña al modificar su actual emplazamiento -aspecto totalmente soslayado en la decisión recurrida-, y por el otro, la aptitud que resultaba exigible a su progenitora para minimizar ese posible o eventual riesgo.

ADOPCION

Corresponde revocar resolución que dejó sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad de la niña y ordenó un proceso de revinculación con su progenitora, pues resulta evidente que no se ha considerado el interés superior, en tanto se sustentó solo en la conducta de la progenitora con posterioridad a la adopción de la medida de abrigo,

y omitió toda valoración tanto de las circunstancias que unieron a la niña con sus guardadores preadoptivos, como de la incidencia que podría tener en su vida una vinculación con su progenitora y la ulterior modificación del entorno sociofamiliar en el que se encontraba inserta desde temprana edad.

ADOPCION

Corresponde mantener la declaración de adoptabilidad decretada pues la niña luego de haber transcurrido un período de institucionalización, como consecuencia de hechos que le fueron ajenos, convive desde hace más de tres años con los guardadores a quienes reconoce como sus progenitores y con quienes ha entablado lazos de apego; el matrimonio guardador se encuentra inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos y evaluadas sus condiciones personales para implicarse en el proceso de cuidado y desarrollo de la infante, les fue otorgada su guarda con fines de adopción; los informes especializados desaconsejan la disolución del vínculo afectivo construido con el matrimonio guardador en razón de los perjuicios que ello acarrearía para la niña, y también dan cuenta del panorama de incertidumbre sobre la aptitud actual de la madre para asumir -de modo estable y continuo- la crianza de la niña y brindarle la contención necesaria para el desarrollo de una personalidad saludable, así como de la ausencia de una red familiar/social/comunitaria que colabore con ella y, por ende, de la posibilidad cierta de someter a la infante a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo.

ADOPCION

La decisión adoptada en el caso de mantener la declaración de adoptabilidad decretada no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el ineludible derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia a la que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta; y mucho menos estigmatizar a la progenitora por conductas pasadas, pues por el contrario se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer, por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos.

ADOPCION

Toda vez que no puede desconocerse la conducta adoptada por la progenitora durante el curso de la medida de abrigo, ni lo señalado en los informes en lo que respecta al mayor compromiso en su rol de madre y al deseo de ver a su hija, como también la postura del matrimonio guardador favorable a que la niña conozca oportunamente a su madre y a colaborar en ello siempre que se respete su salud psíquica, corresponde encomendar al juez de grado que, al momento de definir la situación familiar de la niña, evalúe si establecer una vinculación en el marco de un “triángulo adoptivo afectivo” -en la oportunidad, y en la medida y el modo que resulte beneficioso para aquella-, constituye una alternativa posible para una mejor protección de los derechos -legítimos desde cada óptica- de las personas involucradas en el conflicto, en especial los del sujeto más vulnerable.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La configuración del interés superior del niño exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real de la infante.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Resulta necesario resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La consideración del interés superior del niño debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluida la Corte, y ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del niño encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en los arts. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 4° de la ley de la Provincia de Buenos Aires 13.298, y en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

En tanto pauta de ponderación para decidir un conflicto, la implementación del interés superior del niño exige analizar sistemáticamente cómo los derechos del niño se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, adoptándose aquella que resulte más beneficiosa para el sujeto que requiere de una especial protección.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible en la medida en que los agravios planteados suscitan cuestión federal, dado que ponen en tela de juicio la inteligencia y el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño -el interés superior del niño- y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuando se encuentra en debate la interpretación de una norma de naturaleza federal, la Corte Suprema no está limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la anterior instancia, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinien-

tes a la interposición del recurso extraordinario, máxime cuando no es posible prescindir de ellas a fin de adoptar una decisión que atienda de manera primordial al interés superior del niño.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “L., M. s/ abrigo”.

Considerando:

1°) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al admitir el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la madre de la niña M.L., revocó la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro que había confirmado la declaración del estado de adoptabilidad de la infante, y ordenó que en la instancia de origen se llevara a cabo el proceso de revinculación con su progenitora indicado en el peritaje psicológico obrante a fs. 380.

Para así decidir, la corte local compartió los fundamentos del dictamen del señor Procurador General atinentes a la errónea valoración de las pautas legales que limitan la discrecionalidad judicial en la aplicación del principio rector del interés superior del niño, al tiempo que consideró que durante el trámite de la medida de abrigo, decretada a los siete días del nacimiento de la niña, no había existido actividad dirigida a preservar la comunicación con su madre, a pesar del reclamo sostenido de aquella para que se autorizaran visitas y del informe psicológico que recomendaba la revinculación en virtud del compromiso demostrado con el tratamiento.

Afirmó que las razones esgrimidas para admitir la declaración del estado de adoptabilidad –insuficiente evolución de la situación psíquica, social, laboral y habitacional– no solo evidenciaban una errónea aplicación del derecho vigente, sino también un notorio desvío de la prueba producida, conteste en demostrar el “óptimo grado de cumplimiento” alcanzado por la progenitora respecto de las estrategias implementadas y la ausencia de recursos estatales tendientes a brindar

el apoyo necesario para revertir las condiciones exigidas por el tribunal para el ejercicio adecuado del rol materno.

A tal efecto, destacó que de los peritajes elaborados en esa instancia a fin de conocer la situación actual de la progenitora, se desprendían relevantes circunstancias que reforzaban la procedencia del recurso tales como: que la señora M. L. mantenía una relación de pareja estable; que sostenía un vínculo laboral informal con buen concepto en su desempeño; que era alumna regular y se encontraba finalizando el primer año de la secundaria; que estaba realizando un tratamiento psicoterapéutico de manera sostenida, demostrando capacidad para sobreponerse, y que, desde el punto de vista afectivo y emocional, se hallaba en condiciones de ejercer las funciones correspondientes al rol materno con una red de acompañamiento y supervisión, y con el compromiso de su pareja actual y de su hermana R., quienes mediaban como referentes efectivos y entorno continente.

2°) Que contra dicho pronunciamiento los guardadores de la niña dedujeron recurso extraordinario federal que fue concedido por encontrarse cuestionada la interpretación y aplicación de normas supranacionales (arts. 3, 12 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño; fs. 528/531).

3°) Que el remedio interpuesto resulta formalmente admisible en la medida en que los agravios planteados suscitan cuestión federal, dado que ponen en tela de juicio la inteligencia y el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –el interés superior del niño– y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (art. 14, inc. 3°, ley 48; Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307; 341:1733, entre otros). Asimismo, corresponde recordar que cuando se encuentra en debate la interpretación de una norma de tal naturaleza, la Corte Suprema no está limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la anterior instancia, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 342:584; 343:1434 y 344:1388, entre muchos otros).

4°) Que habida cuenta de que el principio del interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso y dada la dinámica propia que revisten estos asuntos en los que se mo-

difican los escenarios de manera constante, este Tribunal requirió al juzgado interviniente, como medida para mejor proveer, la realización de los siguientes informes a fin de contar con elementos de juicio actuales: *i*) psicológico y ambiental respecto de la niña M.; *ii*) ambiental, psicológico y psiquiátrico de su progenitora; *iii*) psicológico de los guardadores, y *iv*) de interacción familiar referido al grupo conviviente de la niña que reflejara la incidencia que podría tener la separación de aquellos. Tales medidas fueron realizadas y se encuentran agregadas a fs. 646/663.

5°) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte Suprema que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865; 344:1149, entre muchos otros), máxime cuando -como sucede en autos- no es posible prescindir de ellas a fin de adoptar una decisión que atienda de manera primordial al interés superior de la niña M. La configuración de ese “interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real de la infante.

6°) Que a la luz de dichas premisas, cabe mencionar que de los informes psicológicos y socioambientales efectuados respecto de la niña M.L., de sus guardadores preadoptivos y de su progenitora, surgen conclusiones categóricas que permiten apreciar las posiciones adoptadas por cada una de las partes y el escenario actual en que se encuentran. En efecto, de tales observaciones surge que:

a- La niña M. está integrada al dispositivo familiar del matrimonio guardador con lazos afectivos profundos, firmes y genuinos, lo que promueve su sano desarrollo psíquico y emocional, y garantiza su bienestar en las múltiples esferas de la vida. Ha adoptado como sus padres a aquellos, quienes además poseen una personalidad reflexiva, con una aguda mirada social, carente de prejuicios con relación a la progenitora a quien comprenden. Resulta necesario no modificar la cotidianidad ni el modo de vida de la pequeña como tampoco sus referentes de cuidado y atención, por lo que sería desfavorable y nocivo para el desarrollo social y afectivo de la infante disolver el vínculo de unión y de contención construido hace ya 3 años.

b- La progenitora muestra un interés genuino en recuperar a su hija M., aunque reconoce que hay otras posibilidades y pondera entonces verla, al menos alguna vez, sin perjuicio de admitir que si la niña no quiere estar con ella lo aceptaría. Se encuentra más reflexiva e implicada en su rol de madre –tiene otra hija pequeña– pero aún deja entrever impulsividad e inestabilidad. Posee una red de contención pobre, que podría desarmarse y exponerla a un estado de vulnerabilidad psíquica y social, y se la nota más consciente del daño que podría traer aparejado dar marcha atrás en el proceso de guarda del matrimonio con su hija M.

c- Al presente, la posibilidad de iniciar una vinculación con su madre biológica –a quien la niña no conoce ni reconoce como tal– sería contraproducente para la salud emocional de la infante en virtud de los lazos establecidos con la familia guardadora, dado que por el momento evolutivo que atraviesa son fundamentales las bases sólidas, firmes y claras en sus vínculos de apego para el armado de su autoafirmación (conf. fs. 646/663).

7°) Que esta Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluido este Tribunal, y en reiteradas ocasiones ha destacado que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733).

Dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en los arts. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 4° de la ley provincial 13.298, y en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación. En tanto pauta de ponderación para decidir el conflicto, su implementación exige analizar sistemáticamente cómo los derechos del niño se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, adoptándose aquella que resulte más beneficiosa para el sujeto que requiere de una especial protección (conf. Fallos: 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376).

8°) Que a la luz de tales pautas, la resolución del tribunal local de dejar sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad y ordenar un proceso de revinculación con la progenitora, importó un examen parcial del asunto, realizado solo desde la perspectiva de uno de los sujetos involucrados, sin ponderar la situación real de la niña ni las consecuencias que podrían derivarse para esta última de la decisión adoptada.

A los efectos de ordenar una medida de esa naturaleza con la finalidad última de lograr la restitución de la infante a su familia de origen, la suprema corte provincial solo requirió un informe vinculado con la situación en la que se encontraba la progenitora pese a que esa única información lucía insuficiente a tal efecto. Ello así pues lo que en definitiva se estaba evaluando era la consecuente modificación del entorno familiar o de contención de la niña M.L.

Una decisión de esa envergadura debió necesariamente haber sido fruto de un examen que diera cuenta de la conveniencia de tal medida para la niña en el contexto de su realidad actual, con el fin de hacer efectivo su interés superior. En dicho análisis debieron haberse ponderado necesaria y complementariamente dos factores. Por un lado, el posible riesgo de provocar un daño psíquico y emocional a la niña al modificar su actual emplazamiento –aspecto totalmente soslayado en la decisión recurrida–, y por el otro, la aptitud que resultaba exigible a su progenitora para minimizar ese posible o eventual riesgo.

9°) Que en efecto, todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento que ponga fin a un conflicto como el presente, deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del sujeto más vulnerable, no debiendo ello ser desplazado por los intereses de los progenitores y/o de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva por más legítimos que resulten. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior de la niña.

En consecuencia, resulta evidente que en el caso no se ha considerado dicho interés superior. Al sustentar su decisión solo en la conducta de la progenitora con posterioridad a la adopción de la medida de abrigo, la suprema corte local ha omitido toda valoración tanto de las circunstancias que unieron a la niña con sus guardadores preadopti-

vos, como de la incidencia que podría tener en su vida una vinculación con su progenitora y la ulterior modificación del entorno sociofamiliar en el que se encontraba inserta desde temprana edad.

10) Que aun cuando lo hasta aquí expresado conllevaría a descalificar la sentencia de la suprema corte local, atento a los intereses en juego y a fin de no dilatar la definición de la situación de la niña y su derecho a crecer en el seno de una familia, corresponde que este Tribunal decida el asunto a la luz de las circunstancias actuales.

Un detenido examen de las particularidades del caso, ponderado a partir del deber inexcusable de los jueces de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 328:2870), conduce a mantener la declaración de adoptabilidad decretada en el caso en tanto luce como la solución más respetuosa del interés superior de la niña M.

Ello es así, pues:

I.- la niña, luego de haber transcurrido un período de institucionalización de nueve meses, como consecuencia de hechos que le fueron ajenos, convive desde hace más de tres años con los guardadores a quienes reconoce como sus progenitores y con quienes ha entablado lazos de apego seguros que le han posibilitado desplegar sus potencialidades y desarrollarse sana psíquica y emocionalmente;

II.- el matrimonio guardador se encuentra inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (RUAGA) desde el 17 de junio de 2010 y que, evaluadas sus condiciones personales para implicarse en el proceso de cuidado y desarrollo de la infante, el 15 de febrero de 2018 les fue otorgada su guarda con fines de adopción (según actuaciones que obran agregadas en formato digital);

III.- los recientes informes especializados en la materia emitidos en el caso son contestes en desaconsejar la disolución del vínculo afectivo construido con el matrimonio guardador en razón de los perjuicios que ello acarrearía para la niña, y

IV.- tales informes también dan cuenta del panorama de incertidumbre sobre la aptitud actual de la madre para asumir -de modo estable y continuo- la crianza de la niña y brindarle la contención necesaria para el desarrollo de una personalidad saludable, así como de la ausencia de una red familiar/social/comunitaria que colabore con ella y, por ende, de la posibilidad cierta de someter a la infante a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo.

11) Que tales circunstancias se presentan como aspectos que, en su valoración conjunta y armónica a la luz de los principios que guían asuntos como el del *sub examine*, conducen a adoptar una decisión que no importe modificar el único ámbito sociofamiliar que la pequeña reconoce y acepta como propio, máxime cuando no se ha demostrado que su estadía en él generaría un trauma mayor al que se derivaría de un cambio de guarda.

Por otra parte, la solución propuesta no es ajena a la progenitora, quien pese a expresar su deseo de recuperar o volver a ver a su hija -siempre que ello no le cause un perjuicio-, ha comprendido el daño que podría conllevar el hecho de dar marcha atrás en el proceso de guarda (conf. fs. 652 vta./653; 662 vta. y 663).

12) Que lo expresado no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el ineludible derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia a la que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar a la progenitora por conductas pasadas, pues por el contrario se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer, por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que -como ya se dijo- aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos (conf. Fallos: 330:642; 331:147; 341:1733 y causa CSJ 834/2013 (49-G)/CS1 “G., M. B. s/ guarda”, sentencia del 4 de noviembre de 2014).

13) Que sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal no puede desconocer la conducta adoptada por la progenitora durante el curso de la medida de abrigo, ni lo señalado en los informes acompañados en esta

instancia en lo que respecta al mayor compromiso en su rol de madre y al ya referido deseo de ver a su hija, como también la postura del matrimonio guardador favorable a que la niña conozca oportunamente a su madre y a colaborar en ello siempre que se respete su salud psíquica (confr. fs. 650, 652 vta., 654/654 vta., 658 y 663).

Dichas consideraciones llevan a encomendar al juez de grado que, al momento de definir la situación familiar de la niña, evalúe si establecer una vinculación en el marco de un “triángulo adoptivo afectivo” -en la oportunidad, y en la medida y el modo que resulte beneficioso para aquella-, constituye una alternativa posible para una mejor protección de los derechos -legítimos desde cada óptica- de las personas involucradas en el conflicto, en especial los del sujeto más vulnerable.

Por ello, con el alcance que surge del presente pronunciamiento, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de la facultad prevista en el art. 16 de la ley 48, se mantiene la declaración de adoptabilidad de la niña M. y se hace saber al juez de grado lo dispuesto en el considerando 13. Costas en el orden causado en atención al tema debatido en autos (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítanse los autos.

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

Recurso de extraordinario interpuesto por **M.L.A. y D.E.F.**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Marcos M. Córdoba y Ramiro J. Córdoba.**

Traslado contestado por **M.A.L.**, con el patrocinio letrado del **Dr. Mariano Gabriel Torre Spika, Defensor Oficial Civil.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Familia n° 1 de Tigre, Sala Tres de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, ambos de la Provincia de Buenos Aires.**

ANTONIO, JUAN ARIEL Y OTROS S/ LEGAJO DE CASACIÓN

HABEAS CORPUS

Al momento de evaluar las condiciones de viabilidad de las apelaciones federales, la Corte no puede dejar de señalar el tratamiento contradictorio deparado a las cuestiones discutidas en la causa por parte del tribunal de casación, en tanto en primer término, al asumir su jurisdicción propia, sostuvo que los planteos articulados por los recurrentes no podían ser tratados en esa instancia porque presentaban deficiencias en su fundamentación, mientras que cuando hubo de emitir la resolución mediante la que dispuso conceder los recursos extraordinarios encontró reunidos los requisitos exigidos por los artículos 14 y 15 de la ley 48; en tanto esa última decisión no implica otra cosa que el reconocimiento de materia federal en los agravios de los apelantes, ligada a los derechos a la educación, al trato digno y al acceso a la jurisdicción de las personas privadas de la libertad, que como tal el tribunal a quo se encontraba obligado a resolver, conforme a la doctrina que le asigna el carácter de órgano judicial intermedio para conocer previamente en todas las cuestiones de esa naturaleza que intenten ser sometidas a decisión final de esta Corte Suprema.

RECURSO DE CASACION

Cabe revocar la decisión del tribunal de casación que rechazó el recurso deducido contra la sentencia que no hizo lugar al habeas corpus colectivo incoado por personas privadas de la libertad que alegaban violación al derecho a la educación y recreación, pues a partir de la dispar apreciación del tenor de los agravios formulados por los recurrentes ante el sentido de las decisiones adoptadas por los órganos judiciales inferiores, el tribunal apelado terminó inhibiendo su jurisdicción propia mediante un injustificado rigorismo formal y a través de afirmaciones dogmáticas, afectando irremediabilmente la posibilidad de agotar la discusión relativa a la vulneración de los derechos constitucionales invocados por los representantes procesales de las personas privadas de la libertad que constituyen el grupo de beneficiarios de este proceso, así como aquella otra relacionada con la alegada ineficacia de las exhortaciones dispuestas por el magistrado de primera instancia hacia las autoridades penitenciarias para corregir los factores lesivos.

HABEAS CORPUS

Dada la especial naturaleza del procedimiento de hábeas corpus, no corresponde extremar las exigencias formales para la procedencia del recurso extraordinario federal, de modo que con la misma flexibilidad debería ser analizada la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos para impugnar decisiones en materia de hábeas corpus, con la finalidad última de asegurar un recurso efectivo para el amparo de los derechos fundamentales que dicha garantía está llamada a tutelar.

HABEAS CORPUS

Toda vez que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales acarrearán, entre otras consecuencias perniciosas, un dispendio jurisdiccional innecesario, el tribunal de casación debería haber indagado acerca de la posible dispersión de procesos colectivos de hábeas corpus con objetos parcialmente análogos y la posibilidad de integrarlos para que continúen siendo sustanciados ante un mismo órgano judicial, en el ejercicio de sus potestades propias de ordenación del proceso con el fin de evitar el injustificable dispendio de esfuerzo de todas las partes involucradas.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Antonio, Juan Ariel y otros s/ legajo de casación”.

Considerando:

1º) Que un grupo de dieciocho hombres privados de la libertad alojados en la Unidad Residencial IV del Complejo Penitenciario Federal de Marcos Paz, acompañados por la Procuración Penitenciaria de la Nación, interpusieron una acción de hábeas corpus de incidencia colectiva en representación del resto de los sujetos detenidos en esa unidad carcelaria que cursan estudios universitarios en el Centro Universitario Devoto, con sede en el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En relación con las cuestiones que aun mantienen el carácter de litigiosas, corresponde mencionar que la acción impulsada tuvo como objeto denunciar las demoras y otros inconvenientes cotidianos que sufren los beneficiarios en los traslados desde su unidad de origen hacia el complejo penitenciario ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde cursan diferentes asignaturas universitarias con una frecuencia de entre tres y cuatro días a la semana; el reflejo de esas tardanzas en el escaso margen de tiempo remanente para la recreación y el descanso diario de los alumnos universitarios; la carencia de un espacio físico específico destinado a los estudiantes de ese nivel y la falta de insumos y de bibliografía adecuada (cf. copias de los escritos de denuncia y de acompañamiento de la Procuración Penitenciaria de la Nación agregados a fs. 36/42 y 43/43 vta., respectivamente).

2º) Que luego de sustanciarse la audiencia que ordena el artículo 14 de la ley 23.098, el juez de primera instancia resolvió no hacer lugar a la acción articulada en relación con los reclamos reseñados en el considerando anterior, brindando, sin embargo, una serie de recomendaciones dirigidas a las autoridades demandadas, tendientes a modificar las prácticas de la administración penitenciaria respecto de cada una de las circunstancias denunciadas por los actores (cf. resolución incorporada en copia a fs. 122/136).

3º) Que producto de las apelaciones articuladas por la Procuración Penitenciaria de la Nación y por la Defensa Pública Oficial, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín confirmó en todo su alcance la resolución recurrida (cf. fs. 10/12).

Para decidir como lo hizo, la alzada consideró que los extremos denunciados resultaban una mera disconformidad de los beneficiarios ante la superposición horaria de las distintas ocupaciones que desarrollan en la unidad donde se encuentran alojados, que en ocasiones generaba situaciones en las que primaba “*el cumplimiento de algunas en detrimento de otras*” (cf. fs. 11 vta.). Señaló la existencia de cierto orden y sistema de funcionamiento establecidos por las autoridades del Servicio Penitenciario Federal para que las actividades que desempeñan los internos puedan llevarse a cabo, basados en la utilización de los recursos humanos y materiales con los que cuenta ese organismo, que no podían ser interpretados en el sentido de causar un agravamiento de las condiciones de detención “*más allá de que (...) pueda resultar incómodo*” (ibídem).

4º) Que contra ese pronunciamiento interpusieron sendos recursos de casación la Defensa Pública Oficial y los representantes de la Procuración Penitenciaria de la Nación, que fueron concedidos por la cámara de apelaciones mediante dos resoluciones independientes, aunque idénticas en sus fundamentos (cf. fs. 14/15 y 29/30), siendo luego el trámite unificado al radicarse los legajos respectivos ante la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (cf. fs. 18).

Dicho tribunal, por mayoría de opiniones, resolvió que los recursos resultaban inadmisibles. La posición prevaleciente coincidió en señalar que las partes recurrentes no habían logrado demostrar que el caso encontrase adecuación en los supuestos previstos por el artículo 3 de la ley 23.098. La disidencia consideró que correspondía habilitar la instancia para el tratamiento de los recursos, en la medida en que había sido fundadamente alegada la vulneración de los derechos constitucionales a la educación y al trato digno de las personas privadas de la libertad (cf. resolución obrante a fs. 142/145).

5º) Que las partes afectadas articularon recursos extraordinarios formulando agravios comunes, que circulan en torno a la afectación de los derechos a la educación y a la recreación de las personas privadas de la libertad, así como respecto del carácter inespecífico y no autoritativo de las recomendaciones emitidas por el juez de primera instancia en la resolución que rechazó la acción de hábeas corpus. Asimismo, los apelantes consideraron que la cámara de casación no había cumplido efectivamente con su rol de *tribunal intermedio* frente a esos planteos de innegable tenor federal, clausurando la instancia mediante fórmulas dogmáticas (cf. escritos recursivos agregados a fs. 147/158 vta. y 165/184).

6º) Que al dictaminar ante el traslado conferido en virtud del artículo 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el Fiscal General de la instancia anterior se pronunció a favor de la viabilidad de los recursos (cf. dictamen obrante a fs. 186/188).

En oportunidad de decidir al respecto, la Sala interviniente del tribunal *a quo*, con una integración diferente, resolvió por mayoría conceder las apelaciones, sosteniendo que los agravios vinculados con la transgresión de los derechos a la educación, al trato digno y a la tutela judicial efectiva de las personas privadas de la libertad, configuraban cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria (cf. fs. 190/192).

7º) Que al momento de evaluar las condiciones de viabilidad de las apelaciones federales, esta Corte no puede dejar de señalar el tratamiento contradictorio deparado a las cuestiones discutidas en el *sub lite* por parte del tribunal de casación, en tanto en primer término, al asumir su jurisdicción propia, sostuvo que los planteos articulados por los recurrentes no podían ser tratados en esa instancia porque presentaban deficiencias en su fundamentación, mientras que cuando hubo de emitir la resolución mediante la que dispuso conceder los recursos extraordinarios encontró reunidos los requisitos exigidos por los artículos 14 y 15 de la ley 48.

El sentido de esta última decisión no implica otra cosa que el reconocimiento de materia federal en los agravios de los apelantes, ligada a los derechos a la educación, al trato digno y al acceso a la jurisdicción de las personas privadas de la libertad, que como tal el tribunal *a quo* se encontraba obligado a resolver, conforme a la doctrina que le asigna el carácter de órgano judicial intermedio para conocer previamente en todas las cuestiones de esa naturaleza que intenten ser sometidas a decisión final de esta Corte Suprema (cf. Fallos: 328:1108; 330:4413; 331:632 y 342:2231).

Por otra parte, en la consideración de los requisitos que habilitan su jurisdicción, el tribunal de instancia anterior tampoco debió soslayar que esta Corte reconoce que dada la especial naturaleza del procedimiento de hábeas corpus, no corresponde extremar las exigencias formales para la procedencia del recurso extraordinario federal (cf. Fallos: 307:1039; 318:1894; 339:381, entre otros), de modo que con la misma flexibilidad debería ser analizada la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos para impugnar decisiones en materia de hábeas corpus, con la finalidad última de asegurar un recurso efectivo para el amparo de los derechos fundamentales que dicha garantía está llamada a tutelar (cf. Fallos: 322:2735; 323:4108 y 327:5658).

8º) Que a partir de la dispar apreciación del tenor de los agravios formulados por los recurrentes ante el sentido de las decisiones adoptadas por los órganos judiciales inferiores, el tribunal apelado terminó inhibiendo su jurisdicción propia mediante un injustificado rigorismo formal y a través de afirmaciones dogmáticas, afectando irremediablemente la posibilidad de agotar la discusión relativa a la vulneración de los derechos constitucionales invocados por los representantes procesales de las personas privadas de la libertad que constituyen el

grupo de beneficiarios de este proceso, así como aquella otra relacionada con la alegada ineficacia de las exhortaciones dispuestas por el magistrado de primera instancia hacia las autoridades penitenciarias para corregir los factores lesivos.

9º) Que, como producto de la falta de consideración de las críticas articuladas por los apelantes al desestimar las vías recursivas sin siquiera sustanciar el trámite de ley en esa sede, el tribunal *a quo* eludió asimismo el examen de las constancias del proceso que podrían resultar potencialmente relevantes para la solución del litigio.

En particular, a partir de la lectura de la resolución del juzgado de primera instancia resulta posible conocer la existencia de otro proceso de hábeas corpus colectivo de alcance más general que se encontraría tramitando de modo simultáneo con el *sub examine*, que reúne asimismo a los mismos representantes procesales de las personas privadas de la libertad, cuyo objeto incluye un reclamo relativo a los traslados al Centro Universitario Devoto de los estudiantes alojados en el Complejo Penitenciario de Marcos Paz. En el contexto de las actuaciones mencionadas ha sido adoptada, en el seno del mismo tribunal de origen de la presente, una decisión que podría reputarse comprensiva de algunas de las situaciones que aquí vienen siendo materia de litigio (cf. causa CCC 38745/2011 del registro del Juzgado Nacional de Menores nº 4, referida en el punto III de la resolución citada, cuyo estado fue informado por el juzgado de origen mediante las constancias agregadas en copia a fs. 74/111).

Que acerca de la cuestión observada en el párrafo anterior, surge a partir del estudio de las actuaciones en esta sede, corresponde recordar que esta Corte ha advertido en reiteradas oportunidades que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales acarrearán, entre otras consecuencias perniciosas, un dispendio jurisdiccional innecesario (cf. doctrina de Fallos: 339:1077, con las citas allí volcadas; reiterada recientemente en Fallos: 343:637).

Esas directivas resultan igualmente aplicables a la materia objeto de este pleito. En efecto, en caso de haber procedido el tribunal de casación del modo indicado en los puntos precedentes, la indagación acerca de la posible dispersión de sendos procesos colectivos de hábeas corpus con objetos parcialmente análogos y la posibilidad de

integrarlos para que continúen siendo sustanciados ante un mismo órgano judicial, debieron haberse constituido en pautas de necesaria consideración por parte del órgano judicial apelado en el ejercicio de sus potestades propias de *ordenación del proceso* (cf. Fallos: 305:1344; 327:601; 340:1094), con el fin de evitar el injustificable dispendio de esfuerzo de todas las partes involucradas.

Por las consideraciones precedentes corresponde concluir que la resolución recurrida carece de la debida fundamentación y, en tales condiciones y sin que ello implique abrir juicio sobre el fondo del asunto, corresponde declarar procedentes los recursos extraordinarios concedidos a fs. 190/192 y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte uno nuevo con arreglo a lo expuesto en el presente. Notifíquese y cúmplase con el envío ordenado.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recursos extraordinarios interpuestos por **Juan Ariel Antonio**, representado por el **doctor Juan M. Mendilaharzu**, Defensor Público coadyuvante, y por la **doctora Marina del Sol Alvarelos**, en su carácter de apoderada de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

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

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín**.

N.N. y OTRO S/ INCIDENTE DE INCOMPETENCIA. DENUNCIANTE: MUSSE,
PABLO GUSTAVO

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria la causa en la cual se denunció una situación de abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público y privación ilegítima de libertad por parte de los agentes y autoridades de la Provincia de Córdoba que vedaron el acceso al denunciante a la mencionada provincia para acompañar a su hija, quien sufría

una enfermedad terminal, pese a contar con un certificado de circulación con validez interjurisdiccional, pues en atención a que los hechos denunciados involucran la actuación de agentes locales y en ausencia de alguna otra circunstancia que en el actual estado del proceso haga surtir la jurisdicción federal, de naturaleza excepcional y restrictiva, corresponde que sea la justicia local de dicha provincia la que investigue el hecho por el cual se trabó el conflicto de competencia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Entre el Juzgado Federal de Río Cuarto y el Juzgado de Control, Niñez, Juv. Penal, Juvenil, Viol. Fliar, y Faltas de Huinca Renancó, ambos de la Provincia de Córdoba, se suscitó la presente contienda negativa de competencia con motivo de la presentación de Pablo Gustavo M, quien denunció a funcionarios públicos de diferentes fuerzas policiales y a las autoridades del Centro de Operaciones de Emergencia y del Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba, por los delitos de abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público y privación ilegítima de la libertad. En ella refiere que junto a su cuñada obtuvieron el certificado único habilitante de circulación interjurisdiccional, conforme lo dispone el artículo 6° del DNU 297/2020, para visitar a su hija que padecía una grave enfermedad y que al llegar a la localidad de Huinca Renancó no fueron autorizados para continuar el viaje, y debieron regresar a su domicilio en la provincia de Neuquén.

El juez federal de Río Cuarto declinó su competencia a la justicia ordinaria al no verse afectados intereses nacionales (fs. 22/23).

La Cámara Federal de Córdoba, al intervenir con motivo de un recurso de apelación interpuesto por el abogado del denunciante contra la resolución del juzgado federal que había declinado su competencia, confirmó lo decidido (fs. 56/61).

El juzgado provincial, por su parte, rechazó tal atribución por prematura ya que no se había determinado con precisión los hechos, que podrían haber tenido lugar en más de una jurisdicción (fs. 80/92).

A fojas 101 elevó el presente incidente a la Corte.

Acerca de la cuestión planteada, considero oportuno señalar que, para la efectiva traba del conflicto de competencia resulta necesario

el conocimiento por parte del tribunal que lo promovió de las razones que informan lo decidido por el otro magistrado interviniente, para que declare si mantiene o no su anterior posición (Fallos: 306:728 y 2000; 317:1022, entre otros), lo que no sucede en el sub lite, pues el magistrado provincial debió devolver el expediente a la Cámara Federal de Córdoba a fin de que fuera ésta quien trabara la contienda.

Sin embargo, estimo que V.E. puede hacer la excepción posible a ese óbice formal, ya que tal exigencia no obsta un pronunciamiento de la Corte cuando razones de economía procesal así lo aconsejen, tal como, a mi modo de ver, ocurre en el caso (Fallos: 311:1965 y 319:322).

Habida cuenta de que la presente causa se inició a raíz de diversas imputaciones contra funcionarios y agentes locales, no cuestionándose la validez de normas prevención sanitaria nacional sino su aplicación por esas autoridades (Conf. lo dictaminado el 30 de noviembre pasado en la causa n° CSJ 1237/2020/CS1 in re “P, Gastón Alejandro s/ Violación medidas propagación epidemia (art. 205) “ y en ausencia de alguna otra circunstancia que haga surtir la jurisdicción federal, de naturaleza excepcional y restrictiva (Fallos: 317:931; 322:2996 y 323:4008, entre otros), opino que corresponde al juzgado provincial de Huinca Renancó, conocer en la presente causa. Buenos Aires, 23 de junio de 2021. *Casal Eduardo Ezequiel*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que, aun cuando no se encuentra debidamente trabada la cuestión de competencia, como lo advierte el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, razones de economía y celeridad procesal, tornan aconsejable dirimir el conflicto.

2°) Que en las actuaciones el señor Pablo Gustavo Musse, en calidad de denunciante y pretenso querellante particular, requirió que sea investigada penalmente la posible comisión de hechos delictivos por parte de distintas autoridades, funcionarios y agentes públicos de la Provincia de Córdoba con relación a los sucesos que le impidieron ingresar a

dicha provincia para despedirse de su hija, residente en la localidad de Alta Gracia, quien sufría una enfermedad terminal y falleció pocos días después de los acontecimientos cuya investigación impulsó.

Concretamente, en su presentación, denunció una situación de abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público y privación ilegítima de libertad por parte de los agentes y autoridades que le vedaron el acceso a la mencionada provincia para acompañar a su hija, pese a contar con un certificado de circulación con validez interjurisdiccional, y que le impartieron un trato inapropiado y denigrante tanto a él como a su cuñada, quien padece una incapacidad motriz y utiliza una silla de ruedas, al momento de impedirles proseguir su camino y escoltarlos de regreso hasta su domicilio en la localidad de Plottier, Provincia del Neuquén.

3°) Que, en atención a que los hechos denunciados involucran la actuación de agentes locales de la Provincia de Córdoba y en ausencia de alguna otra circunstancia que en el actual estado del proceso haga surtir la jurisdicción federal, de naturaleza excepcional y restrictiva (Fallos: 342:667 y sus citas), corresponde que sea la justicia local de dicha provincia la que investigue el hecho por el cual se trabó el presente conflicto de competencia. Ello sin perjuicio de lo que el magistrado interviniente, a partir del trámite ulterior de la causa, pudiera resolver con relación a las demás circunstancias relatadas por el denunciante, particularmente las que excedan a la denuncia contra las autoridades públicas cordobesas respecto de las cuales se trabó el presente conflicto de competencia.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que resulta competente para seguir conociendo en las actuaciones el Juzgado de Control, Niñez, Juv., Penal Juvenil, Violencia Familiar y de Faltas de Huinca Renancó, Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Cuarto, por intermedio de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.

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

P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ MEDIDAS PRECAUTORIAS

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Corresponde a la Corte -en su carácter de garante de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental- decidir si en el particular caso sometido a su conocimiento la decisión de la corte local, en cuanto dejó firme el fallo que dispuso el reintegro de los niños a su progenitora, la previa revinculación maternofilial a llevarse a cabo en sede provincial, y la realización de los tratamientos pertinentes en dicha sede, se presenta como respetuosa de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y Convención sobre los Derechos del Niño y como aquella que mejor responde a los intereses de los sujetos involucrados.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Cabe revocar la sentencia que confirmó la medida cautelar que ordenaba el reintegro de los niños al cuidado de su madre, pues la decisión cuestionada hizo particular mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero no ponderó adecuadamente, a la luz del desarrollo de los hechos la incidencia que en la solución que proponía evidenciaba, la concordante y férrea opinión expresada por los niños que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora, así como a vincularse con ella, no efectuando de esa forma el análisis que la hermenéutica constitucional y legal exigía, en particular los efectos o consecuencias que podía traer aparejada para ellos.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La expresión de voluntad de los niños, reiterada en la audiencia celebrada ante la Corte, en la que ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso, resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial, en tanto no pudo pasar desapercibido que tal actitud, mantenida -con algunos vaivenes que fueron perdiendo entidad con el tiempo- al margen de que pudo haberse originado en la alienación con el discurso paterno ayudado por la posición de la madre, no ha podido ser revertida pese a

las distintas intervenciones judiciales y tuvo como correlato el constante fracaso de todas las estrategias de revinculación con su progenitora y, en consecuencia, la consiguiente imposibilidad de hacer efectiva la decisión de reintegro confirmada por la corte local.

CUIDADO PERSONAL

Corresponde revocar la sentencia que confirmó la medida cautelar que ordenaba el reintegro de los niños al cuidado de su madre, toda vez que la decisión persistente de insistir con retornar a una convivencia con la progenitora que los hoy adolescentes rechazan y de continuar con un proceso de revinculación judicial forzado, no hizo más que profundizar el gravísimo conflicto de relación materno-filial y familiar, derivado principalmente de la incapacidad de los adultos responsables de poder arribar a un acuerdo en lo referente al cuidado personal de sus hijos.

CUIDADO PERSONAL

Corresponde revocar la sentencia que confirmó la medida cautelar que ordenaba el reintegro de los niños al cuidado de su madre, pues frente a las circunstancias actuales de la causa, mantener lo resuelto en las distintas instancias no resulta viable ni acorde con la prudencia y la mesura que deben primar en la búsqueda de dar solución a conflictos en los que se encuentran involucrados los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, en tanto los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños.

CUIDADO PERSONAL

La decisión que se adopte respecto de la conflictividad familiar que impera en el caso debe inevitablemente atender a la evolución que tenga el tratamiento psicológico que deben mantener los hoy adolescentes y los adultos -cuya continuación y debida acreditación resultan esenciales para el resguardo de su integridad- tendiente a recomponer los lazos familiares y a alejar miedos e inseguridades de los primeros, paso imprescindible para arribar posteriormente al establecimiento de una paulatina, adecuada y saludable revinculación con la madre, todo ello sujeto a sus necesidades y resultará imprescindible que, por un lado, el progenitor conviviente extreme

sus esfuerzos a fin de permitir que el vínculo con el progenitor no conviviente pueda ir restableciéndose en un clima de paz y tranquilidad, evitando circunstancias que puedan llegar a agravar la situación personal de los involucrados que, de por sí, ya se encuentra en un estado delicado y, por el otro, que la progenitora adopte idéntica conducta con el propósito de ir recreando una relación materno-filial que, indefectiblemente, se ha ido perdiendo con el tiempo.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Dada la alta conflictividad que se advierte entre las partes -puesta de manifiesto una cantidad de causas judiciales existentes- y en consonancia con la finalidad protectoria del interés superior del niño que guía la decisión que se adopta, la Corte encomienda a los progenitores, principalmente, como también a los magistrados, a profundizar sus esfuerzos para lograr soluciones respetuosas de los derechos y la condición personal de los niños en plena formación, entre los que se encuentra el de mantener relaciones y contacto directo y permanente con ambos padres, sin que quepa admitir que pueda verse lesionado como consecuencia de sus comportamientos.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Es obligación de la Corte dar una solución que -en el marco de un contexto teñido por una alta conflictividad familiar que se ha mantenido a lo largo del proceso y que lleva una duración indeseada- se oriente primordialmente a satisfacer las necesidades de los niños -dos de ellos adolescentes, por haber alcanzado el restante la mayoría de edad-, del mejor modo posible para la formación o consolidación de su personalidad, lo que obsta adoptar justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Los conflictos que atañen a los infantes debe ser resueltos a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La consideración del interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de ellos debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aun frente al de sus progenitores; dicho principio encuentra consagración constitucional en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño e infra-constitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los arts. 639, inciso a y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño no debe ser considerado en forma puramente abstracta, sino que su contenido debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada caso en concreto; se trata de un concepto dinámico y flexible que deberá precisarse de forma individual, con arreglo a la situación particular y a las necesidades personales de los sujetos involucrados, tarea en la que la opinión del infante, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como su cuidado, protección y seguridad, se presentan como elementos a tener en cuenta para evaluar y conformar el citado interés superior (confr. Comité de los Derechos del Niño, Observación n° 14, puntos 4; 10/11; 32/34; 36/37; 52/54 y 58/74).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La ley 26.061 define al interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido al interés superior del niño como principio a tener en cuenta en toda decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes y, con específica vinculación con el caso, como pauta de consideración primordial en el ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 706, inciso c y 639, inciso a).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

En la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de interés superior del niño, la opinión del niño, niña y adolescente constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones.

DERECHO A SER OÍDO

Tanto la ley 26.061 como el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación expresamente receptan lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez.

DERECHO A SER OÍDO

El derecho de todos los niños a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, a punto tal que no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del art. 12 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, puntos 2 y 74).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

En asuntos en los que las circunstancias objetivas y subjetivas son susceptibles de variar o modificarse a lo largo del tiempo, los responsables de la toma de decisiones que atañen a los niños, niñas y adolescentes deben contemplar medidas útiles que respondan a los cambios que puedan operarse y que se ajusten a la satisfacción del interés superior de aquellos; en tal cometido, la evaluación de la estabilidad y continuidad de la situación presente y futura de ellos adquiere una particular trascendencia.

DERECHO A SER OÍDO

La exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, pero cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria; máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo pese a los intentos orientados a lograr una morigeración de su contenido y no se avizora la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Constituye un deber ineludible de los jueces adoptar decisiones que procuren resguardar el derecho recíproco de comunicación materno-filial

como el deber del padre conviviente de garantizarlo (conf. arts. 652 y 655, inciso d, del Código Civil y Comercial de la Nación); empero, en el caso el devenir de los acontecimientos ha demostrado que tal cometido no puede concretarse en las condiciones y el modo dispuestos por las decisiones judiciales que vienen siendo cuestionadas, en tanto las constancias de la causa dan cuenta de que ello no ha dado ningún resultado positivo para los involucrados, a punto tal que los expertos intervinientes en las distintas instancias han considerado que la cronicidad del conflicto familiar reviste características de gravedad pues los niños viven la actual intervención judicial como “un castigo para ellos” y sienten que es a ellos a los que se les imponen las consecuencias de las decisiones que se adoptan.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte debe considerar las circunstancias existentes al momento de pronunciarse, aunque sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal, en tanto es el único modo de otorgar una respuesta adecuada y una tutela judicial efectiva, máxime en asuntos que presentan una dinámica cambiante que incide en la realidad en que se inserta el conflicto.

MEDIDA CAUTELAR

Aun cuando la decisión apelada, dictada en el marco de un proceso sobre medidas cautelares, no constituye -como regla- sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario, se ha admitido que pueda reputarse equiparable a tal cuando lo decidido es susceptible de producir un perjuicio que, por su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso por ser de insuficiente o tardía reparación ulterior.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios del recurrente suscitan cuestión federal para su consideración por la vía extraordinaria, desde que ponen en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3.1 y 12) y la sentencia del superior tribunal

de la causa es contraria al derecho que aquel funda en ellas; y el interesado invoca la errónea ponderación de las disposiciones de la ley 26.061 como del art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto receptan las directrices adoptadas en el citado tratado.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el actor, por sí y en representación de sus hijos menores F.P.B., M.P.B. y F.P.B. en la causa P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que con motivo del convenio de tenencia homologado en el marco del juicio de divorcio, los tres hijos del matrimonio -a ese entonces de 8, 4 y 3 años de edad- continuaron viviendo con su progenitora en la casa que fuera sede del hogar conyugal ubicada en el Country Club Los Cardales, en la localidad de Campana, Provincia de Buenos Aires, donde también se encontraba el establecimiento educativo al que concurrían. Asimismo, se fijó un amplio régimen de visitas a favor del progenitor a cumplirse en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde este había mudado su residencia (conf. fs. 58/60 del expte. CIV 72069/2015 y fs. 11/14 e informe de fs. 62 y 133/137 del expte. 34353 s/ medidas precautorias).

El 12 de octubre de 2015 el progenitor, después de retirar a los niños y a la niña del colegio, los llevó a vivir con él y los inscribió en un establecimiento educativo ubicado en esta jurisdicción, aduciendo que tal conducta había obedecido al pedido de aquellos quienes manifestaron no querer estar más con la madre debido a los malos tratos -físicos y psíquicos- que recibían. Dicha situación motivó que el padre solicitara la adopción de medidas de resguardo para su integridad (conf. fs. 11/14 del expte. CIV 72069/2015).

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión del juez de primera instancia que había declarado la

competencia del Juzgado de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana en razón de haber prevenido en diversas actuaciones judiciales tramitadas entre las mismas partes; dejó sin efecto la medida cautelar de prohibición de acercamiento de la progenitora en relación a sus hijos e hija y al progenitor, y ordenó al padre abstenerse de dificultar o impedir de algún modo el contacto inmediato de aquellos con la madre (conf. fs. 141/147 del citado expte. CIV 72069/2015).

2°) Que el 29 de diciembre de 2015 la jueza local, después de oír a las partes, entrevistar a los niños y a la niña y disponer distintas evaluaciones por profesionales, admitió el pedido de la progenitora y ordenó el reintegro cautelar de los entonces infantes en el imposterable plazo de 48 horas. Asimismo, encomendó la realización de tratamientos psicológicos individuales para todos los integrantes de la familia, de peritajes psiquiátricos y psicológicos a los progenitores, y de amplios informes socioambientales en cada uno de los domicilios (fs. 17/20, 51/60, 66, 67, 68/69, 80/82, 126/130, 138/139 y 142/149 del expte. 34353 s/ medidas precautorias).

Para así decidir, hizo referencia al acotado marco cognitivo de los procesos cautelares, a la vigencia del acuerdo homologado sobre régimen de cuidados personales y de comunicación -sin perjuicio de las acciones que pudieran interponerse para su modificación- y consideró que no se había acreditado riesgo alguno para los niños y la niña que permitiera convalidar la vía de hecho ejecutada por el demandante. Destacó que, en oportunidad de ser escuchados, manifestaron su oposición a la revinculación materna pero puntualizó que no se trataba de una opinión genuina sino inducida por el padre. Dicha decisión fue apelada por este último, recurso que fue concedido con efecto devolutivo (conf. fs. 159/163 y 224 del expte. referido).

El 5 de enero de 2016, ante el pedido de parte, la magistrada habilitó la feria judicial y ordenó que se llevara a cabo el reintegro pertinente, lo que no pudo concretarse debido al grave episodio de llantos y gritos protagonizado por los niños y la niña (conf. fs. 157, 166/167, 193/194, 303/305, 315/317 y 355/358 del expte. citado). En ese contexto, el 25 de febrero se intimó al progenitor a inscribir nuevamente a sus hijos e hija en el colegio ubicado en la localidad de Campana y a hacer efectivo su traslado diario, a la par que posteriormente se le ordenó acreditar el inicio del tratamiento psicológico de aquellos a realizarse por un profesional en la referida localidad, todo bajo apercibimiento de astreintes

(fs. 509/510 y 519 del mencionado expte.). Ambas decisiones fueron apeladas por la asesora de menores y el progenitor, recursos que fueron concedidos con efecto devolutivo (fs. 529/542, 545/548 y 549/550).

Asimismo, frente a los pedidos de la progenitora, el 5 de septiembre decidió que, hasta tanto se resolvieran los recursos de apelación, no se encontraban dadas las condiciones para modificar la situación de los infantes restituyéndolos sin más a la madre. En tales condiciones, después de entrevistar a cada uno, ordenó el inicio inmediato de una terapia de revinculación con su madre en sede provincial y exhortó al progenitor a su cumplimiento, bajo apercibimiento de imponer astreintes. Asimismo, tuvo por presentado al letrado designado por el hijo mayor. Dichas decisiones fueron apeladas por el padre, la madre y el citado hijo, respectivamente (fs. 691/693; 705/709; 720/732 y 768 del citado expte.).

3°) Que la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana rechazó todos los planteos propuestos, con excepción de la designación del letrado para el hijo mayor que dejó sin efecto (fs. 799/815 del citado expte.).

Destacó que aun cuando los niños y la niña habían expresado su negativa a retomar la convivencia con su progenitora, también habían dejado a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con ella; asimismo, advirtió "...un encono hacia el rol materno que se presenta llamativo por su falta de sustento en los hechos concretos y comprobados de la causa que revestían entidad y gravedad para explicar tal cerrazón; dando lugar a considerar que la misma es en gran medida un defecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconulta del vínculo a partir de octubre de 2015...".

Dado el tiempo transcurrido, remarcó que resultaba imperioso reanudar la necesaria vinculación de los infantes con su madre y, en tal sentido, consideró pertinente que ello fuera canalizado por medio de un perito de la lista.

4°) Que contra dicho pronunciamiento el padre dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, concedido con efecto devolutivo, fue desestimado (fs. 906/933, 989/990 y 1216/1227 del citado expte.).

Después de reseñar los antecedentes, de oír a los niños y a la niña y de hacer mérito de las conclusiones de los peritajes requeridos como medida para mejor proveer en esa sede (fs. 1081, 1097, 1127/1132 de la referida causa), la corte local recordó que la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de los infantes, en función de su interés y de la idoneidad de los padres, era una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias solo revisable en caso de absurdo, vicio que no se configuraba en autos.

A tal efecto, y en lo que al caso interesa, hizo mérito de la existencia de acuerdos vigentes sobre el cuidado personal y el régimen de comunicación; de que los hechos de violencia alegados no habían sido probados y que, pese a que se había ordenado al padre abstenerse de dificultar el contacto inmediato de sus hijos e hija con la madre, dicha vinculación no había podido llevarse a cabo. Al respecto, destacó lo acontecido en el marco de la causa seguida contra el progenitor sobre impedimento de contacto.

No obstante, entendió pertinente que en forma previa a la ejecución de la orden de reintegro, se dispusiera un régimen de contacto paulatino y asistido de los infantes con su progenitora, de modo que, resguardando su interés superior y teniendo en cuenta su edad –especialmente la de F., en ese momento de catorce años–, la medida de restitución se llevara a cabo en un contexto de paz y tranquilidad para aquellos.

Por último, afirmó que no correspondía expedirse sobre las cuestiones concernientes a la escolaridad pues las distintas presentaciones obrantes en la causa, daban cuenta de que tenían estrecha vinculación con la medida cautelar de cambio de colegio solicitada en la instancia de grado que, aunque había sido rechazada, no se encontraba firme.

5°) Que contra dicho pronunciamiento el progenitor dedujo recurso extraordinario federal que, desestimado, originó la queja bajo examen.

Señala que la corte local no ha ponderado en debida forma las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), como tampoco las de la ley 26.061, en cuanto refieren al derecho de los niños a expresar libremente su opinión y a que sea tenida en cuenta a la hora de resolver cuestiones que los involucran, además de

que se desconoce el carácter de sujetos de derecho de sus hijos, transformándolos en objeto de deseo de los adultos.

Aduce que se prioriza tanto un argumento formalista -la existencia de los acuerdos celebrados por las partes al momento de divorciarse-, como la voluntad de la madre, dejándose de lado el interés superior de los niños, soslayándose su capacidad progresiva y el pleno ejercicio del derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean consideradas, especialmente respecto a la elección del centro de vida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Agrega que nunca se opuso a la vinculación materno-filial, siempre y cuando se garantizara que iba a ser considerada la opinión de sus hijos e hija.

6°) Que atento a que se encontraban en juego los derechos de los infantes se dio vista a la señora Defensora General de la Nación, quien con carácter previo a emitir su dictamen y a fin de conocer la situación actual de aquellos, mantuvo una entrevista con los infantes con la participación de la perito psicóloga del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de dicha defensoría, quien posteriormente elaboró el informe que obra a fs. 69/73 de la queja.

A la luz de ello, la señora Defensora General de la Nación afirmó que la solución adoptada avasallaba el interés superior de los niños y la niña quienes a lo largo del juicio habían manifestado una voluntad clara, terminante y sostenida respecto del progenitor con el que deseaban vivir y al colegio al que querían concurrir, y que no se vislumbraba un horizonte en el cual las medidas dispuestas en la sentencia apelada pudieran cumplirse seriamente, ya que la férrea negativa de los tres hermanos sobre tales aspectos, así como a vincularse con su madre, se mantenía inmovible.

En definitiva, concluyó que no podía separárselos del medio familiar actual y desaconsejaba convalidar la medida confirmada por la suprema corte local por ser altamente probable que volviera a fracasar, perjudicando seriamente la estabilidad emocional y psíquica de aquellos. Asimismo, entendió que debía mantenerse el centro de vida en esta ciudad junto al padre y que el contacto con la progenitora debía llevarse a cabo en ese ámbito territorial, dentro de un marco terapéutico y con las modalidades que los especialistas consideraran aconsejables (fs. 74/83 de la queja).

7°) Que este Tribunal, por intermedio de la Secretaría interviniente y con el objeto de tomar contacto personal con los niños y la niña con arreglo a lo previsto por los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, convocó a una audiencia a la que comparecieron aquellos y el representante de la Defensoría General de la Nación (conf. fs. 85, 90 y 91 de la queja).

8°) Que aun cuando la decisión apelada, dictada en el marco de un proceso sobre medidas cautelares, no constituye -como regla- sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario, este Tribunal ha admitido que pueda reputarse equiparable a tal cuando lo decidido es susceptible de producir un perjuicio que, por su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso por ser de insuficiente o tardía reparación ulterior (conf. Fallos: 331:2135 y sus citas).

Ello es lo que sucede en el caso pues, a la luz del desarrollo de los hechos, de lo informado por los especialistas y de lo manifestado por los destinatarios de las medidas aquí dispuestas, mantener, sin más, la solución propuesta por la corte local podría traer aparejado un gravamen de dificultosa o imposible reparación ulterior dada la crucial incidencia en la vida presente y futura de los niños involucrados en el conflicto parental e, incluso, hasta agravar una situación que en la actualidad ya luce seriamente complicada, en desmedro de todos los involucrados.

9°) Que sentado ello, los agravios del recurrente suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, desde que ponen en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3.1 y 12) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que aquel funda en ellas (conf. Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307; 341:1733). Asimismo, el interesado invoca la errónea ponderación de las disposiciones de la ley 26.061 como del art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto receptan las directrices adoptadas en el citado tratado.

10) Que en ese orden de cosas, corresponde a este Tribunal -en su carácter de garante de los derechos y garantías reconocidos en la

Ley Fundamental- decidir si en el particular caso sometido a su conocimiento la decisión de la corte local, en cuanto dejó firme el fallo que dispuso *i)* el reintegro de los niños a su progenitora y *ii)* la previa revinculación materno-filial a llevarse a cabo en sede provincial, *iii)* así como también la realización de los tratamientos pertinentes en dicha sede, se presenta como respetuosa de los derechos consagrados en los ordenamientos referidos y como aquella que mejor responde a los intereses de los sujetos involucrados.

11) Que la Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los conflictos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente (confr. doctrina de Fallos: 328:2870; 341:1733 y sus citas).

En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental).

Ello así, pues los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de ellos debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aun frente al de sus progenitores (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733). Dicho principio encuentra consagración constitucional en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño e infra-constitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los arts. 639, inciso a y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

12) Que en ese marco, este Tribunal ha señalado que dicho principio no debe ser considerado en forma puramente abstracta, sino que su contenido debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada caso en concreto (conf. Fallos: 328:4343;

331:2047 y 2691; 334:1287 y 335:2307). Se trata de un concepto dinámico y flexible que deberá precisarse de forma individual, con arreglo a la situación particular y a las necesidades personales de los sujetos involucrados, tarea en la que la opinión del infante, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como su cuidado, protección y seguridad, se presentan como elementos a tener en cuenta para evaluar y conformar el citado interés superior (confr. Comité de los Derechos del Niño, Observación n° 14, puntos 4; 10/11; 32/34; 36/37; 52/54 y 58/74).

La ley 26.061 define al interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido a dicho interés superior como principio a tener en cuenta en toda decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes y, con específica vinculación con el caso, como pauta de consideración primordial en el ejercicio de la responsabilidad parental (véase arts. 706, inciso c y 639, inciso a).

13) Que en la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de “interés superior del niño”, *la opinión del niño, niña y adolescente* constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones.

Tanto la citada ley 26.061 como el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación expresamente así lo contemplan, receptando de ese modo lo dispuesto por el art. 12 de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un

juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez...". El derecho de todos los niños a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención, a punto tal "que no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del art. 12" (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, puntos 2 y 74).

14) Que teniendo como premisas las consideraciones señaladas es obligación del Tribunal dar una solución que -en el marco de un contexto teñido por una alta conflictividad familiar que se ha mantenido a lo largo del proceso y que al presente lleva una duración indeseada- se oriente primordialmente a satisfacer las necesidades de los niños y de la niña -hoy dos de ellos adolescentes, por haber alcanzado el restante la mayoría de edad-, del mejor modo posible para la formación o consolidación de su personalidad, lo que obsta adoptar justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas (conf. Fallos: 333:1376).

En asuntos en los que las circunstancias objetivas y subjetivas son susceptibles de variar o modificarse a lo largo del tiempo, los responsables de la toma de decisiones que atañen a los niños, niñas y adolescentes deben contemplar medidas útiles que respondan a los cambios que puedan operarse y que se ajusten a la satisfacción del interés superior de aquellos. En tal cometido, la evaluación de la estabilidad y continuidad de la situación presente y futura de ellos adquiere una particular trascendencia.

No se trata solo de otorgar una respuesta limitada a una aplicación mecánica de la ley o a una sujeción irrestricta a ella, sino de adoptar una decisión que, a partir de la realidad pasada y presente, no desatienda la consideración del futuro cercano, a fin de evitar que en la búsqueda de una alternativa posible para satisfacer los distintos intereses en juego y armonizar los derechos -legítimos- de todos los involucrados, se profundice aun más el conflicto familiar en grado tal que pueda llegarse a una vía de no retorno saludable para ninguno de los interesados.

15) Que es en cumplimiento de dicha tarea que este Tribunal debe considerar las circunstancias existentes al momento de pronunciar-

se, aunque sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal (conf. Fallos: 310:670; 311:1810, 2131; 318:625; 321:1393, entre otros), único modo de otorgar una respuesta adecuada y una tutela judicial efectiva, máxime en asuntos que, como se señaló, presentan una dinámica cambiante que incide en la realidad en que se inserta el conflicto.

16) Que ello así, un examen pormenorizado del caso permite afirmar que la suprema corte local no efectuó el análisis que la hermenéutica constitucional y legal exigía, en particular los efectos o consecuencias que podía traer aparejada para los niños y la niña la confirmación de la medida cautelar que ordenaba su reintegro al cuidado de su madre en la forma en que fue dispuesta.

La decisión cuestionada hizo particular mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero no ponderó adecuadamente, a la luz del desarrollo de los hechos la incidencia que en la solución que proponía evidenciaba, la concordante y férrea opinión expresada por los niños y la niña que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora, así como a vincularse con ella (confr. fs. 164, 166, 193/194, 218/219, 231/233, 254/257, 272/273, 315/317, 509, 529, 529/542, 558, 637/641, 1026/1037, 1127/1132 de los autos principales y 69/73 de esta queja).

Esta expresión de voluntad que ha sido reiterada en la audiencia celebrada ante este Tribunal, en la que ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso, resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial, según se ha manifestado.

17) Que en efecto, no pudo pasar desapercibido que tal actitud, mantenida –con algunos vaivenes que fueron perdiendo entidad con el tiempo- al margen de que pudo haberse originado en la alienación con el discurso paterno ayudado por la posición de la madre (conf. informe fs. 1127/1132 de los autos principales)-, no ha podido ser revertida pese a las distintas intervenciones judiciales y tuvo como correlato el constante fracaso de todas las estrategias de revinculación con su progenitora y, en consecuencia, la consiguiente imposibilidad de hacer efectiva la decisión de reintegro confirmada por la suprema corte local.

Tampoco tuvo resultado positivo el traspaso forzoso dispuesto respecto de la institución educativa ante la inflexible resistencia de aquellos, pese a las diferentes estrategias que se intentaron. Ello condujo a que el colegio ubicado en la jurisdicción de Campana rechazara la matriculación para el ciclo escolar 2018, motivo por el cual fueron nuevamente escolarizados en la institución educativa a la que asistían en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (véase fs. 1206).

La decisión persistente de insistir con retornar a una convivencia con la progenitora que los hoy adolescentes rechazan y de continuar con un proceso de revinculación judicial forzado, no hizo más que profundizar el gravísimo conflicto de relación materno-filial y familiar, derivado principalmente de la incapacidad de los adultos responsables de poder arribar a un acuerdo en lo referente al cuidado personal de sus hijos.

18) Que la exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés.

Empero, cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria. Máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo pese a los intentos orientados a lograr una morigeración de su contenido y no se avizora la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales.

19) Que las consideraciones expuestas no importan convalidar el actuar del progenitor que trasladó de manera unilateral a sus hijos a esta ciudad hace ya más de cinco años ni implica desconocer el derecho de los progenitores a decidir, de común acuerdo, las cuestiones que hacen a la responsabilidad parental, como tampoco la validez de los acuerdos que se celebren en tal sentido y menos aún -y aquí reside lo medular de la decisión- poner en discusión que debe buscarse una alternativa para que, de algún modo, pueda lograrse la concreción de

un proceso de acercamiento y/o revinculación de estos niños y niña -hoy adolescentes- con su progenitora.

Frente a la nota de provisoriedad que gobierna estas cuestiones, se trata de verificar la razonabilidad de anclar una solución en la ponderación de un acuerdo adoptado en un momento determinado de la vida familiar cuando las circunstancias que lo motivaron se han visto modificadas por distintas razones -cuya ponderación es objeto de un análisis diferente- y cuando su cumplimiento conlleva desoír la clara manifestación de voluntad en sentido contrario a lo allí convenido de quienes, en definitiva, son los principales destinatarios, con riesgo de provocar consecuencias no deseadas.

20) Que constituye un deber ineludible de los jueces adoptar decisiones que procuren resguardar el derecho recíproco de comunicación materno-filial como el deber del padre conviviente de garantizarlo (conf. arts. 652 y 655, inciso d, del Código Civil y Comercial de la Nación); empero, en el caso el devenir de los acontecimientos ha demostrado que tal cometido no puede concretarse en las condiciones y el modo dispuestos por las decisiones judiciales que vienen siendo cuestionadas.

Las constancias de la causa dan cuenta de que ello no ha dado ningún resultado positivo para los involucrados, a punto tal que los expertos intervinientes en las distintas instancias han considerado que la cronicidad del conflicto familiar reviste características de gravedad pues los niños viven la actual intervención judicial como “un castigo para ellos” y sienten que es a ellos a los que se les imponen las consecuencias de las decisiones que se adoptan (conf. fs. 1127/1132 del expte. principal).

A tal efecto resultan elocuentes las distintas consideraciones y conclusiones formuladas por el Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación en su informe en punto a que *el fracaso sistemático de las medidas judiciales impuestas* ha llevado la disfuncionalidad familiar a una etapa de marcada gravedad y a la *necesidad de considerar medidas alternativas de resolución de la problemática* que eviten procesos de victimización secundaria y la imposición de una metodología que ya ha fracasado en el pasado, al tiempo que dan cuenta de la posible implementación como recurso terapéutico de lo que se denomina “una desvinculación constructiva”

para encarar un nuevo vínculo desde otra perspectiva (véase informe a fs. 69/73 de la queja).

La necesidad de afrontar la revinculación materno-filial desde otro enfoque y recurriendo a una técnica que difiera de la hasta ahora intentada sin resultados concretos favorables, aún en su mínima expresión, se ve reflejada en el último informe acompañado por la institución que tenía a su cargo el proceso de revinculación en esta jurisdicción -por decisión de las partes- que pone de manifiesto la seria y conflictiva situación del grupo familiar que ha llevado a dar por concluida su intervención en el asunto dada la imposibilidad de continuar con el mismo (confr. informe acompañado en formato digital del 15 de abril de 2021).

21) Que frente a las circunstancias actuales, mantener lo resuelto en las distintas instancias -reíntegro de los niños a la progenitora- no resulta viable ni acorde con la prudencia y la mesura que deben primar en la búsqueda de dar solución a conflictos en los que se encuentran involucrados los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de señalar que “los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños” (Fallos: 331:941).

En virtud de ello, la decisión que se adopte respecto de la conflictividad familiar que impera en el caso deberá inevitablemente atender a la evolución que tenga el tratamiento psicológico que deben mantener los hoy adolescentes y los adultos -cuya continuación y debida acreditación resultan esenciales para el resguardo de su integridad- tendiente a recomponer los lazos familiares y a alejar miedos e inseguridades de los primeros, paso imprescindible para arribar posteriormente al establecimiento de una paulatina, adecuada y saludable revinculación, todo ello sujeto a sus necesidades (confr. informe citado a fs. 69/73 de la queja).

Para el logro de dicho cometido, resultará imprescindible que, por un lado, el progenitor conviviente extreme sus esfuerzos a fin de permitir que el vínculo con el progenitor no conviviente pueda ir restableciéndose en un clima de paz y tranquilidad, evitando circunstancias que puedan llegar a agravar la situación personal de los involucrados que, de por sí, ya se encuentra en un estado delicado y, por el otro, que la progenitora adopte idéntica conducta con el propósito de ir recreando una relación materno-filial que, indefectiblemente, se ha ido perdiendo con el tiempo.

Asimismo, constituirá una nota esencial para alcanzar una solución que permita un acercamiento familiar genuino y adulto -con los tiempos propios que demandan las relaciones interpersonales- que ambos progenitores enfoquen su atención en la persona de sus hijos y dejen de lado cualquier desavenencia entre ellos que configure un obstáculo, impedimento o dificultad para el avance en la vinculación familiar.

22) Que en ese orden de ideas, dada la alta conflictividad que se advierte entre las partes –puesta de manifiesto por la suprema corte local al hacer referencia a la cantidad de causas judiciales existentes– y en consonancia con la finalidad protectoria del interés superior del niño que guía la decisión que se adopta, el Tribunal encomienda a los progenitores, principalmente, como también a los magistrados, a profundizar sus esfuerzos para lograr soluciones respetuosas de los derechos y la condición personal de los niños en plena formación, entre los que se encuentra el de mantener relaciones y contacto directo y permanente con ambos padres, no cabe admitir que pueda verse lesionado como consecuencia de sus comportamientos. Constituye deber de aquellos extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo (conf. arts. 3, 9, 10 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11 de la ley 26.061).

Por ello, y habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictarse un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvanse las actuaciones.

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

Recurso de queja interpuesto por E. G. P. B., actor en autos, representado por el Dr. Andrés Gil Domínguez.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Zárate-Campana y Juzgado de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana, Provincia de Buenos Aires.**

PINO, SEBERINO Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL –
MINISTERIO DEL INTERIOR– s/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE
LAS FFAA Y DE SEG

RETIROS Y PENSIONES MILITARES

El agravio relativo a cuestionar la validez del aporte personal fijado por la ley 22.788 con fundamento en que hasta el dictado de esa norma los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no estaban obligados a realizarlo debe ser rechazado, pues la modificación de una norma por otra posterior de igual jerarquía no da lugar a cuestión constitucional, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad más aún cuando la imposición de dicha carga se sustenta en razones de interés colectivo y manifiesto carácter asistencial, sin que se advierta que vulnera los derechos superiores invocados.

RETIROS Y PENSIONES MILITARES

Deben ser rechazados los planteos que invocan una afectación del derecho de igualdad derivada de la aplicación de la ley 22.788, toda vez que para tener por configurado dicho extremo resulta necesaria la existencia de excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias y ese requisito no se verifica por el solo hecho de que los agentes pasivos de la Gendarmería Nacional se encuentren obligados a integrar aportes que no realizan los beneficiarios del régimen general de jubilaciones y pensiones una vez obtenida la prestación, pues los primeros gozan de un sistema especial para el cálculo y movilidad de sus haberes de retiro y de pensión que los segundos no poseen (arts. 94, 111 y sptes. de la ley 19.349).

APORTES PREVISIONALES

La imposición de aportes con posterioridad a la obtención de un beneficio se justifica en la existencia de una necesidad pública y encuentra fundamento suficiente en una norma de rango constitucional -art. 14 bis-, para cuyo cumplimiento se recurre al principio de solidaridad social, que puede llegar a legitimar dicha exigencia aun respecto de quienes no obtuvieran a cambio beneficio alguno (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti)

APORTES PREVISIONALES

El decreto 679/97 -en cuanto elevó el descuento del 8% previsto en la ley 22.788 a un 11% del haber de retiro o pensión- es inconstitucional, pues los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional no alcanzan para poner en evidencia que el dictado del decreto en cuestión haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional sino que, por el contrario, traducen la decisión de modificarlo de manera permanente, sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti, voto del juez Rosatti y voto del juez Maqueda).

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

El art. 99, inc. 3 de la Ley Fundamental establece que el Poder Ejecutivo Nacional no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, excepto que circunstancias de rigurosa excepcionalidad y urgencia hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, en cuyo caso podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, con sujeción a determinados recaudos materiales y formales y en la medida en que no regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

MOVILIDAD

La Corte ha aceptado la validez constitucional de los cambios de los regímenes de movilidad, esto es, del reemplazo de un método de determinación de incrementos por otro, realizado a fin de lograr una mejor administración o dar mayor previsibilidad financiera al sistema de seguridad social con la condición de que tales modificaciones no produjeran reducciones confiscatorias en los haberes; ello así por cuanto el derecho a la movilidad no resulta ser un enunciado vacío a ser llenado de cualquier modo, sino que debe asegurarse mediante un sistema que garantice a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo (Voto del juez Rosatti).

GENDARMERIA NACIONAL

El cambio del sistema de liquidación de haberes - ley 22.788- no trajo aparejada una lesión al derecho a la movilidad jubilatoria, garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pues los beneficios previsionales de la Gendarmería Nacional -aun con el descuento establecido en la ley- continuaron siendo calculados en proporción a las remuneraciones de los activos, como consecuencia de la aplicación de un régimen específico que contempla una relación directa entre los salarios de actividad y los haberes de pasividad (Voto del juez Rosatti).

PODER EJECUTIVO NACIONAL

Para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (Voto del juez Rosatti y voto del juez Maqueda)

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Corresponde descartar la opción interpretativa que asimila el silencio o la inactividad del Congreso con la convalidación del Decreto de Necesidad y Urgencia adoptado por el Poder Ejecutivo - 679/97- pues conforme el argumento del principio de la regla y la excepción, la regla incorporada por el constituyente de 1994 en los arts. 76, 99, inc. 3 y 80, es que el Poder Ejecutivo no puede legislar (ello se desprende del tenor literal de las expresiones utilizadas, tales como “se prohíbe” o “en ningún caso”) y paralelamente, la excepción es que solo puede hacerlo en situaciones específicas y particulares (para ello se recurre a los términos “salvo” o “solamente cuando”), por lo cual en ese marco, la asignación de efectos aprobatorios al silencio legislativo podría trastocar el principio constitucional, convirtiendo a la regla en excepción (Voto del juez Rosatti).

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Corresponde descartar la opción interpretativa que asimila el silencio o la inactividad del Congreso con la convalidación del Decreto de Necesidad y Urgencia adoptado por el Poder Ejecutivo - 679/97- pues conforme el argumento de la distinción entre una ley y un decreto, un criterio contrario al sustentado por el constituyente de 1994, volvería irrelevante la distinción entre ley y decreto, asumiendo este el carácter de aquella y tornando ilusorio el mecanismo de control previsto por el constituyente en el art. 99, inc. 3 de la Ley Fundamental (Voto del juez Rosatti).

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Corresponde descartar la opción interpretativa que asimila el silencio o la inactividad del Congreso con la convalidación del Decreto de Necesidad y Urgencia adoptado por el Poder Ejecutivo - 679/97- pues conforme el argumento de la prohibición de la sanción ficta, cuadra remarcar que nuestro diseño constitucional impone que cada cámara del Congreso se manifieste en forma expresa y excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta de las leyes (art. 82 de la Constitución Nacional) y hacer surtir efectos convalidatorios al silencio, cuando constitucionalmente no los tiene, es contradecir el criterio del constituyente y vaciar de contenido al mecanismo de control institucional diseñado por la reforma de 1994 en resguardo del principio de división de poderes (Voto del juez Rosatti).

RETIROS Y PENSIONES MILITARES

Si bien el establecimiento del aporte del 8% - dispuesto por la ley 22.788- al haber del personal retirado y pensionado implicó una merma del haber previsional, es jurisprudencia consolidada que las garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional no impiden que, bajo determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites, los haberes previsionales puedan ser reducidos (Voto del juez Rosenkrantz).

GENDARMERIA NACIONAL

Las reducciones en los montos de las jubilaciones están constitucionalmente justificadas cuando: 1) fueran impuestas por ley; 2) respondieran al interés público; y 3) no fueran confiscatorias ni padecieran de una

arbitraria desproporcionalidad, por lo tanto, una reducción de los beneficios previsionales producida como consecuencia del establecimiento de un aporte no puede ser tachada de inconstitucional en tanto se satisfagan los tres requisitos mencionados (Voto del juez Rosenkrantz).

RETIROS Y PENSIONES MILITARES

Debe ser rechazo el plante de inconstitucionalidad de la ley 22.788, pues el aporte cuestionado por los recurrentes fue establecido por una ley nacional que, como surge de la nota de elevación del proyecto de la ley 22.788 al Poder Ejecutivo Nacional, tuvo por finalidad preservar la estabilidad económica y financiera del sistema previsional, reducir los fondos que el Tesoro Nacional destinaba a la cuenta especial creada por la ley 22.043 para atender dichas prestaciones y, a la vez, garantizar el principio de identidad que debe existir entre los haberes mensuales del personal de esa institución y los del Ejército Argentino y los recurrentes no han demostrado que la reducción de sus haberes provocada por el establecimiento del aporte fuera confiscatoria o arbitraria (Voto del juez Rosenkrantz).

CONFISCATORIEDAD

Para que exista confiscatoriedad debe producirse la absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital, que debe ser acreditada de manera concluyente por quien la alega (Voto del juez Rosenkrantz).

RETIROS Y PENSIONES MILITARES

Los agravios relativos a la violación del principio de igualdad por parte de la ley 22.788 deben ser desechados, pues el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes no viola el art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto la distinción no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución de personas o grupo de ellas y si bien los pensionados y retirados de la Gendarmería Nacional se encuentran obligados a hacer un aporte una vez obtenido el beneficio previsional, también gozan de un sistema especial para el cálculo de sus haberes previsionales y de una movilidad también especial (arts. 94 y 111 de la ley 19.349, texto según ley 22.534), por lo tanto, su situación no es asimilable a la de los jubilados y pensionados bajo el régimen general

de jubilaciones y pensiones (Voto del juez Rosenkrantz).

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

El art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional dispone que cuando el Poder Ejecutivo dictare un decreto de necesidad y urgencia, el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, que elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras, por lo cual, surge con claridad del texto constitucional que algún tipo de intervención del Congreso de la Nación es necesaria como requisito de validez de los decretos de necesidad y urgencia (Voto del juez Rosenkrantz).

RETIROS Y PENSIONES MILITARES

Es inconstitucionalidad el decreto de necesidad y urgencia 679/97, toda vez que se comprueba la inexistencia de intervención legislativa de ninguna especie, circunstancia que resulta suficiente para determinar la invalidez constitucional del decreto en cuestión; ello es así, por cuanto no se encuentra cumplida una de las condiciones exigidas para admitir la legalidad del ejercicio de la atribución concedida al Poder Ejecutivo por medio del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional (Voto del juez Rosenkrantz).

APORTES PREVISIONALES

La imposición de aportes - dispuesto por la ley 22.788- con posterioridad a la obtención de un beneficio, encuentra sustento en la autofinanciación del particular sistema previsional en el que se realizan, en la existencia de una necesidad pública como es la de atender las pasividades otorgadas al personal de Gendarmería Nacional y sus derechohabientes y, por ende, halla fundamento suficiente en una norma de rango constitucional -art. 14 bis-, para cuyo cumplimiento se recurre al principio de solidaridad social, que puede llegar a legitimar dicha exigencia aun respecto de quienes no obtuvieran a cambio beneficio alguno (Voto del juez Maqueda).

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Toda vez que el decreto 679/97 fue dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente (ley 26.122) a que hace referencia el mencionado art. 99, sin que hubiese existido intervención legislativa de ninguna especie que permita inferir la voluntad del Congreso Nacional de pronunciarse expresamente acerca del rechazo o aprobación del citado decreto, ello resulta suficiente para determinar su invalidez constitucional, dado que no se encuentra cumplida una de las condiciones exigibles para admitir la legalidad del ejercicio de la excepcional atribución concedida al Poder Ejecutivo (Voto del juez Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El remedio federal es formalmente procedente, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance y validez de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes fundan en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

RECURSO EXTRAORDINARIO

En la tarea de establecer la inteligencia de normas de índole federal la Corte no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado ni por las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. .24/31, varios integrantes del personal retirado de la Gendarmería Nacional promovieron demanda contra el Estado Nacional (Ministerio del Interior Gendarmería Nacional) a fin de obtener que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 22.788 y del decreto 679/97 y, consecuentemente, se ordenara el cese del descuento realizado sobre sus haberes bajo el concepto 290 "Aporte previsional", como así

también que se dispusiera el reintegro de lo descontado por ese ítem durante el período no prescripto (art. 4027 , inc. 30, del Código Civil entonces vigente).

-II-

A fs. 91/93, la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social (sala I) revocó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la demanda (v. fs. 68/70).

Para así decidir, en primer lugar recordó que los miembros de la Gendarmería Nacional, desde su creación, no sufrían ningún descuento previsional en sus haberes, hasta que la ley 22.788 fijó el porcentaje de aporte jubilatorio que debían efectuar los retirados y pensionados de la fuerza en- un 8% de sus retribuciones.

Señaló que, con el fin de no alterar el principio de igualdad entre los haberes de los miembros de las fuerzas armadas y los de las fuerzas de seguridad, por medio del decreto 679/97 se fijó el monto del descuento en el 11% de las retribuciones del personal retirado y de los pensionados.

A continuación, hizo referencia a la ley 26.122, que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de decretos (en el caso, de necesidad y urgencia) dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, y a sentencias del Tribunal dictadas en relación con la validez y legitimidad de tales disposiciones (“Verrocchi” y “Guida”, publicadas en Fallos: 322: 1726 y 323:1566, respectivamente) , para concluir en que las circunstancias excepcionales que debían reunirse para que el Poder Ejecutivo ejerciera legítimamente facultades legislativas que, como regla, le resultaban ajenas, no concurrían al momento del dictado del decreto 679/97. Agregó, al citar el pronunciamiento de V.E. en el caso “Leguizamón Romero” (Fallos: 327:5559) , que la Ley Fundamental consagraba una limitación a las facultades del Poder Ejecutivo con la innegable finalidad de resguardar el principio de división de poderes, y que el ejercicio de esa prerrogativa estaba sujeto a reglas específicas que exigían un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes, además de contemplar una intervención posterior del Poder Legislativo.

Sostuvo que, de conformidad con los antecedentes jurisprudenciales citados, y toda vez que los aportes devengados no ingresaban a la fiscalización y recaudación de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sino que -en atención a las particularidades previsionales del régimen de Gendarmería Nacional- se derivaban a una cuen-

ta especial de gastos de sostenimiento de la fuerza para el personal en actividad y pasivos, quedaba claro que el decreto 679/97 “no incluye dentro de su temática el carácter de parafiscal” (sic), por lo que no resultaba contrario a la jurisprudencia del Tribunal.

-III-

Disconforme, la parte actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 96/106, que fue concedido por estar en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal y haber sido la decisión final contraria al derecho que en ellas fundaba la apelante, y rechazado respecto de la arbitrariedad alegada, por considerar que incumbía exclusivamente a V.E. valorar si existía gravedad institucional y decidir acerca de la calificación de arbitraria e insostenible de la sentencia recurrida (v. fs. 121 sin que se dedujera queja alguna).

Hace hincapié en que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 22.788, al personal retirado y a los pensionados de la Gendarmería Nacional no se les efectuaba ningún descuento en concepto de aportes previsionales.

Expresa que, a pesar de que el sistema previsional argentino es solidario pues se financia con los aportes de los trabajadores activos, se trata -en realidad- de una solidaridad asistida, en tanto el déficit es cubierto por fondos públicos recaudados a través de impuestos.

Señala que los aportes previsionales tienen características tributarias, y que en nuestro sistema constitucional los tributos deben ser fijados por ley.

Con base en ello, aduce que la norma cuestionada es inconstitucional porque abusa del principio de solidaridad y establece un aporte por medio de un decreto de necesidad y urgencia cuando el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional lo prohíbe.

Afirma que el concepto de solidaridad no puede extenderse al punto de admitir que aquellos que cumplieron íntegramente con sus obligaciones previsionales y obtuvieron un beneficio sigan aportando para financiar el déficit del sistema, ya que ese problema no es oponible a los retirados y pensionados.

-IV-

A modo de ver , el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible pues por su intermedio se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales y la decisión definitiva del su-

perior tribunal de La causa es contraria al derecho que la recurrente funda en ellas (cfr. art. 14, inc. 3° de la ley 48).

Cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880).

-V-

En primer lugar, corresponde mencionar, en cuanto aquí interesa, que por medio de la ley 22.788 se fijó un descuento del 8% mensual en carácter de aporte personal sobre el haber del personal retirado y en el de los pensionados, tanto para los que percibieran dichas prestaciones bajo el régimen de la ley 19.349 y sus modificatorias (art. 2°), como para aquellos encuadrados en el art. 96, inc. a), ap. 1 y 2, e inc. b), ap. 2 y 3, de la ley 18.834; en el art. 76, inc. 1°, ap. a) y b), de la ley 14.777; y en el art. 99, inc. 1°, ap. b), del decreto-ley 3491/58, ratificado por la ley 14.467 y su modificatoria ley 15.901 (art. 3°) Asimismo, se dispuso que los montos recaudados serían ingresados a la cuenta especial habilitada al efecto en jurisdicción del Comando en Jefe del Ejército para ser destinados a la atención de las prestaciones pertinentes (art. 4°), y que el Tesoro Nacional proveería los recursos necesarios que no alcanzan a cubrirse con los descuentos efectuados, para atender el pago mensual de las pasividades del personal comprendido en los artículos precedentes (art. 5°).

Posteriormente, por medio del decreto 679/97 -que el Poder Ejecutivo Nacional dictó con invocación de las facultades para dictar decretos de necesidad y urgencia otorgadas por el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional- se fijó, en cuanto aquí interesa, en un 11% mensual el descuento en carácter de aporte personal sobre el haber del personal retirado y el de los pensionados que percibieran dichas prestaciones bajo el régimen de la ley 19.349 y sus modificatorias (art. 2°); en un 3% mensual el descuento en carácter de aporte personal sobre el haber del personal retirado y el de los pensionados, que percibieran dichas prestaciones bajo el régimen de leyes anteriores al sancionado por la ley 19.349 (art. 3°); y en un 11% mensual el descuento en carácter de aporte personal sobre el haber del personal retirado y el de los pensionados, respectivamente, encuadrados en el art. 96, inc. a), ap. 1 y 2, e inc. b), ap. 2 y 3, de la ley 18.834; en el art. 76, inc. 1°, ap. a) y b), de la ley 14.777; y en el art. 99, inc. 1°, ap. b) del decreto-ley 3491/58, ratificado por la ley 14.467 y su modificatoria ley 15.901.

-VI-

La recurrente cuestiona, en primer lugar, que el personal retirado y los pensionados de la Gendarmería Nacional se encuentren legalmente obligados, a partir de la entrada en vigencia de la ley 22.788, a realizar aportes previsionales; y, en segundo término, que -por medio del decreto de necesidad y urgencia 679/97- se haya incrementado el porcentaje de los haberes que es retenido en concepto de aportes personales y destinado al pago de las prestaciones previsionales de la fuerza.

Con relación al primer cuestionamiento, cabe señalar que V.E. tiene dicho, en forma reiterada, que la modificación de normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (doctrina de Fallos :315: 839; 327:5002; 330:2206 y. sus respectivas citas, entre muchos otros).

Desde esa perspectiva, la fijación de un descuento del 8% mensual en carácter de aporte personal sobre el haber del personal retirado y en el de los pensionados de la Gendarmería Nacional por medio de la ley 22.788, no merece reproche constitucional alguno.

Asimismo, el Tribunal ha admitido que las prestaciones previsionales puedan ser disminuidas, por ley, para el futuro sin menoscabo de la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional, cuando razones de interés colectivo o bienestar general lo justifiquen y su resultado no sea confiscatorio o arbitrariamente desproporcionado (v. Fallos: 330:3149, consid. 19, y sus citas, entre otros).

Tampoco se advierte que el aporte personal con fines previsionales que la ley 22.788 impuso a los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional, al mismo tiempo que lo hizo en relación con el personal en actividad, afecte la relación de proporcionalidad entre los haberes de pasividad y actividad prevista por la ley 19.349.

Por otra parte, cabe destacar que la situación de los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no es asimilable a la de los que se encuentran sujetos al régimen general de jubilaciones y pensiones, ya que si bien éstos no están obligados a realizar aportes una vez obtenido el beneficio, tampoco gozan de los derechos que poseen aquéllos en punto al modo de cálculo de sus haberes previsionales y al alcance de su movilidad (arts. 94 y 111 de la ley 19.349 y sus modificaciones).

V.E. tiene dicho que para que se encuentre lesionada la garantía de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, es necesario que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que

se conceden a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma distinta Situaciones que considere diferentes. De ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación, en la medida en que dichas distinciones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra un determinado individuo o grupo de personas (Fallos: 329:304 y sus citas).

Debe recordarse, asimismo, la reiterada doctrina de V.E. en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 288:325; 298:511; 302:457, 484 y 1149; 312:122, entre muchos otros) y 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: 315:923), o 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 (Fallos: 327:1899, .entre otros).

-VII-

Distinta es la solución que corresponde adoptar, desde mi punto de vista, con relación al decreto 679/97, por medio del cual el Poder Ejecutivo Nacional -en alegado ejercicio de las facultades que excepcionalmente le confiere la Constitución Nacional para dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°)- elevó los porcentajes del descuento por aportes personales que se realizan sobre el haber del personal retirado y el de los pensionados de la Gendarmería Nacional.

Al respecto, estimo que resulta aplicable al caso en examen lo dictaminado por este Ministerio Público en el día de la fecha en la causa CAF 10318/2007 /CAI-CSI “Miranda, Aldo Rodolfo y otros c/ EN – M° Interior Dto. 679/97 s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.” y que, por las razones allí expuestas, que se dan aquí por reproducidas -en lo que fuere pertinente- en razón de brevedad, el referido decreto es inconstitucional.

-VIII-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la actora, confirmar la

sentencia apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788 y revocarla en cuanto desestimó análoga pretensión respecto del decreto 679/97. Buenos Aires, 29 de diciembre de 2016. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior- s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó el fallo de la instancia anterior que había declarado la inconstitucionalidad de la ley 22.788, que fijó un descuento del 8% sobre el haber mensual de los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional en carácter de aporte personal destinado a cubrir las prestaciones del sistema previsional, y del decreto 679/97 que elevó dicho aporte al 11% del haber de retiro o pensión.

2º) Que para decidir en el sentido indicado el *a quo* señaló que la declaración de inconstitucionalidad de la ley configuraba un acto de suma gravedad institucional que debía ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico y admitida solo si su irrazonabilidad fuese evidente, lo que no acontecía en el caso.

Destacó que hasta el dictado de la ley 22.788 a los agentes retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no se les efectuaba ningún descuento previsional; que el personal de dicha fuerza no había sido incluido en la ley 22.919 –que estableció en un 11% el aporte de los beneficiarios del Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares (IAF)- y que con el objeto de que no se viera alterado el principio de igualdad entre los haberes del personal de Gendarmería y los de los miembros de las Fuerzas Armadas se hizo necesario que el Poder Ejecutivo Nacional –por medio del decreto de necesidad y urgencia 679/97- fijara el descuento en un porcentaje equivalente.

En lo que concierne, en particular, a la validez del citado decreto 679/97 la cámara hizo referencia a la doctrina de los precedentes “Verrocchi”, “Guida” y “Leguizamón Romero” (Fallos: 322:1726; 323:1566 y 327:5559, respectivamente) y añadió que en el régimen previsional de la Gendarmería Nacional los aportes devengados no ingresaban a la fiscalización y recaudación de la Administración Federal de Ingresos Públicos, sino a una cuenta especial de gastos de aquella fuerza de seguridad.

3º) Que contra dicho pronunciamiento los demandantes interpusieron recurso extraordinario, que fue parcialmente concedido en razón de encontrarse controvertida la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal.

4º) Que los recurrentes sostienen que la decisión de rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788 y del decreto 679/97, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa; lesiona los derechos de propiedad y de igualdad ante la ley y configura un supuesto de gravedad institucional.

Admiten que el sistema previsional argentino mantiene su carácter solidario pues con los aportes de los trabajadores activos se financia el pago de las prestaciones de los actuales beneficiarios, pero consideran que el concepto de solidaridad no puede ser llevado al extremo de que quienes han cumplido integralmente con sus obligaciones previsionales y han obtenido su beneficio deban seguir contribuyendo con el financiamiento del sistema. Asimismo, cuestionan que el Poder Ejecutivo Nacional se haya amparado en motivos de necesidad y urgencia para incrementar el porcentaje de los descuentos por medio del decreto 679/97.

5º) Que el remedio federal es formalmente procedente, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance y validez de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48). Cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado ni por las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que

rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880; 329:2659; 330:2981 y 4713; 331:735, 1369, entre otros).

6º) Que por la ley 22.788 se fijó un descuento del 8% mensual en concepto de aporte sobre el haber del personal retirado y en el de los pensionados de la Gendarmería Nacional que percibieran sus prestaciones bajo los regímenes indicados en los arts. 2º y 3º de dicha norma, entre los cuales se encuentran los actores. Asimismo, se dispuso que los montos recaudados serían ingresados a una cuenta especial habilitada al efecto en jurisdicción del Comando en Jefe del Ejército para ser destinados a la atención de las prestaciones pertinentes (art. 4º) y que el Tesoro Nacional proveería los recursos necesarios en caso de que no alcanzaren a cubrirse con los descuentos efectuados, para atender el pago mensual de los haberes de pasividad de los beneficiarios de la fuerza (art. 5º).

Posteriormente, por medio del decreto 679/97, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el régimen legal de aportes del personal de la institución y elevó el descuento previsional a un 11% sobre el haber de retiro o pensión (art. 2º), por considerar que se verificaban las circunstancias excepcionales del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional para el dictado de decretos de necesidad y urgencia.

7º) Que con relación a los agravios que se dirigen a cuestionar la validez del aporte personal fijado por la ley 22.788 con fundamento en que hasta el dictado de esa norma los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no estaban obligados a realizarlo, resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal según la cual la modificación de una norma por otra posterior de igual jerarquía no da lugar a cuestión constitucional, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (Fallos: 315:839; 327:5002; 338:757), más aún cuando la imposición de dicha carga se sustenta en razones de interés colectivo y manifiesto carácter asistencial, sin que se advierta que vulnera los derechos superiores invocados.

En efecto, la imposición de aportes con posterioridad a la obtención de un beneficio se justifica en la existencia de una necesidad pública y encuentra fundamento suficiente en una norma de rango constitucional –art. 14 bis–, para cuyo cumplimiento se recurre al principio de solidaridad social, que puede llegar a legitimar dicha exigencia aun

respecto de quienes no obtuvieran a cambio beneficio alguno (arg. Fallos: 256:67; 291:409; 322:215, entre otros).

En este sentido, la nota de elevación del proyecto de la ley 22.788 al Poder Ejecutivo Nacional da cuenta de que la extensión del régimen de aportes del personal en actividad de la Gendarmería Nacional a los retiros y pensiones de esa institución tuvo por finalidad preservar la estabilidad económica y financiera del sistema previsional, reducir los fondos que el Tesoro Nacional destinaba a la cuenta especial creada por la ley 22.043 para atender dichas prestaciones y, a la vez, garantizar el principio de identidad que debe existir entre los haberes mensuales del personal de esa institución y los del Ejército Argentino (conf. art. 75 de la ley 19.349, modificado por la ley 20.796).

8º) Que tampoco pueden ser admitidos los planteos que invocan una afectación del derecho de igualdad derivada de la aplicación de la citada ley 22.788, toda vez que para tener por configurado dicho extremo resulta necesaria la existencia de excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 313:1513; 328:690). Este requisito no se verifica por el solo hecho de que los agentes pasivos de la Gendarmería Nacional se encuentren obligados a integrar aportes que no realizan los beneficiarios del régimen general de jubilaciones y pensiones una vez obtenida la prestación, pues los primeros gozan de un sistema especial para el cálculo y movilidad de sus haberes de retiro y de pensión que los segundos no poseen (arts. 94, 111 y sgtes. de la ley 19.349).

9º) Que dilucidada la cuestión relativa a la ley 22.788, corresponde determinar si las motivaciones invocadas por el Poder Ejecutivo Nacional para dictar el decreto de necesidad y urgencia 679/97 constituyeron una genuina situación de emergencia o si, por el contrario, resultaban inexistentes, manifiestamente irrazonables o fundadas en criterios de mera conveniencia, supuestos en los cuales el decreto cuestionado carecería de validez constitucional, más aún cuando fue dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a que alude el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional y no ha sido objeto de control legislativo (Fallos: 333:633).

10) Que el art. 99, inc. 3 de la Ley Fundamental establece que el Poder Ejecutivo Nacional no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legis-

lativo, excepto que circunstancias de rigurosa excepcionalidad y urgencia –como las explicitadas por esta Corte en el citado precedente “Verrocchi”, publicado en Fallos: 322:1726- hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, en cuyo caso podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, con sujeción a determinados recaudos materiales y formales y en la medida en que no regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.

11) Que, en este contexto, se advierte que no se encuentran satisfechos los recaudos constitucionales para el dictado del decreto impugnado. En efecto, entre las consideraciones del decreto 679/97 se expresa la necesidad de proveer y asegurar la continuidad e integridad del pago de los haberes de pasividad que la Gendarmería Nacional atiende con recursos de afectación específica provenientes de los aportes del personal establecidos en la ley 22.788, en razón de que el presupuesto asignado a ese fin resultaba insuficiente. En tal sentido, se señala que la modificación del régimen de aportes del personal de esa institución permitiría reducir los fondos provenientes del Tesoro Nacional y concretar la equiparación de esas cotizaciones con las efectuadas por el personal militar de las Fuerzas Armadas. Por último, y en lo que aquí más interesa, se manifiesta que “...en el caso no puede esperarse el trámite normal de sanción y promulgación de las leyes, dada la naturaleza previsional de la materia en cuestión y la necesidad concreta de dar satisfacción urgente al pago de los beneficios”.

12) Que los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional no alcanzan para poner en evidencia que el dictado del decreto en cuestión haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional sino que, por el contrario, traducen la decisión de modificarlo de manera permanente, sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé (arg. Fallos: 322:1726).

En tales condiciones, corresponde declarar la inconstitucionalidad del decreto 679/97.

13) Que los restantes agravios, que invocan la arbitrariedad de la sentencia y la existencia de un supuesto de gravedad institucio-

nal, exceden el alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción del Tribunal, sin que los recurrentes dedujeran el correspondiente recurso de hecho.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en la presente y en la causa CAF 10318/2007/CA1-CS1 “Miranda, Aldo Rodolfo y otros c/ EN – M° Interior – GN – Dto. 679/97 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, fallada en la fecha, el Tribunal resuelve: 1) Declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario. 2) Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788. 3) Declarar la inconstitucionalidad del decreto 679/97. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo expresado. Costas por su orden (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, revocó el fallo de la instancia anterior que había declarado la inconstitucionalidad de la ley 22.788 -norma que fijó un descuento del 8% sobre el haber mensual de los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional, destinado a cubrir las prestaciones del sistema previsional- y del decreto 679/97, que elevó dicho aporte al 11% del haber de retiro o pensión.

2°) Que para decidir en el sentido indicado el *a quo* señaló que la declaración de inconstitucionalidad de la ley configuraba un acto de suma gravedad institucional que debía ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico y admitido solo si su irrazonabilidad fuese evidente, lo que no acontecía en el caso.

Destacó que hasta el dictado de la ley 22.788, a los agentes retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no se les efectuaba ningún descuento previsional; que el personal de dicha fuerza no había sido incluido en la ley 22.919 –que estableció en un 11% el aporte de los beneficiarios del Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares (IAF)- y que, con el objeto de que no se viera alterado el principio de igualdad entre los haberes del personal de Gendarmería y los de los miembros de las Fuerzas Armadas, se hizo necesario que el Poder Ejecutivo Nacional –por medio del decreto de necesidad y urgencia 679/97- fijara el descuento en un porcentaje equivalente.

En lo que concierne a la validez del citado decreto 679/97, la cámara hizo referencia a la doctrina de los precedentes “Verrocchi”, “Guida” y “Leguizamón Romero” (Fallos: 322:1726; 323:1566 y 327:5559, respectivamente) y añadió que en el régimen previsional de la Gendarmería Nacional, los aportes devengados no ingresaban a la fiscalización y recaudación de la Administración Federal de Ingresos Públicos, sino a una cuenta especial de gastos de aquella fuerza de seguridad.

3°) Que contra dicho pronunciamiento, los demandantes interpusieron recurso extraordinario, que fue parcialmente concedido en razón de encontrarse controvertida la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal.

4°) Que los recurrentes sostienen que la decisión de rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788 y del decreto 679/97, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa; lesiona los derechos de propiedad y de igualdad ante la ley y configura un supuesto de gravedad institucional.

Admiten que el sistema previsional argentino mantiene su carácter solidario pues con los aportes de los trabajadores activos se financia el pago de las prestaciones de los actuales beneficiarios, pero consideran que el concepto de solidaridad no puede ser llevado al extremo de que quienes han cumplido íntegramente con sus obligaciones previsionales y han obtenido su beneficio deban seguir contribuyendo con el financiamiento del sistema. Asimismo, cuestionan que el Poder Ejecutivo Nacional se haya amparado en motivos de necesidad y urgencia para incrementar el porcentaje de los descuentos por medio del decreto 679/97.

5° Que el remedio federal es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance y validez de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes fundan en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48). Cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado ni por las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (conf. Fallos: 326:2880; 329:2659; 330:2981 y 4713; 331:735 y 1369, entre otros).

6° Que, a los efectos de examinar la validez del aporte personal cuestionado por los actores, corresponde tener presente que el art. 125 de la Ley Orgánica de Gendarmería Nacional 19.349 –texto originario– establecía que, hasta tanto el Poder Ejecutivo determinase su incorporación al ente previsional pertinente, el personal de Gendarmería seguiría aportando a la Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos (ex ley 4349), que continuaría actuando como agente de retención de sus aportes. Agregaba también que los retiros y pensiones producidos y que se produjesen hasta dicha oportunidad, continuarían siendo atendidos por rentas generales.

El mencionado art. 125 fue modificado por el art. 2° de la ley 22.043, que dispuso que los aportes y contribuciones de los gendarmes ingresasen en **una cuenta especial** a crearse en la Jurisdicción 46 - Comando en Jefe del Ejército y que los beneficios serían atendidos por el servicio de dicha cuenta especial, sistema que persiste en la actualidad. Según el art. 5° de la mencionada ley 22.043, el Tesoro Nacional efectuaría los aportes necesarios a los servicios de la cuenta especial, para atender el pago de los retiros, cuando razones de índole financiera así lo requirieran.

7° Que, más tarde, la ley 22.788 estableció un sistema de aportes que los agentes activos de Gendarmería Nacional debían realizar con destino a la cuenta especial creada por la ley 22.043, para atender el pago de las jubilaciones y reiteró que el Tesoro Nacional proveería los recursos necesarios para completar lo que no alcanzara a cubrirse con los descuentos efectuados (arts. 4° y 5°).

Además, la ley 22.788 citada **fijó un descuento del 8% en el haber de retiro o la pensión de los agentes de esa fuerza que percibieran**

sus prestaciones bajo los regímenes indicados en los arts. 2° y 3°, en concepto de “aporte personal”.

8°) Que surge de la nota de elevación del proyecto de la ley 22.788, que la extensión del régimen de aportes del personal en actividad de la Gendarmería Nacional a los retiros y pensiones de esa institución, tuvo por finalidad preservar la estabilidad económica y financiera del sistema previsional, reducir los fondos que el Tesoro Nacional destinaba a la cuenta especial creada por la ley 22.043 para atender dichas prestaciones y, a la vez, garantizar el principio de identidad que debe existir entre los haberes mensuales del personal de esa institución y los del Ejército Argentino (conf. art. 75 de la ley 19.349, modificado por la ley 20.796).

Sin embargo, allí se dejó sentada una excepción para algunos pensionados que hubieran obtenido su beneficio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19.349, por considerar que el descuento produciría un sensible deterioro en los haberes cuya cuantía estaba determinada por el régimen vigente al producirse su pase a retiro, lesionando “legítimos derechos”.

Tal excepción pone de manifiesto que el redactor de la norma consideró que el descuento implicaba una modificación en el régimen de movilidad de las prestaciones (cuyo cálculo, basado en una proporción del sueldo de los activos, se realizaría en adelante con un descuento del 8%) y que, por tal razón, no podía ser extendido a algunos beneficiarios de la ley 18.834 y anteriores, que tenían derecho a que sus haberes no perforaran el piso del 82% del salario de los activos o se liquidaran aplicando la escala del art. 93 de ese ordenamiento sobre el mencionado piso del 82% (párrafos 5/8 de la mencionada nota de elevación).

De ahí que, aunque el texto de la norma haya calificado al descuento como un “aporte”, en la práctica tradujo una deducción en haberes previsionales que consisten en un determinado porcentaje del sueldo de actividad que, con carácter móvil, debe liquidarse al personal retirado y pensionado de Gendarmería Nacional y que la institución atiende a través de las Cuentas Especiales creadas por la ley 22.043.

9°) Que desde antiguo el Tribunal ha tenido que dirimir conflictos suscitados por rebajas a las prestaciones previsionales establecidas

legalmente en algunos casos, o bien como resultado de modificaciones producidas en los sistemas de reajuste.

Al hacerlo, ha aceptado la validez constitucional de los cambios de los regímenes de movilidad, esto es, del reemplazo de un método de determinación de incrementos por otro, realizado a fin de lograr una mejor administración o dar mayor previsibilidad financiera al sistema de seguridad social (Fallos: 255:262; 295:694; 308:199; 311:1213), con la condición de que tales modificaciones no produjeran reducciones confiscatorias en los haberes (Fallos: 179:394; 234:717; 253:783; 258:14; 300:616; 303:1155). Ello así por cuanto el derecho a la movilidad no resulta ser un enunciado vacío a ser llenado de cualquier modo, sino que debe asegurarse mediante un sistema que garantice a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo (Fallos: 279:389; 280:424; 292:447; 293:235; 300:84, 571; 305:866; 328:1602 y 330:4866).

10) Que en el caso, el cambio del sistema de liquidación de haberes no trajo aparejada una lesión al derecho a la movilidad jubilatoria, garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pues los beneficios previsionales de la Gendarmería Nacional -aun con el descuento establecido en la ley 22.788- continuaron siendo calculados en proporción a las remuneraciones de los activos, como consecuencia de la aplicación de un régimen específico que contempla una relación directa entre los salarios de actividad y los haberes de pasividad.

11) Que los agravios que se dirigen a cuestionar la validez del descuento fijado por la ley 22.788 con fundamento en que, hasta el dictado de esa norma, los retirados y pensionados de Gendarmería Nacional no estaban obligados a realizarlo, no pueden prosperar. La modificación de un precepto por otro posterior de igual jerarquía no da *ipso facto* lugar a cuestión constitucional, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (Fallos: 315:839; 327:5002; 338:757), más aún cuando la imposición de dicha carga se sustenta en razones de interés colectivo y manifiesto carácter asistencial, sin que se advierta que vulnere los derechos superiores invocados.

12) Que tampoco pueden ser admitidos los planteos que invocan una afectación del derecho de igualdad derivada de la aplicación de la citada ley 22.788, toda vez que para tener por configurado dicho extre-

mo resulta necesaria la existencia de excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 313:1513; 328:690).

Este supuesto no se verifica por el solo hecho de que los agentes pasivos de Gendarmería Nacional se encuentren sujetos a una deducción especial que no tiene un equivalente en el régimen general de jubilaciones y pensiones, pues los primeros gozan de un sistema especial para el cálculo y movilidad de sus haberes, que los beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino no poseen (arts. 94, 111 y siguientes de la ley 19.349 –texto según ley 22.534-).

13) Que dilucidada la cuestión relativa a la ley 22.788, corresponde recordar que mediante el dictado del decreto de necesidad y urgencia 679/97, el Poder Ejecutivo Nacional elevó el descuento del 8% previsto en aquella norma a un 11% del haber de retiro o pensión (arts. 2° y 4°).

14) Que el mencionado decreto fue dictado con sustento en el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, antes de que se creara la Comisión Bicameral Permanente a que hace referencia dicho precepto de la Ley Fundamental y no ha existido intervención legislativa de ninguna especie que permita inferir la voluntad del Congreso de rechazar o aprobar su texto. Corresponde, en consecuencia, pronunciarse con relación al efecto que cabe acordar al silencio legislativo, a fin de concluir si este opera, o no, como una convalidación tácita de los decretos de necesidad y urgencia dictados con anterioridad a la ley 26.122.

La ponderación de las normas constitucionales en juego a la luz de los principios aplicables en el caso (arts. 1°, 99, inc. 3 y 82 de la Constitución Nacional), conllevan a descartar la opción interpretativa que asimile el *silencio* o la *inactividad* del Congreso con la convalidación del Decreto de Necesidad y Urgencia adoptado por el Poder Ejecutivo. Tres argumentos permiten arribar a esa conclusión: el argumento del principio de *la regla y la excepción*, el argumento de *la distinción entre una ley y un decreto* y el argumento de *la prohibición de la sanción ficta*.

En efecto, en primer lugar (argumento del principio de *la regla y la excepción*), es preciso recordar que *la regla* incorporada por el constituyente de 1994 en los arts. 76, 99, inc. 3 y 80, es que el Poder

Ejecutivo no puede legislar (ello se desprende del tenor literal de las expresiones utilizadas, tales como “se prohíbe” o “en ningún caso”). Paralelamente, *la excepción* es que solo puede hacerlo en situaciones específicas y particulares (para ello se recurre a los términos “salvo” o “solamente cuando”). En ese marco, la asignación de efectos aprobatorios al silencio legislativo podría trastocar el principio constitucional, convirtiendo a la regla en excepción.

En segundo lugar (argumento de *la distinción entre una ley y un decreto*), un criterio contrario al sustentado por el constituyente de 1994, volvería irrelevante la distinción entre ley y decreto, asumiendo este el carácter de aquella y tornando ilusorio el mecanismo de control previsto por el constituyente en el art. 99, inc. 3 de la Ley Fundamental.

En tercer lugar (argumento de *la prohibición de la sanción ficta*), cuadra remarcar que nuestro diseño constitucional impone que cada cámara del Congreso se manifieste en forma expresa y excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta de las leyes (art. 82 de la Constitución Nacional). Hacer surtir efectos convalidatorios al silencio, cuando constitucionalmente no los tiene, es contradecir el criterio del constituyente y vaciar de contenido al mecanismo de control institucional diseñado por la reforma de 1994 en resguardo del principio de división de poderes.

Como consecuencia de los argumentos precitados, cabe concluir que el decreto 679/97 es inconstitucional.

15) Que, sin perjuicio de lo afirmado en el considerando precedente, cabe advertir que el decreto citado tampoco supera el test de validez constitucional fundado en el examen de la concurrencia de razones de necesidad y urgencia.

Ello así por cuanto el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional no deja lugar a dudas acerca de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se realiza *bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad* y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (Fallos: 322:1726; 325:2394; 326:3180; 334:799; 338:1048, entre otros).

En efecto, para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que -en principio- le son ajenas, es necesaria la existencia de alguna de estas dos circunstancias: i) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan; o ii) que, aun pudiendo reunirse, la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser remediada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (Fallos: 322:1726; 338:1048, entre otros).

Específicamente, al aplicar el criterio de “rigurosa excepcionalidad” mencionado, esta Corte sostuvo que se admite el dictado de decretos de necesidad y urgencia “únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones... (y que configuren) un estado de excepción y el impedimento a recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes” (Fallos: 327:5559, entre otros).

Cabe recordar que en el caso “*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional*”, sentencia de fecha 19 de agosto de 1999 (Fallos: 322:1726), este Tribunal abandonó la jurisprudencia restrictiva sustentada en “*Rodríguez*” (Fallos: 320:2851, cit.), reivindicando la competencia jurisdiccional para analizar (y revisar) los Decretos de Necesidad y Urgencia, incluyendo aquellos emitidos en ausencia de ley reglamentaria. La mayoría expresamente sostuvo que “*es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto*” (vr. asimismo, Fallos: 338:1048).

16) Que, en el presente caso, el decreto 679/97 expresa la necesidad de proveer y asegurar la continuidad e integridad del pago de los haberes de pasividad, que la Gendarmería Nacional atiende con recursos de afectación específica provenientes de los aportes del personal establecidos en la ley 22.788, en razón de que el presupuesto asignado

a ese fin resultaba insuficiente. En tal sentido, el decreto señala que la modificación del régimen de aportes del personal de esa institución permitiría reducir los fondos provenientes del Tesoro Nacional y concretar la equiparación de esas cotizaciones con las efectuadas por el personal militar de las Fuerzas Armadas.

Específicamente, en lo que aquí más interesa, el decisorio manifiesta que “...*en el caso no puede esperarse el trámite normal de sanción y promulgación de las leyes, dada la naturaleza previsional de la materia en cuestión y la necesidad concreta de dar satisfacción urgente al pago de los beneficios*”.

17) Que de los fundamentos expresados por el Poder Ejecutivo Nacional para justificar la aplicación del art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional, se desprende que el decisorio bajo examen no responde a la necesidad imperiosa de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de “rigurosa excepcionalidad y urgencia” que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional, sino que en realidad traducen la voluntad de modificarlo de manera permanente sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé para la sanción de las leyes.

En tales condiciones, corresponde declarar, también por esta causal -relativa a la falta de consistencia de la urgente necesidad invocada- la inconstitucionalidad del decreto 679/97.

18) Que los restantes agravios, que invocan la arbitrariedad de la sentencia y la existencia de un supuesto de gravedad institucional, exceden el alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción del Tribunal, sin que los recurrentes dedujeran el correspondiente recurso de hecho.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en la presente y en la causa CAF 10318/2007/CA1-CS1 “Miranda, Aldo Rodolfo y otros c/ EN – M° Interior – GN – Dto. 679/97 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, fallada en la fecha, el Tribunal resuelve: 1) Declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario; 2) Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788; 3) Declarar la inconstitucionalidad del decreto 679/97. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se

dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo expresado. Costas por su orden atento a la complejidad de los temas debatidos. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1°) La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda deducida por el personal retirado y pensionado de la Gendarmería Nacional y declarado la inconstitucionalidad de la ley 22.788 que fijó un descuento del 8% mensual sobre los haberes de pasividad de dicho personal y, también, del decreto de necesidad y urgencia 679/97 que elevó dicho aporte al 11% del haber de retiro o pensión.

2°) Para así decidir, el tribunal *a quo* recordó que los integrantes de la Gendarmería Nacional, desde su creación, no sufrían ningún descuento previsional en sus haberes hasta que la ley 22.788 fijó el porcentaje de aporte jubilatorio que debían efectuar los retirados y pensionados de la fuerza en un 8% mensual sobre el monto total de sus retribuciones. Asimismo, señaló que, con el fin de no alterar el principio de igualdad entre los haberes de los miembros de las fuerzas armadas y los del personal de la Gendarmería Nacional, el decreto 679/97 aumentó el monto del descuento al 11% de las retribuciones del personal retirado y de los pensionados de la Gendarmería Nacional.

Al abordar la cuestión de la constitucionalidad del decreto-ley 22.788/83, la cámara destacó que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerada la *ultima ratio* del orden jurídico y “sólo estimada viable si su irrazonabilidad es evidente”. Recordó que, de acuerdo con jurisprudencia de esta Corte, no basta la mera afirmación de que una norma o acto resulta contrario a la Constitución Nacional, sino que resulta necesario “demostrar la lesión alegada

razonadamente y con relación a las concretas circunstancias de la causa”. Sobre la base de esas pautas, estimó que “la tacha, tal como ha sido hecha, resulta insuficiente” para fundar la inconstitucionalidad pretendida por la actora.

En relación con el planteo de invalidez del decreto 679/97, el tribunal invocó el art. 17 de la ley 26.122, en cuanto dispone que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional “en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99 inc. 3 y 80 de la Constitución Nacional tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil”. A ello agregó una serie de citas fragmentarias de diversas sentencias de esta Corte referidas a la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia (“Guida”, Fallos: 323:1566; “Verrocchi”, Fallos: 322:1726; “Leguizamón Romero”, Fallos: 327:5559) y -de modo algo críptico- concluyó que, de acuerdo con las pautas que extrajo de los precedentes, correspondía revocar la declaración de inconstitucionalidad del decreto 679/97 que había efectuado la jueza de primera instancia. A mayor abundamiento, agregó que dado que los aportes establecidos por las normas impugnadas no ingresaban a la fiscalización y recaudación de la Administración Federal de Ingresos Públicos sino que se derivan a una cuenta especial de gastos de sostenimiento de la fuerza para el personal en actividad y pasivos, el decreto impugnado no incluía “dentro de su temática el carácter de parafiscal” (sic), razón por la cual no resultaba contrario a la jurisprudencia de esta Corte.

3°) Contra el pronunciamiento de la cámara, los demandantes interpusieron recurso extraordinario federal que fue parcialmente concedido en razón de encontrarse controvertida la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal.

4°) Los recurrentes argumentan que la decisión de rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788 y el decreto 679/97 lesiona las garantías de defensa en juicio, de propiedad así como el derecho a un salario justo. Alegan que los aportes previsionales tienen características tributarias o parafiscales y que, en nuestro sistema constitucional, los tributos deben ser fijados por ley. Sostienen que, teniendo en cuenta la naturaleza impositiva de dichos aportes, el decreto 679/97 es inconstitucional porque abusa de aquel principio y fue impuesto por un decreto de necesidad y urgencia en contra de las disposiciones del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

Asimismo, los recurrentes alegan que el concepto de solidaridad previsional no puede extenderse al punto de admitir que aquellos que cumplieron íntegramente sus obligaciones previsionales y obtuvieron un beneficio sigan aportando para financiar el déficit del sistema. Sostienen que ese problema no es oponible a los retirados y pensionados. Agregan que la intención de que el Tesoro Nacional disminuya sus gastos —que de por sí es loable— no es un argumento suficiente para atentar contra el principio de substitutividad que rige en materia previsional.

Por último, afirman que el decreto 679/97 ha dicho que la necesidad de “reducir el aporte del Tesoro” no puede esperar “el trámite normal de sanción y promulgación de las leyes” dada la naturaleza previsional de la cuestión y la satisfacción urgente del pago de los beneficios. En relación con este punto, los recurrentes indican que, sin abrir juicio sobre tales afirmaciones, dichos argumentos no excusan la infranqueable barrera del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

5°) El remedio federal es admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de los arts. 14 bis, 17 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes fundan en dichas normas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

6°) Cabe recordar que la ley 22.788 fijó un aporte del ocho por ciento (8%) mensual sobre el haber del personal retirado y pensionado que perciban dichas prestaciones bajo los regímenes indicados en sus arts. 2° y 3°. Asimismo, dispuso que los montos recaudados serían ingresados a una cuenta especial habilitada al efecto en jurisdicción del Comando en Jefe del Ejército para ser destinados a la atención de las prestaciones pertinentes (art. 4°) y que el Tesoro Nacional proveería los recursos necesarios en caso de que el pago mensual de los haberes de pasividad de los beneficiarios de la fuerza no se cubriese con los descuentos efectuados (art. 5°). Los regímenes indicados en los arts. 2° y 3° de la ley 22.788 comprenden la situación de los actores.

Posteriormente, por medio del decreto de necesidad y urgencia 679/97, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el régimen legal de aportes del personal de la Gendarmería Nacional y elevó el descuento previsional a un 11% sobre el haber de retiro o pensión (art. 2°). Consideró que se verificaban las circunstancias excepcionales a las que se refie-

re el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional para habilitar el dictado de decretos de necesidad y urgencia.

7°) En relación con el agravio dirigido a cuestionar el aporte fijado por la ley 22.788 sobre la base de que hasta el dictado de esa norma los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no se encontraban obligados a efectuar aportes, corresponde recordar que esta Corte ha sostenido en numerosas oportunidades que la modificación de una norma por otra posterior de igual jerarquía no da *per se* lugar a una cuestión constitucional, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (doctrina de Fallos: 275:130; 283:360; 299:93; 315:839, entre muchos otros).

Si bien el establecimiento del aporte del 8% al haber del personal retirado y pensionado implicó una merma del haber previsional, es jurisprudencia consolidada que las garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional no impiden que, bajo determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites, los haberes previsionales puedan ser reducidos.

En ese sentido, esta Corte ha decidido reiteradamente que las reducciones en los montos de las jubilaciones están constitucionalmente justificadas cuando: 1) fueran impuestas por ley; 2) respondieran al interés público; y 3) no fueran confiscatorias ni padecieran de una arbitraria desproporcionalidad (Fallos: 278:232; 300:616; 303:1155; 321:2181; disidencia del juez Rosenkrantz en Fallos: 342:411, entre otros). Por lo tanto, una reducción de los beneficios previsionales producida como consecuencia del establecimiento de un aporte no puede ser tachada de inconstitucional en tanto se satisfagan los tres requisitos mencionados, como sucede en el presente caso.

En efecto, el aporte cuestionado por los recurrentes fue establecido por una ley nacional que, como surge de la nota de elevación del proyecto de la ley 22.788 al Poder Ejecutivo Nacional, tuvo por finalidad preservar la estabilidad económica y financiera del sistema previsional, reducir los fondos que el Tesoro Nacional destinaba a la cuenta especial creada por la ley 22.043 para atender dichas prestaciones y, a la vez, garantizar el principio de identidad que debe existir entre los haberes mensuales del personal de esa institución y los del Ejército Argentino.

Por otra parte, los recurrentes no han demostrado que la reducción de sus haberes provocada por el establecimiento del aporte fuera confiscatoria o arbitraria. Este Tribunal ha señalado de manera invariable que para que exista confiscatoriedad debe producirse la absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital, que debe ser acreditada de manera concluyente por quien la alega (Fallos: 332:1571; disidencia del juez Rosenkrantz en Fallos: 342:411 y jurisprudencia allí citada).

8°) Los agravios relativos a la violación del principio de igualdad también deben ser desechados. Como lo ha sostenido de manera reiterada este Tribunal, no viola el art. 16 de la Constitución Nacional el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto la distinción no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (Fallos: 300:1049; 315:839; 320:1166, entre muchos otros). En el caso, si bien los pensionados y retirados de la Gendarmería Nacional se encuentran obligados a hacer un aporte una vez obtenido el beneficio previsional, también gozan de un sistema especial para el cálculo de sus haberes previsionales y de una movilidad también especial (arts. 94 y 111 de la ley 19.349, texto según ley 22.534). Por lo tanto, su situación no es asimilable a la de los jubilados y pensionados bajo el régimen general de jubilaciones y pensiones.

9°) Habiendo descartado la inconstitucionalidad del aporte del 8% fijado por la ley 22.788, corresponde analizar la constitucionalidad del incremento de ese aporte al 11% que tuvo lugar mediante el dictado del decreto de necesidad y urgencia 679/97.

Preliminarmente, es necesario aclarar que el decreto *sub examine* fue dictado en 1997, con anterioridad a la sanción —en el año 2006— de la ley 26.122, norma que estableció la Comisión Bicameral Permanente prevista en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional con competencia para pronunciarse respecto de, entre otras cuestiones, la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia. Por lo tanto, la validez o invalidez del decreto de necesidad y urgencia 679/97 debe ser juzgada a la luz de las disposiciones vigentes al momento de su dictado.

10) El art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional dispone que cuando el Poder Ejecutivo dictare un decreto de necesidad y urgencia,

el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, que elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Por lo tanto, surge con claridad del texto constitucional que algún tipo de intervención del Congreso de la Nación es necesaria como requisito de validez de los decretos de necesidad y urgencia.

En el caso, se comprueba la inexistencia de intervención legislativa de ninguna especie, circunstancia que resulta suficiente para determinar la invalidez constitucional del decreto en cuestión. Ello es así, por cuanto no se encuentra cumplida una de las condiciones exigidas para admitir la legalidad del ejercicio de la atribución concedida al Poder Ejecutivo por medio del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional (doctrina de “Verrocchi”, Fallos: 322:1726, voto de los jueces Fayt, Belluscio y Bossert, considerando 11; “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333:633, voto del juez Maqueda, considerando 14). Lo que aquí se decide no implica adelantar juicio alguno sobre la naturaleza y/o el alcance de la intervención legislativa exigida por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional ni sobre el procedimiento previsto por la ley 26.122.

Las consideraciones anteriores son suficientes para declarar la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 679/97, tornándose inoficioso el examen de los restantes agravios de las recurrentes.

Por ello, y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en la presente y en la causa CAF 10318/2007/CA1-CS1 “Miranda, Aldo Rodolfo y otros c/ EN – M° Interior – GN – Dto. 679/97 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, fallada en la fecha, el Tribunal resuelve:

- 1) Declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario.
- 2) Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788.
- 3) Declarar la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 679/97 y revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad de dicho decreto.

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo expresado. Costas por su orden (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó el fallo de la instancia anterior que había declarado la inconstitucionalidad de la ley 22.788, que fijó un descuento del 8% sobre el haber mensual de los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional en carácter de aporte personal destinado a cubrir las prestaciones del sistema previsional, y del decreto 679/97 que elevó dicho aporte al 11% del haber de retiro o pensión.

2º) Que para decidir en el sentido indicado el *a quo* señaló que la declaración de inconstitucionalidad de la ley configuraba un acto de suma gravedad institucional que debía ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico y admitida solo si su irrazonabilidad fuese evidente, lo que no acontecía en el caso.

Destacó que hasta el dictado de la ley 22.788 a los agentes retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no se les efectuaba ningún descuento previsional; que el personal de dicha fuerza no había sido incluido en la ley 22.919 –que estableció en un 11% el aporte de los beneficiarios del Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares (IAF)- y que con el objeto de que no se viera alterado el principio de igualdad entre los haberes del personal de Gendarmería y los de los miembros de las Fuerzas Armadas se hizo necesario que el Poder Ejecutivo Nacional –por medio del decreto de necesidad y urgencia 679/97- fijara el descuento en un porcentaje equivalente.

En lo que concierne a la validez del citado decreto 679/97, la cámara hizo referencia a la doctrina de los precedentes “Verrocchi”, “Guida”

y “Leguizamón Romero” (Fallos: 322:1726; 323:1566 y 327:5559, respectivamente) y añadió que en el régimen previsional de la Gendarmería Nacional los aportes devengados no ingresaban a la fiscalización y recaudación de la Administración Federal de Ingresos Públicos, sino a una cuenta especial de gastos de aquella fuerza de seguridad.

3º) Que contra dicho pronunciamiento los demandantes interpusieron recurso extraordinario, que fue parcialmente concedido en razón de encontrarse controvertida la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal.

4º) Que los recurrentes sostienen que la decisión de rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788 y del decreto 679/97, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa; lesiona los derechos de propiedad y de igualdad ante la ley, y configura un supuesto de gravedad institucional.

Admiten que el sistema previsional argentino mantiene su carácter solidario pues con los aportes de los trabajadores activos se financia el pago de las prestaciones de los actuales beneficiarios, pero consideran que el concepto de solidaridad no puede ser llevado al extremo de que quienes han cumplido integralmente con sus obligaciones previsionales y han obtenido su beneficio deban seguir contribuyendo con el financiamiento del sistema. Asimismo, cuestionan que el Poder Ejecutivo Nacional se haya amparado en motivos de necesidad y urgencia para incrementar el porcentaje de los descuentos por medio del decreto 679/97.

5º) Que el remedio federal es formalmente procedente, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance y validez de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48). Cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado ni por las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (conf. Fallos: 326:2880; 329:2659; 330:2981 y 4713; 331:735 y 1369, entre otros).

6°) Que a los efectos de examinar la validez del aporte previsional cuestionado por los actores corresponde tener presente que el art. 125 de la Ley Orgánica de Gendarmería Nacional –19.349–, en su texto originario, establecía que hasta tanto el Poder Ejecutivo determinase su incorporación al ente previsional pertinente, el personal de Gendarmería seguiría aportando a la Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos (ex ley 4349), que continuaría actuando como agente de retención de esos aportes. Agregaba también que los retiros y pensiones producidos y que se produjesen hasta dicha oportunidad, continuarían siendo atendidos por rentas generales.

Con posterioridad, la ley 22.043 modificó el citado art. 125 (art. 2°) y dispuso que los aportes y contribuciones referidos ingresasen en una cuenta especial a crearse en la Jurisdicción 46 - Comando en Jefe del Ejército, y que los beneficios serían atendidos por el servicio de dicha cuenta especial, sistema que persiste en la actualidad. Asimismo, según el art. 5° de la citada ley, el Tesoro Nacional efectuaría los aportes necesarios a los servicios de la cuenta especial a crearse para atender el pago de las pasividades, cuando razones de índole financiera así lo requirieran.

7°) Que dentro de este régimen de retiro especial anteriormente descripto, la ley 22.788 vino a establecer el sistema de aportes para el personal en actividad, retirados y pensionados de Gendarmería Nacional que serían ingresados a la mencionada cuenta especial para ser destinados a la atención de las prestaciones, reiterando que el Tesoro Nacional proveería los recursos necesarios que no alcanzaren a cubrirse con los descuentos efectuados, para poder atender el pago mensual de las pasividades de los beneficiarios de la fuerza (arts. 4° y 5°).

A tal efecto, se fijó un descuento del 8% mensual en concepto de aporte previsional sobre el haber del personal retirado y en el de los pensionados de la Gendarmería Nacional que percibieran sus prestaciones bajo los regímenes indicados en los arts. 2° y 3° de dicha norma, entre los cuales se encuentran los actores.

8°) Que con posterioridad, mediante el decreto de necesidad y urgencia 679/97, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el régimen legal de aportes del personal de la institución y elevó el descuento previsional a un 11% sobre el haber de retiro o pensión (arts. 2° y 4°), por considerar

que se verificaban las circunstancias excepcionales del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

Asimismo, en dicho decreto se estableció que los montos recaudados constituirían los recursos con afectación específica destinados a financiar el gasto que demande el pago de los beneficios de la fuerza de seguridad en cuestión (art. 5°).

9°) Que con relación a los agravios que se dirigen a cuestionar la validez del aporte personal fijado por la ley 22.788 con fundamento en que hasta el dictado de esa norma los retirados y pensionados de la Gendarmería Nacional no estaban obligados a realizarlo, resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal según la cual la modificación de una norma por otra posterior de igual jerarquía no da lugar a cuestión constitucional, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (Fallos: 315:839; 327:5002; 338:757), más aún cuando la imposición de dicha carga se sustenta en razones de interés colectivo y manifiesto carácter asistencial, sin que se advierta que vulnera los derechos superiores invocados.

10) Que en el caso la imposición de aportes con posterioridad a la obtención de un beneficio, encuentra sustento en la autofinanciación del particular sistema previsional en el que se realizan, en la existencia de una necesidad pública como es la de atender las pasividades otorgadas al personal de Gendarmería Nacional y sus derechohabientes y, por ende, halla fundamento suficiente en una norma de rango constitucional –art. 14 bis–, para cuyo cumplimiento se recurre al principio de solidaridad social, que puede llegar a legitimar dicha exigencia aun respecto de quienes no obtuvieran a cambio beneficio alguno (conf. arg. Fallos: 256:67; 291:409; 322:215, entre otros).

11) Que tampoco pueden ser admitidos los planteos que invocan una afectación del derecho de igualdad derivada de la aplicación de la citada ley 22.788, toda vez que para tener por configurado dicho extremo resulta necesaria la existencia de excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 313:1513; 328:690). Este requisito no se verifica por el solo hecho de que los agentes pasivos de la Gendarmería Nacional se encuentren obligados a integrar aportes que no realizan los beneficiarios del régimen general de jubilaciones y pensiones una vez obtenida la prestación, pues los primeros gozan de un sistema especial para el

cálculo y movilidad de sus haberes de retiro y de pensión que los segundos no poseen (arts. 94, 111 y sgtes. de la ley 19.349 – texto según ley 22.534 –).

12) Que con respecto a la validez del decreto 679/97 que elevó el porcentaje de aporte fijado por la ley 22.788, cabe señalar que el propio Poder Ejecutivo en sus considerandos lo calificó como decreto de necesidad y urgencia al señalar que se dictaba en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional.

13) Que el citado decreto fue dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente (ley 26.122) a que hace referencia el mencionado art. 99, sin que hubiese existido intervención legislativa de ninguna especie que permita inferir la voluntad del Congreso Nacional de pronunciarse expresamente acerca del rechazo o aprobación del citado decreto, circunstancia que resulta suficiente para determinar su invalidez constitucional, dado que no se encuentra cumplida una de las condiciones exigibles para admitir la legalidad del ejercicio de la excepcional atribución concedida al Poder Ejecutivo (conf. Fallos: 333:633, causa “Consumidores Argentinos”, voto del juez Maqueda).

14) Que sin perjuicio de ello, cabe advertir que el decreto en examen tampoco supera el test de validez constitucional fundado en el examen de la concurrencia de razones de necesidad y urgencia.

En efecto, para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (conf. Fallos: 322:1726 “Verrocchi”, considerando 9° y 333:633 “Consumidores Argentinos”, considerando 13).

15) Que en el presente caso, entre las consideraciones del decreto 679/97 se expresa la necesidad de proveer y asegurar la continuidad e

integridad del pago de los haberes de pasividad que la Gendarmería Nacional atiende con recursos de afectación específica provenientes de los aportes del personal establecidos en la ley 22.788, en razón de que el presupuesto asignado a ese fin resultaba insuficiente. En tal sentido, se señala que la modificación del régimen de aportes del personal de esa institución permitiría reducir los fondos provenientes del Tesoro Nacional y concretar la equiparación de esas cotizaciones con las efectuadas por el personal militar de las Fuerzas Armadas.

Por último, y en lo que aquí más interesa, se manifiesta que "... en el caso no puede esperarse el trámite normal de sanción y promulgación de las leyes, dada la naturaleza previsional de la materia en cuestión y la necesidad concreta de dar satisfacción urgente al pago de los beneficios".

16) Que los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional no alcanzan para poner en evidencia que el dictado del decreto en cuestión haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional sino que, por el contrario, traducen la decisión de modificarlo de manera permanente sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé (arg. Fallos: 322:1726 y 333:633).

En tales condiciones, corresponde declarar la inconstitucionalidad del decreto 679/97.

17) Que los restantes agravios que invocan la arbitrariedad de la sentencia y la existencia de un supuesto de gravedad institucional, exceden el alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción del Tribunal, sin que los recurrentes dedujeran el correspondiente recurso de hecho.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en la presente y en la causa CAF 10318/2007/CA1-CS1 "Miranda, Aldo Rodolfo y otros c/ EN – M° Interior – GN – Dto. 679/97 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", fallada en la fecha, el Tribunal resuelve:

1) Declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario.

2) Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 22.788.

3) Declarar la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 679/97.

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo expresado. Costas por su orden (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por **Seberino Pino y otros, actores en autos**, representados por el **Dr. Guillermo José Patané**.

Traslado contestado por la **Gendarmería Nacional, demandada en autos**, representada por el **Dr. Gabriel Gerardo Velásquez**.

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

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

GASNOR SA c/ MUNICIPALIDAD DE LA BANDA s/ ACCIÓN
MERAMENTE DECLARATIVA – MEDIDA CAUTELAR

TASAS

Es inconstitucional la norma tributaria de la Ciudad de La Banda -179/00-, Provincia de Santiago del Estero, pues utiliza una fórmula de imposición de enorme laxitud describiendo la actividad gravada por defecto y de modo residual, es decir en virtud de su texto, la norma tributaria en cuestión, en lugar de determinar los servicios por los que se pretende cobrar la tasa que se crea, constituye una coartada para gravar actividades de los contribuyentes para quienes no se brinda ningún servicio o prestación.

TASAS

Es inconstitucional la ordenanza 179/00 de la Ciudad de la Banda, Provincia de Santiago del Estero pues, las prestaciones que la municipalidad alegó haber brindado, que fueron tomadas en consideración por las instancias de grado, y que en la inteligencia de ambas darían lugar a su derecho a exigir la retribución pretendida, no son servicios ni concretos, ni efectivos, ni individualizados referidos a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente.

TASAS

La tasa es una categoría tributaria también derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia únicamente por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que en este caso consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado.

TASAS

Para que una contribución satisfaga el test de constitucionalidad deben cumplirse las siguientes condiciones: a) la contribución debe ser caracterizable como una tasa y no como un mero tributo; b) su redacción debe identificar un servicio en particular que debe ser efectivamente prestado por el Estado por lo que sus términos no pueden ser excesivamente amplios y abarcativos; y, c) es el fisco municipal quien debe probar, en todo caso, la concreta, efectiva e individualizada prestación estatal.

IMPUESTO

La distinción entre especies tributarias no es meramente académica, pues desempeña un rol esencial en la coordinación de las potestades tributarias entre los diferentes niveles de gobierno, dado que el art. 9º, inc. b, de la ley 23.548 de coparticipación federal de impuestos, excluye a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados de la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos.

TASAS

La contraprestación concreta, efectiva e individualizada de un servicio municipal es la clave de bóveda del sistema de distribución de competencias tributarias entre las distintas jurisdicciones, pues son estos servicios los que permiten a las municipalidades gravar a los contribuyentes que se benefician con ellos sin violar con ello la Constitución Nacional; la excesiva latitud en la caracterización de los servicios que las tasas municipales pretenden gravar convierte a dichas tasas en tributos que los municipios están inhibidos de crear.

TASAS

La excesiva latitud en la determinación de los servicios que las tasas pretenden retribuir al no discriminar debidamente los servicios cuya manutención solicita contrarían el principio de legalidad tributaria, pues posibilitan la eventual recaudación de los fondos para una finalidad ajena a la que presuntamente le habría dado origen; es por ese motivo que, ante normas que realizan la descripción del hecho imponible en términos excesivamente amplios se acrecienta la obligación de demostrar la efectiva prestación de un servicio concreto, efectivo e individualizado.

TASAS

No es justo imponer al contribuyente, cuando ha negado la prestación del servicio, la carga de probar que no ha sido efectivamente prestado, en tanto si, a los efectos de impugnar una tasa, debiera ser el contribuyente quien tuviera que probar que el servicio que se grava no ha sido efectivamente prestado, dada la dificultad de dicha prueba, se circunvalarían en los hechos las exigencias que determinan la constitucionalidad de las tasas retributivas de servicios tratándoselas de un modo similar a un impuesto.

TASAS

La llamada “Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios” prevista en el art. 116 del Código Tributario Municipal de La Banda, Santiago del Estero, describe el hecho imponible de un modo excesivamente genérico, impropio de la tipificación de

las contribuciones de su clase (una de las versiones normativas contiene, inclusive, una descripción residual de los servicios como “cualquier otro no retribuido por un tributo especial”), por lo cual correspondía al municipio acreditar, durante el trámite de la causa, la organización y puesta a disposición del servicio de utilidad pública que sustenta la tasa (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

El municipio como ente autónomo encuentra su origen normativo en la Constitución Nacional y el quantum de sus atribuciones, competencias e incumbencias, en las constituciones provinciales y demás normas complementarias de derecho público interno (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

AUTONOMIA MUNICIPAL

El reconocimiento de la autonomía municipal importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia; en efecto, cuando la Constitución Nacional manda a las provincias asegurar el régimen municipal, dispone la mantención de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el reconocimiento del derecho a los medios (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Dentro del derecho a los medios que garantizan la subsistencia del municipio, se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria originaria que titularizan, pudiendo generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que le son propias (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

El derecho a los medios económicos del municipio reconoce límites precisos que delimitan su ámbito de validez y que derivan de: a) el estado de

derecho; b) el sistema de organización institucional con sus diferentes niveles de decisión (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Los límites al poder fiscal municipal emanados de la vigencia del estado de derecho se concretan en los principios clásicos de la tributación: el principio de legalidad; el principio de igualdad ante las cargas públicas; el principio de finalidad y el principio de no confiscatoriedad (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Los límites al poder fiscal municipal emanados del sistema de organización institucional remiten a la distribución de la potestad tributaria prevista en la Constitución Nacional (conf. arts. 1°, 4°, 5°, 9°, 10, 11, 75, incs. 2°, 3°, 13, 18 y 30, 121, 123, 124 de la Constitución Nacional) (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Actúa como límite del poder fiscal local el derecho intra-federal tributario plasmado en instrumentos como el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 y la Ley de Coparticipación Federal 23.548, propios de un sistema de concertación fiscal en cuyo proceso de formación no debería excluirse la participación municipal (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso federal intentado es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de una norma local y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido a favor de la validez de esta última (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 668/678 de los autos principales (a los que me referiré en adelante, salvo indicación en contrario), el Juez Federal de Santiago del Estero rechazó la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, mediante la cual Gasnor S.A. impugnó la “tasa por servicios municipales sobre la actividad comercial, industrial y de servicios” (TSACIS, en adelante) establecida por la Municipalidad de La Banda en los arts. 116 y cc. de su código tributario municipal (CTM en lo sucesivo. Agregó que esa gabela se cobra por la prestación una serie de servicios para contribuyentes que realizan actividad comercial, industrial o servicios, u otra a título oneroso, con local o fuente de renta en jurisdicción de La Banda.

Señaló que la actora alegaba que el municipio había iniciado dos juicios de ejecución fiscal, reclamando el pago de dicho tributo por los períodos 9/98 a 6/02 en el primero, y 7/02 a 9/05 en el restante.

Tras dejar sentada la procedencia formal de la vía intentada, recordó la caracterización de la tasa realizada en la doctrina de V.E. como un tributo de estructura jurídica análoga al impuesto, pero que en su presupuesto de hecho contempla la prestación de un servicio concreto e individualizado que atañe al obligado al pago.

Con apoyo en la prueba pericial contable realizada, obrante a fs. 630/632, sostuvo que Gasnor S.A., si bien no tiene un local comercial en La Banda, si posee “fuente de renta” en esa jurisdicción, y que la comuna le presta servicios que son indispensables para que pueda desarrollar su actividad- Agregó que la pretensión tributaria no se alza contra la ley 23.548 y que, por ende, no corresponde que se declare la inconstitucionalidad de la TSACIS.

Agregó que la actora puede realizar su actividad comercial ya que existe la Municipalidad de La Banda y le son indispensables los servicios que ésta presta, tales como la apertura de nuevas calles, su nomenclatura, etc.

Finalmente adujo que tampoco se advierte colisión alguna con el régimen de la ley 24.076, y que la actividad de distribución de gas por redes está contemplada en el código tarifario municipal.

-II-

A su turno, a fs.725/730, la Cámara Federal de Tucumán confirmó la sentencia anterior.

En primer término, afirmó que, a su juicio se encuentran reunidos los requisitos del art. la vía de la acción declarativa.

Tras citar los arts. 116, 102 y 6 del CTM, expresó que la tasa es un tributo que se cobra para retribuir la prestación de un servicio divisible prestado por la autoridad.

Indicó que el art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional establece que el ejercicio de los poderes de policía y tributario de las autoridades locales es compatible con la jurisdicción nacional que, en este caso, es la que regula la actividad de transporte y distribución de gas natural. Y agregó que la actora es licenciataria de dicho servicio, que realiza en forma económicamente inescindible, en todas sus etapas, en territorio de cuatro provincias, de forma tal que sus ductos pasan por el ejido de la demandada y, como consecuencia de ello, ésta le reclama el pago del tributo en cuestión-

Añadió que el decreto 2.255/92 no contempla exención alguna respecto de los gravámenes locales, lo que demuestra que fue intención de la autoridad nacional concedente que pagase todo tributo y que, como contrapartida, éste fuese trasladado al usuario del servicio en la tarifa correspondiente.

Afirmó, por último, que la accionada presta servicios concretos a la actora de modo tal que se justifica el cobro de la tasa, sin que pueda tampoco esgrimirse que exista un supuesto de doble imposición con el monto que ha de pagar al ENARGAS en virtud de lo establecido por los arts. 62, 63 y cc. de la ley 24.065.

-III-

El recurso extraordinario de la actora obra a fs. 738/749.

Allí expresó que la sentencia resulta arbitraria, ya que está demostrado en la causa que no posee local o establecimiento comercial alguno en el ejido de la demandada, razón por la cual ésta no puede prestarle ninguno de los servicios que la TSACIS retribuye.

Sostiene que del hecho de que sus ductos pasen por territorio del municipio no se deriva, sin más, que se deba pagar la tasa en cuestión.

Arguye que lo decidido por el *a quo* resulta lesivo del derecho de propiedad y del principio de jerarquía normativa (arts. 17 v 31

de la Constitución Nacional, como así también violatorio del régimen de coparticipación federal de impuestos. Agrega que tampoco está en juego el poder de policía municipal sobre las instalaciones, ya que no se debate aquí que éstas pueden ser inspeccionadas únicamente por la autoridad nacional competente en la materia, es decir el ENARGAS.

A fs. 764/765 obra el auto de la cámara mediante el cual no se hizo lugar a la apelación extraordinaria, motivo por el cual la actora presentó esta queja.

-IV-

En primer término, es imperioso poner de relieve que, de lo actuado en las instancias anteriores se desprende que están fuera de debate los siguientes extremos:

a) que la actora no posee local o establecimiento dentro del territorio del municipio demandado (ver fs. 631);

b) que tanto la demandada como la sentencia apelada fincan el poder tributario municipal aquí discutido en que Gasnor S.A. posee “fuente de renta” dentro del municipio de La Banda;

c) que las prestaciones que brinda el municipio a la actora y por las cuales se le exige el pago de la TSACIS son servicios tales como “la señalización de las calles”, y “la nomenclatura catastral” (ver fs. 310), “la apertura de calles” (ver fs. 649 vta.), etc.

En esas condiciones, anticipo que tengo para mí que la sentencia recurrida no es una derivación razonada del derecho vigente con ajuste a los hechos comprobados de la causa, razón por la cual debe ser dejada sin efecto por estar viciada de arbitrariedad.

En efecto, ha señalado ese Tribunal en la causa Q.20, L. XLVII, “Quilpe S.A. -inconstitucionalidad”, del 9/12/2012 -por citar una entre muchas otras-, que la tasa es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien tiene una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de éste por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso no de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503, entre otros).

También señaló allí, con cita del precedente de Fallos: 332:1503 (“Laboratorios Raffo S.A.”), que esta distinción entre especies tributarias no es baladí debido a que desempeña un rol esencial en la coordinación de las potestades tributarias entre los diferentes niveles de gobierno, pues el art. 9º, inc. b, de la ley 23.548, de coparticipación federal de impuestos, excluye a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados de la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos.

Y también en el precedente “Quilpe” recordó, precisamente, que es inveterada jurisprudencia del Tribunal que al cobro de una tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 236:22 ; 251:222; 259:413; 312:1575; 329:792 , entre otros).

Con este marco jurisprudencial que nos indica una clarísima referencia conceptual, y ante la falta de local comercial dentro de la jurisdicción La Banda, queda en evidencia que en autos no se acreditó qué servicio concreto o individualizado se pudo haber brindado por el municipio, o bien éste haberlo puesto a disposición de Gasnor S.A., y que sería la imprescindible causa legitimadora de la pretensión tributaria aquí en cuestión.

En tal sentido, advierto que ante la negativa de tal extremo por parte de la actora, el municipio demandado ni siquiera intentó demostrar su acaecimiento, pese a encontrarse indudablemente en mejores condiciones de probar -si así hubiera ocurrido- la prestación de alguno de dichos servicios (confr. Fallos: 319:2211, considerando 5º).

Al respecto no puede dejar de observarse, según surge de la jurisprudencia citada a lo largo de este acápite, que la efectiva prestación de un servicio individualizado en el contribuyente es un elemento esencial para justificar la validez de la imposición de una tasa, por lo cual es un punto que debe ser debidamente esclarecido para la adecuada decisión de esta contienda.

Paralelamente, es menester recordar que esta cuestión ya fue puesta de relieve por este Ministerio Público en el dictamen del 21/02/2011, vertido en la causa M.1048, L. XLV, “Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gasnor S.A. s/ ejecución fiscal”, en que se discutió idéntico gravamen entre las mismas partes, pero en el marco de un juicio ejecutivo.

-V-

Si bien con lo expuesto bastaría, sin más, para dejar sin efecto la decisión recurrida, a todo evento debo señalar que las prestaciones que la Municipalidad de La Banda alegó haber brindado, que fueron tomadas en consideración por las instancias de grado, y que en la inteligencia de ambas darían lugar a su derecho a exigir la retribución pretendida, no son servicios ni concretos, ni efectivos, ni individualizados referidos a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente, a la luz de la clara, reiterada e inveterada doctrina de Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792; 332:1503, entre muchos otros.

No parece que sea ocioso recordar aquí lo expresado por el Tribunal en la causa de Fallos: 312:1575, en el voto concurrente del Dr. Belluscio, sobre un tributo de similar alcance al aquí enjuiciado, en cuanto a que si los servicios que se pretenden hacer retribuir por una tasa son prestados *uti universi*, la norma resulta irrazonable, *“toda vez que carga sobre aquellos contribuyentes que realizan actividades comerciales, industriales o de servicios la supuesta manutención de servicios públicos indiscriminados que beneficiarían a toda la comunidad, consagrando así una manifiesta iniquidad”*. A lo que cabe agregar -siempre según el acertado punto de vista del juez Belluscio en la causa citada- la excesiva latitud de la norma impugnada -contraria al principio de legalidad que rige en la materia- *“al no discriminar debidamente los servicios cuya manutención solicita, posibilitando la eventual recaudación de los fondos para una finalidad ajena a la que presuntamente le habría dado origen”*, toda vez que como el propio CTM expresa, dicha gabela también retribuye *“Cualquier otro servicio que preste la Municipalidad no retribuido por una contribución especial”*. (confr. F.s. 305).

-VI-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la presente queja, declarar mal denegado el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y ordenar que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 7 de septiembre de 2017.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gasnor SA c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa – medida cautelar”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando que:

1º) El Concejo Deliberante de la ciudad de La Banda incluyó en el Código Tributario Municipal –ordenanza 179/00- la denominada “Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios”, que, en los términos del artículo 116, grava los “...servicios municipales de contralor, salubridad, seguridad, salud pública, higiene, asistencia social, desarrollo de la economía y cualquier otro no retribuido por un tributo especial que, indistintamente: a) Facilite, posibilite o permita de manera directa o indirecta el desarrollo, ejercicio o realización de actividades comerciales, industriales, de servicio o de cualquier otra realizada a título oneroso, aunque se realicen o desarrollen en sitios pertenecientes a jurisdicción federal o provincial enclavados dentro del ejido municipal...”.

De acuerdo con la ordenanza mencionada es “irrelevante que el contribuyente posea un local comercial o asentamiento físico en jurisdicción de esta Municipalidad, siendo suficiente que desarrolle directa o indirectamente alguna de las actividades mencionadas”. Por su parte, se establece que se considerará acreditado que se desarrollan las actividades en cuestión “cuando existan ingresos y/o gastos atribuibles a esta Municipalidad de acuerdo a las normas del Convenio Multilateral, independientemente de la modalidad que se fije para determinar el importe tributario a pagar.” (artículo 116, Código Tributario Municipal, con las modificaciones introducidas a partir del 19 de octubre de 2010).

2º) GASNOR S.A. es una empresa que presta el servicio de distribución de gas natural por redes en las provincias de Santiago del Estero, Tucumán, Salta y Jujuy, en los términos de la ley 24.076. Si bien no posee local en el Municipio de La Banda, los ductos mediante los cuales presta el servicio pasan por el ejido municipal.

Ante intentos de la municipalidad de cobrarle la tasa descrita en el considerando 1° en sendas ejecuciones fiscales, GASNOR S.A. interpuso la presente acción meramente declarativa “con el objeto de obtener la declaración judicial de inconstitucionalidad del tributo municipal denominado Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios”.

3°) El juez federal de Santiago del Estero declaró la procedencia formal de la vía procesal intentada y, con apoyo en la prueba pericial, sostuvo que GASNOR S.A., si bien no tiene un local comercial en La Banda, sí posee “fuente de renta” en esa jurisdicción. Además, el juez concluyó que la comuna presta servicios a GASNOR S.A. que son indispensables para que pueda desarrollar su actividad. Afirmó que “la firma actora puede realizar su actividad comercial porque existe la Ciudad de La Banda, lo que le permite la prestación y ampliación de sus servicios y, como consecuencia, el desarrollo de su economía al ampliar la fuente de renta en la jurisdicción de esa ciudad” (fs. 677 vta.). Agregó que la pretensión de gravar la actividad de GASNOR S.A. no se alza contra la ley 23.548 de Coparticipación Federal ni colisiona con la ley 24.076 del Marco Regulatorio del Gas Natural.

4°) Apelada la sentencia, la Cámara Federal de Tucumán la confirmó invocando diversas razones. Se sostuvo que la actora presta el servicio público de distribución de gas natural, llevando a cabo esa actividad en una, varias o todas sus etapas en más de una jurisdicción y que sus ingresos provienen “de un proceso único, económicamente inseparable”. Se afirma que la actora traslada el gas natural en ductos de su concesión desde que el transportista le hace entrega hasta el lugar convenido con sus clientes, dentro del área asignada, y en esa tarea de distribución sus ductos pasan por el ejido de la municipalidad demandada. Se destacó que el decreto PEN 2255/92 que regula la licencia concedida a GASNOR S.A., no establece ninguna exención en su favor lo que, a juicio de la cámara federal, demuestra que fue intención de la autoridad nacional que GASNOR S.A. pagase todo tributo y que, como contrapartida y en todo caso, traslade su costo a la tarifa que deben abonar los consumidores. La cámara federal también afirmó que de la pericia contable surge que “si bien la firma Gasnor no tiene local comercial en la Ciudad de La Banda, ejerce actividad económica a título oneroso y percibe fuente de renta en esa jurisdicción”. Por otro lado, se alegó que los servicios que brinda la municipalidad son en personal, bienes de consumo, servicios de inversión, inversión física en trabajos

públicos y bienes de uso y que, en consecuencia “la accionada presta servicios concretos a la actora de modo que la percepción de la tasa reclamada es procedente” (fs. 729 vta.).

5°) GASNOR S.A. interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de cámara, el cual fue denegado a fs. 764/765 lo que motivó la queja en examen. La empresa considera afectado su derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) en un doble sentido: por un lado, porque GASNOR S.A., al no contar con ningún establecimiento en el ámbito municipal, no recibe ningún servicio concreto, efectivo ni individualizado por parte del municipio, y, por otro lado, porque la tasa así diseñada carga sobre aquellos contribuyentes que realizan actividades comerciales, industriales o de servicios la sujeta a la manutención de servicios públicos indiscriminados que benefician a toda la comunidad. Se agravia, asimismo, de que ante la ausencia de la prestación de un servicio discernible y divisible la tasa queda vacía de contenido y se afecta la jerarquía normativa del art. 31 de la Constitución Nacional al vulnerar la normativa de la Ley Federal de Coparticipación 23.548.

6°) El recurso federal intentado es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de una norma local y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido a favor de la validez de esta última (art. 14, inc. 2°, de la ley 48). El asunto que viene a consideración de esta Corte se refiere al cumplimiento efectivo, en este caso concreto, de las condiciones constitucionales para la imposición de tasas municipales. Ha sostenido este Tribunal que la tasa es una “categoría tributaria también derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia únicamente por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que en este caso consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado” (Fallos: 323:3770). En este sentido, y más allá de las fórmulas empleadas en las decisiones judiciales precedentes, lo que se encuentra en discusión aquí es quién y cómo debe probarse la efectiva existencia del servicio por cuya prestación se exige el pago del tributo “tasa” dispuesta por una norma tributaria que describe aquella prestación por la que el contribuyente debe pagar de un modo tan amplio como lo hace la ordenanza 179/00.

7°) La jurisprudencia de este Tribunal ha sido consistente en la interpretación de contribuciones como la aquí descripta. De acuerdo

con los precedentes de esta Corte, algunos de los cuales se refieren a continuación, para que una contribución como la que crea la ordenanza 179/00 satisfaga el test de constitucionalidad deben cumplirse las siguientes condiciones: a) la contribución debe ser caracterizable como una tasa y no como un mero tributo; b) su redacción debe identificar un servicio en particular que debe ser efectivamente prestado por el Estado por lo que sus términos no pueden ser excesivamente amplios y abarcativos; y, c) es el fisco municipal quien debe probar, en todo caso, la concreta, efectiva e individualizada prestación estatal.

En “Compañía Química S.A. vs Municipalidad de Tucumán” (Fallos: 312:1575) se discutió la constitucionalidad de una tasa municipal de la ciudad de San Miguel de Tucumán, de gran similitud con la establecida por la ordenanza de la Municipalidad de La Banda. En ese caso, la tasa debía ser abonada “por cualquier actividad comercial, industrial o de servicios por las que se usen o aprovechen las obras y demás prestaciones que hacen al progreso regular y continuo de la ciudad, en virtud de los servicios municipales de contralor, seguridad, higiene, salubridad, moralidad y de cualquier otro no retribuido por un tributo especial pero que prevenga, asegure y promueva el bienestar general de la población” (considerando 4°). Esta Corte, al resolver el caso, reseñó los precedentes en la materia y entendió que ellos exigían la existencia de un requisito fundamental respecto de las tasas, más precisamente, que “al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 236:22 y su cita)” (considerando 7°). En los autos mencionados se concluyó que la norma local impugnada no se ajustaba a principios que “encuentran sustento en el artículo 17 de la Constitución Nacional” (considerando 8°), motivo por el cual esta Corte declaró su inconstitucionalidad.

En dos ocasiones recientes este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de una contribución establecida por la Municipalidad de Córdoba en el artículo 231 del Código Tributario Municipal que gravaba “la actividad comercial, industrial y de servicios”. En “Laboratorios Raffo” (Fallos: 332:1503) esta Corte adhirió a los términos del dictamen de la Procuración General que consideró que la tasa en cuestión no se relacionaba con un servicio municipal concreto, efectivo e individualizado. En el dictamen mencionado la Procuración sostuvo que la pretensión municipal es cobrar un tributo por “una serie de servicios que no deben considerarse de forma aislada sino conjuntamente, y

cuyo objetivo es que las actividades lucrativas ejecutadas en su ejido, lo sean en forma ordenada, pacífica, segura y con mutuo respeto de los derechos de cada uno”. La Procuración mencionó que la municipalidad declaró que los servicios que se pretenden gravar se prestan “ya sea controlando el buen estado de los edificios; coordinando el transporte; ordenando el tránsito y regulando el estacionamiento; denominando, numerando y asignando sentido a las calles y, en general, organizando las reglas básicas para la promoción, ejercicio y progreso de las actividades comerciales, industriales y de servicios que se desarrollan en la ciudad, entre ellas, las cumplidas por el impugnante” (conf. resolución de la Dirección General de Recursos Tributarios 1229, del 25 de julio de 2001, fs. 314/317 de los antecedentes administrativos). De todos modos, la Procuración concluyó que en dicho caso la pretensión recaudatoria “se evidencia contraria a todas luces a un requisito fundamental respecto de las tasas, reiteradamente exigido por una extensa y constante jurisprudencia del Tribunal, como es que al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792 y “Mexicana de Aviación S.A. de CV”, Fallos: 331:1942, entre otros)”.

En “Syngenta Agro” (sentencia del 28 de mayo de 2013), esta Corte ratificó lo expresado en “Laboratorios Raffo” fulminando la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que declaró la legitimidad de la misma tasa que esta Corte había declarado inconstitucional en “Laboratorios Raffo” mediante el simple expediente de recalificarla como un impuesto.

En “Quilpe S.A.” (Fallos: 335:1987), esta Corte se pronunció sobre una tasa retributiva de servicios creada por la ciudad de La Rioja, de características también similares a la que aquí se analiza. En la sentencia dictada en estos autos se asume que la carga de la prueba sobre la prestación de un servicio, de la generalidad de los que pretenden servir de fundamento a gravámenes como el que aquí se analiza, cae en cabeza del municipio que crea el gravamen en cuestión. Así, se dijo que “...en autos no se acreditó que el servicio relacionado con la tasa en cuestión haya sido efectivamente prestado a la actora; y cabe destacar sobre el particular que ante la negación de tal extremo por parte de la accionante, la demandada ni siquiera intentó demostrar su acacimiento, pese a encontrarse indudablemente en mejores condiciones

de probar –si así hubiera ocurrido– la prestación del servicio (confr. Fallos: 319:2211, considerando 5°).”.

8°) Los precedentes de esta Corte citados constituyen un corpus jurisprudencial ineludible y de claras implicancias para el análisis de la “Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios” prevista en el artículo 116 del Código Tributario Municipal de la ciudad de La Banda, Santiago del Estero, que aquí se analiza. En efecto, tal como recordó esta Corte Suprema en “Quilpe S.A.”, “la distinción entre especies tributarias no es meramente académica” pues “desempeña un rol esencial en la coordinación de las potestades tributarias entre los diferentes niveles de gobierno” dado que “el art. 9°, inc. b, de la ley 23.548 de coparticipación federal de impuestos, excluye a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados de la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos”. En otras palabras, la contraprestación concreta, efectiva e individualizada de un servicio municipal es la clave de bóveda del sistema de distribución de competencias tributarias entre las distintas jurisdicciones pues son estos servicios los que permiten a las municipalidades gravar a los contribuyentes que se benefician con ellos sin violar con ello la Constitución Nacional. La excesiva latitud en la caracterización de los servicios que las tasas municipales pretenden gravar convierte a dichas tasas en tributos que los municipios están inhibidos de crear. El juez Belluscio así lo ha expresado en su voto concurrente en Fallos: 312:1575 al sostener que la excesiva latitud en la determinación de los servicios que las tasas pretenden retribuir al no discriminar debidamente los servicios cuya manutención solicita contrarían el principio de legalidad tributaria, pues posibilitan “la eventual recaudación de los fondos para una finalidad ajena a la que presuntamente le habría dado origen”. Es por ese motivo que, ante normas que realizan la descripción del hecho imponible en términos excesivamente amplios se acrecienta la obligación de demostrar la efectiva prestación de un servicio concreto, efectivo e individualizado (conf. arg. Fallos: 331:2406, considerando 12).

9°) La norma tributaria de la ciudad de La Banda utiliza una fórmula de imposición de enorme laxitud describiendo la actividad gravada por defecto y de modo residual. Así la norma indica que la tasa que se crea retribuye “cualquier otro [servicio] no retribuido por un tributo especial” por parte de los contribuyentes mencionándose las eventuales finalidades que cumpliría dicho servicio –más precisamente–, facili-

tar, posibilitar o permitir “de manera directa o indirecta el desarrollo, ejercicio o realización de actividades comerciales, industriales, de servicio o de cualquier otra realizada o título oneroso (...)”. En virtud de su texto, la norma tributaria en cuestión, en lugar de determinar los servicios por los que se pretende cobrar la tasa que se crea, constituye una coartada para gravar actividades de los contribuyentes para quienes no se brinda ningún servicio o prestación.

En casos como el de autos, donde la descripción de la actividad gravada se hace por defecto y de modo residual, y tal como esta Corte lo decidiera en “Quilpe S.A.” (Fallos: 335:1987), no es justo imponer al contribuyente, cuando ha negado la prestación del servicio, la carga de probar que no ha sido efectivamente prestado. Si, a los efectos de impugnar la tasa en cuestión, debiera ser el contribuyente quien tuviera que probar que el servicio que se grava no ha sido efectivamente prestado, dada la dificultad de dicha prueba, se circunvalarían en los hechos las exigencias que determinan la constitucionalidad de las tasas retributivas de servicios tratándose de un modo similar a un impuesto.

De lo anterior se deriva –tal como lo especifica el dictamen de la señora Procuradora Fiscal– que “las prestaciones que la Municipalidad de La Banda alegó haber brindado, que fueron tomadas en consideración por las instancias de grado, y que en la inteligencia de ambas darían lugar a su derecho a exigir la retribución pretendida, no son servicios ni concretos, ni efectivos, ni individualizados referidos a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente, a la luz de la clara, reiterada e inveterada doctrina de Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792; 332:1503, entre muchos otros”.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la presentación directa a los autos principales, reintégrese el depósito de fs. 80 y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente. Notifíquese.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ –
JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO
– RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI Y DEL
SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la empresa GASNOR S.A., licenciataria del servicio público nacional de distribución de gas natural, promovió acción declarativa de certeza contra la Municipalidad de La Banda, Provincia de Santiago del Estero, con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la “Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios”, prevista en el art. 116 del Código Tributario Municipal.

En lo sustancial, alegó que no posee un local comercial en el municipio y que el gravamen no tiene como correlato ninguna prestación efectiva, concreta e individualizada de un servicio público en su favor. Por ello, entendió que la pretensión del fisco municipal colisiona con la ley 23.548, cuyo art. 9º, inc. b, impide a las provincias y municipios aplicar tributos análogos a los coparticipados.

2º) Que el juez federal de Santiago del Estero rechazó la demanda entablada. Consideró que, pese a la ausencia de un local comercial, la empresa ejerce actividad comercial a título oneroso en esa jurisdicción. Argumentó que la comuna presta servicios indispensables para el desarrollo de tal actividad: el registro de actividades comerciales, industriales y de servicios; la inspección de cumplimiento de los requisitos destinados a preservar la seguridad, higiene, salubridad y moralidad de la población; y la fiscalización de la fidelidad de las pesas y medidas (confr. fs. 677 vta. y 631 de la causa principal).

3º) Que la Cámara Federal de Tucumán confirmó esa decisión. Luego de admitir la procedencia formal de la vía y reseñar la normativa aplicable, el tribunal señaló que la actividad comercial desplegada por GASNOR S.A. -distribuir el gas natural hasta el lugar convenido con sus clientes- se llevaba a cabo con ductos que pasaban por el territorio sujeto a jurisdicción municipal (fs. 725/730).

En tales términos, entendió que la comuna prestaba servicios concretos a la empresa actora, de modo tal que se justificaba el cobro de dicho tributo, sin que pudiera esgrimirse la existencia de un supuesto

de doble imposición con el monto que pagaba al ENARGAS en virtud de lo establecido por los arts. 62, 63 y cons. de la ley 24.076.

Por último, destacó que el decreto 2255/92 no contemplaba exención alguna respecto de los gravámenes locales, lo que demostraba que había sido intención de la autoridad nacional concedente que la empresa pagase ese tipo de tributo y que, como contrapartida, este fuese trasladado al usuario del servicio en la tarifa.

4°) Que, contra esa decisión, GASNOR S.A. interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la interposición de este recurso de hecho.

Cuestiona la sentencia de la cámara que ratifica el pago de la tasa en tanto no cuenta con establecimientos dentro del ámbito municipal. De esta forma, insiste en la ausencia de una prestación efectiva, individualizada y concreta de un servicio municipal que justifique el pago del tributo reclamado.

Sostiene que el Código Tributario Municipal define el hecho imponible de la tasa en cuestión con extrema laxitud, aspecto que contradice la garantía constitucional de razonabilidad y el principio de legalidad en materia fiscal.

Sobre esta base argumental, refiere que dicho gravamen resulta violatorio del derecho de propiedad y del art. 31 de la Constitución Nacional, ya que adquiere el carácter de "impuesto", ignorando la prohibición consagrada en el art. 9°, inc. b, de la Ley de Coparticipación Federal.

Por último, descalifica al pronunciamiento tachándolo de arbitrario, en la medida que habría tergiversado su planteo referido a la ausencia de poder de policía municipal, tratándolo como una cuestión de doble imposición no prohibida.

5°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez de una norma local por ser contraria -entre otros- a los arts. 17, 28 y 31 de la Constitución Nacional, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido a favor de la primera (art. 14, inc. 2°, de la ley 48; doctrina de Fa-

llos: 312:1575; 332:1503; 335:1987). Asimismo, y toda vez que bajo la tacha de arbitrariedad la apelante plantea agravios que se encuentran estrechamente unidos con la cuestión federal, ambos aspectos serán examinados en forma conjunta (confr. doctrina de Fallos: 301:1194; 307:493; 313:664, entre muchos otros).

6º) Que desde su texto originario la Constitución Nacional consagró la institución municipal como parte integrante de la organización política federal, ordenando a las provincias el aseguramiento de su régimen (art. 5º). A su turno, la reforma constitucional de 1994, al incorporar el art. 123, ratificó esa intencionalidad, explicitando el “régimen municipal” del citado art. 5º al dotar a los municipios de autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera y confiando a las provincias la atribución de reglamentar -sin desnaturalizar- su alcance y contenido concreto (Fallos: 325:1249, considerando 7º; 337:1263; “*Municipalidad de la Ciudad de La Banda*”, Fallos: 341:939; CSJ 1533/2017/RH1 “*ESSO Petrolera Argentina SRL y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa*”, sentencia del 2 de septiembre de 2021).

De acuerdo a este diseño, el municipio como ente autónomo encuentra su origen normativo en la Constitución Nacional y el *quantum* de sus atribuciones, competencias e incumbencias, en las constituciones provinciales y demás normas complementarias de Derecho Público interno.

7º) Que el reconocimiento de la autonomía importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia. En efecto, cuando la Constitución Nacional manda a las provincias “asegurar el régimen municipal”, dispone la mantención de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el reconocimiento del “derecho a los medios” (CSJ 1533/2017/RH1 “*ESSO Petrolera SRL y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa*”, sentencia del 2 de septiembre de 2021).

Dentro del derecho a los medios que garantizan la subsistencia del municipio, se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria originaria que titularizan (Giuliani Fonrouge, Carlos M., Derecho Financiero, T. I, 9ª Ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 269), pudiendo “... *generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados*

independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que le son propias” (Convencional Prieto, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, T. VI, pág. 5380, citado en Fallos: 337:1263, cit. y “*Municipalidad de la Ciudad de La Banda*”, cit.).

El derecho a los medios económicos del municipio reconoce límites precisos que delimitan su ámbito de validez y que derivan de: a) el Estado de Derecho; b) el sistema de organización institucional con sus diferentes niveles de decisión.

8°) Que los límites al poder fiscal municipal emanados de la vigencia del Estado de Derecho se concretan en los principios clásicos de la tributación:

a) el *principio de legalidad* (art. 19, Constitución Nacional) que no es una expresión jurídico-formal sino una garantía sustancial, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 305:134; 312:912; 316:2329; 318:1154; 319:3400; 321:366; 323:240, 3770; 329:59, 1554; 332:2872; 334:1437). En el ámbito municipal, exige respaldar las obligaciones tributarias en ordenanzas que especifiquen el hecho imponible, el criterio de delimitación de la esfera jurisdiccional del sujeto activo, el sujeto pasivo del gravamen, el criterio que sirve de base para establecer el *quantum* del tributo, las modalidades de pago y las exenciones (arg. doctrina de Fallos: 326:2653; 338:313). El principio de legalidad exige que las ordenanzas sean claras, precisas y conocidas, pues -en lo que al derecho tributario interesa- el contribuyente debe conocer con facilidad y exactitud sus obligaciones fiscales;

b) el *principio de igualdad ante las cargas públicas* (art. 16, Constitución Nacional), que en su genuino alcance constitucional no implica “igualitarismo”, sino “equivalencia” de trato, lo que permite al legislador contemplar de manera distinta situaciones que considere diferentes en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 271:124; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256);

c) el *principio de finalidad*, consecuencia de la forma republicana, representativa y democrática de la organización política, así como de la soberanía popular (arts. 1° , 33 y concs. de la Constitución Nacional). En función de este principio todo sistema tributario tiene que estar imbuido de una finalidad de interés público o común (doct. Fallos: 312:1575) orientado a la satisfacción de necesidades públicas;

d) el *principio de no confiscatoriedad* (art. 17 de la Constitución Nacional) que prohíbe al Estado, en ejercicio de su poder fiscal, privar al contribuyente de una parte sustancial de su renta o patrimonio (doctrina de Fallos: 190:231 y 309; 194:428; 195:250; 196:122 y 511; 201:165 y 178; 202:241; 204:376; 207:238; 220:1082; 239:157; 242:73; 258:230; 268:56; 322:3255, entre muchos otros). Determinar si un tributo resulta o no resulta confiscatorio, conlleva un escrutinio estricto no solo de su naturaleza y características singulares, sino también de las circunstancias de tiempo y lugar en el que es aplicado.

9°) Que los límites al poder fiscal municipal emanados del sistema de organización institucional remiten a la distribución de la potestad tributaria prevista en la Constitución Nacional (conf. arts. 1° , 4° , 5° , 9° , 10, 11, 75, incs. 2° , 3° , 13, 18 y 30, 121, 123, 124 de la Constitución Nacional).

Con relación a la Nación, cobra relevancia la problemática de los establecimientos de utilidad nacional enclavados en territorios locales (art. 75, inc. 30, Constitución Nacional), recordando que sobre estos últimos la potestad tributaria provincial y municipal puede ejercerse en la medida en que no interfieran con el objetivo de la utilidad nacional (arg. “Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A.”, Fallos: 342:1063, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 23).

Con respecto a las provincias, la Constitución Nacional les encomienda definir el alcance concreto de la autonomía municipal que, en lo que aquí interesa, se relaciona con las atribuciones económicas y financieras necesarias para garantizar su subsistencia y, con ello, la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo (conf., arts. 5° y 123, Constitución Nacional, y, en lo que al municipio demandado respecta, esta Corte, “*Municipalidad de la Ciudad de La Banda*”, cit.).

Y, finalmente, actúa como límite del poder fiscal local el Derecho intra-federal Tributario plasmado en instrumentos como el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 y la Ley de Coparticipación Fede-

ral 23.548, propios de un sistema de concertación fiscal en cuyo proceso de formación no debería excluirse la participación municipal.

Dentro de estos vínculos intra-federales que implican una limitación al poder tributario municipal, el art. 9º, inc. b, de la Ley de Coparticipación Federal -invocado por la actora- estipula, en lo que resulta relevante para esta causa lo siguiente: “[l]a adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga: [...] b) [q]ue se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley. En cumplimiento de esta obligación no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias impositivas sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere esta ley, esta obligación no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados...”.

10) Que, afirmada la competencia constitucional fiscal de los municipios, y determinados sus límites, corresponde analizar la validez de la “Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios” percibida por la Municipalidad de La Banda, para lo cual resultará necesario indagar en los principios rectores de la especie “tasa” dentro del género “tributo”.

Esta Corte ha caracterizado a la tasa como una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al contribuyente y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este se encuentra constreñido a su pago *aun cuando no haga uso o no tenga interés en él*, ya que tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503, CSJ 1533/2017/RH1 “*ESSO Petrolera SRL y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa*”, sentencia del 2 de septiembre de 2021, entre otros).

La atribución de los municipios para crear una tasa, entendida como un recurso de naturaleza coactiva, con fuente legal, regido por

el Derecho Público, se encuentra sujeta a las siguientes pautas: a) la definición clara y precisa del hecho imponible y la individualización de los servicios o actividades que se ofrecen; b) la organización y puesta a disposición del servicio, acto o bien al contribuyente, pues de lo contrario el cobro carecería de causa importando un agravio al derecho de propiedad del contribuyente (doctrina de Fallos: 312:1575, cit.); y c) la adecuada y precisa cuantificación del tributo, debiendo para ello la autoridad fiscal ponderar prudencialmente, entre otros parámetros, el costo global del servicio o actividad concernido (Fallos: 201:545; 225:688) y la capacidad contributiva del contribuyente (CSJ 1533/2017/RH1, “*ESSO Petrolera y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa*”, sentencia del 2 de septiembre de 2021, citado).

11) Que, en el caso bajo análisis, la llamada “Tasa por Servicios Municipales sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios” prevista en el art. 116 del Código Tributario Municipal, tanto en la redacción vigente al momento de interponer la demanda, según surge del dictamen pericial producido en la causa, cuanto en su modificación del año 2010, de acuerdo a la información obrante en autos (confr. fs. 614/615 y 630/631), ha descrito el hecho imponible de un modo excesivamente genérico, impropio de la tipificación de las contribuciones de su clase (una de las versiones normativas contiene, inclusive, una descripción residual de los servicios como “cualquier otro no retribuido por un tributo especial”).

En ese contexto, correspondía al municipio acreditar, durante el trámite de la causa, en los términos antes señalados, la organización y puesta a disposición del servicio de utilidad pública que sustenta la tasa. Lejos de ello, se ha manifestado de un modo contradictorio al afirmar que se trata de costear “*el simple señalamiento de las calles y la nomenclatura urbana*” (primer dictamen del Fiscal Municipal, a fs. 124 vta.) y luego “*la apertura de las calles para la colocación de cañerías o redes de gas*” (contestación de demanda, a fs. 310 vta.). Más inexplicable aun es la versión que sostiene que “*...si no existiera el Municipio tampoco la actora podría ejercer su actividad*” (fs. 310 vta.).

En tales condiciones, llamada a comparecer, la demandada no ha podido comprobar -conforme a las constancias de autos- cuál es el hecho imponible de la tasa cuyo cobro pretende y cuál es su

utilidad, por lo que su pretensión fiscal resulta contraria a los presupuestos señalados en el presente y, en consecuencia, atentatoria de la Constitución Nacional.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la presentación directa a los autos principales, reintégrese el depósito de fs. 80 y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Notifíquese.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de queja interpuesto por **GASNOR S.A.**, representada por el **Dr. Ariel Edmundo Sánchez**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Alberto Tarsitano y María Inés Giménez**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Santiago del Estero.**

REPETTO, ADOLFO MARÍA c/ ESTADO NACIONAL
(MINISTERIO DE JUSTICIA) s/ EMPLEO PÚBLICO

MAGISTRADOS JUDICIALES

La prohibición de actualización monetaria no importa un obstáculo a la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones judiciales pues, por un lado, el art. 110 de la Constitución Nacional no impone un deber de mantener los salarios de los magistrados nacionales actualizados a valores constantes y por otro, aunque se aceptara por hipótesis, otorgar tal extensión al citado art. 110, la constitucionalidad de la leyes 23.928 y 25.561, en tanto prohíben la indexación, se deriva claramente de una lectura armónica de los arts. 110, 75 inc. 11 y 16 de la Constitución Nacional.

-Del precedente “Alvarez” (Fallos: 342:1847) al que la Corte remite-

MAGISTRADOS JUDICIALES

Permitir la indexación a la hora de determinar las remuneraciones judiciales conllevaría otorgarles a los jueces un privilegio indebido con respecto al resto de la ciudadanía, por el mero hecho de su profesión, en clara violación al principio de igualdad, receptado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

-Del precedente “Alvarez” (Fallos: 342:1847) al que la Corte remite-

MAGISTRADOS JUDICIALES

No se configuran los presupuestos de hecho necesarios para que pudiera afirmarse que los magistrados posean un derecho adquirido -y, por lo tanto, incorporado en su patrimonio- a una actualización salarial, pues para que exista un derecho adquirido deben cumplirse todos los actos y condiciones sustanciales previstos por ley, no bastando, que la Corte dicte una acordada; pues el art. 110 de la Constitución Nacional establece que los magistrados nacionales “recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley”.

-Del precedente “Alvarez” (Fallos: 342:1847) al que la Corte remite-

MAGISTRADOS JUDICIALES

Corresponde rechazar el reclamo iniciado por un magistrado por las diferencias en las remuneraciones percibidas, pues no es posible soslayar que el actor suscribió un acuerdo con el Ministerio de Justicia de la Nación (decreto 1770/91), renunciando a todo reclamo de recomposición salarial por ese lapso reclamado.

MAGISTRADOS JUDICIALES

No corresponde arbitrar en una sentencia reducción alguna de la remuneración adeudada a los jueces basándose en motivos de “solidaridad social”, ya que ello significa lisa y llanamente atribuirse por el Poder Judicial facultades legislativas, al postular una contribución porcentual de emergencia que no ha creado el Congreso de la Nación.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

La facultad que el art. 23 de la ley 25.344 confiere al Poder Judicial de aplicar la ley en el ámbito de su competencia en los aspectos que corresponda debe entenderse referida solo a las cuestiones reglamentarias vinculadas con los capítulos II a IV de la misma, no así al capítulo V concerniente a la consolidación de la deuda pública; por ello, no es potestativo del Poder Judicial someter o no sus obligaciones dinerarias al régimen excepcional de pago establecido en la ley 25.344, por lo que las disposiciones de esta devienen de aplicación inexcusable al caso habida cuenta de su carácter de orden público (art. 16, ley 23.982).

SENTENCIA ARBITRARIA

La falta de coherencia entre los fundamentos y la parte dispositiva del fallo constituye una causal de arbitrariedad pues afecta los derechos de propiedad y de defensa en juicio del apelante.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios esgrimidos por la parte demandada suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía, en tanto se halla en tela de juicio la validez e interpretación de normas de carácter federal y de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión final es contraria al derecho invocado por la parte recurrente (art. 14, incs. 1° y 3° de la ley 48).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Según surge de fs. 303/304, los jueces de la Corte Suprema se excusaron de intervenir en esta causa, y a fs. 310 ordenaron correr vista al señor Procurador General de la Nación, en los términos del art. 33, inc. a), punto 5, de la ley 24.946.

Toda vez que dicho magistrado y sus sustitutos legales también se excusaron de intervenir en estos autos, porque se encuentra en tela de juicio el alcance de la intangibilidad de las remuneraciones de los

jueces de la Nación y la misma garantía rige para miembros del Ministerio Público, según lo prevén los arts. 120 de la Constitución Nacional y 12 de la ley 24.946, he sido designado para actuar en la causa en los términos del art. 11 de la ley recién citada.

Ese nombramiento se ha mantenido aun después de que la doctora Alejandra Gils Carbó fuera designada Procuradora General de la Nación luego de la renuncia al cargo del doctor Esteban Righi en razón de que ella también se excusó de intervenir en la causa por las mismas razones, e igual conducta adoptó la Procuradora Fiscal subrogante María Alejandra Cordone Rosello, actualmente a cargo del área de Derecho privado de la Procuración General de la Nación.

En tal carácter y en cumplimiento de los deberes que surgen del precepto constitucional y de las correspondientes de la ley 24.946 (art. 33), en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad por los que debe velar el Ministerio Público Fiscal, a continuación me pronuncio sobre los temas que se suscitan en estos autos.

-II-

Hecha La aclaración precedente, cabe referir que contra la sentencia de fs. 214/217 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso Administrativo Federal (Sala II, integrada por conjuces) que, al confirmar parcialmente la decisión de la instancia anterior, condenó al Estado Nacional a pagar a los herederos del actor (Adolfo María Repetto) las diferencias salariales devengadas durante el período comprendido entre octubre de 1986 y marzo de 1987 inclusive, así como las que se produjeron desde el 1° de octubre de 1991 en adelante, sin quita alguna, con más intereses y en efectivo, la demandada dedujo el recurso extraordinario de fs. 254/274, que fue concedido por hallarse en tela de juicio la interpretación de la garantía constitucional de la intangibilidad de la remuneración de los magistrados y el alcance de leyes federales aplicables al caso y haber sido la decisión final contraria al derecho que fundó en ellas el apelante (v. fs. 295).

-III-

En cuanto aquí interesa, la demandada critica la sentencia recurrida porque en ella se reconocieron diferencias salariales correspondientes a períodos posteriores al 1° de abril de 1991 sin haberse declarado la inconstitucionalidad de la ley 23.928, la cual veda toda actualización monetaria con posterioridad a aquella fecha, y sin que

se hubiera demostrado la efectiva existencia de un desfasaje en las remuneraciones devengadas durante ese período.

También cuestiona que se haya admitido la demanda sin tener en cuenta que desde la entrada en vigencia de la ley 23.928, es la Corte Suprema de Justicia de Nación la encargada de fijar las remuneraciones de los jueces, por lo que sería un contrasentido admitir que ese Tribunal viola la garantía de intangibilidad prevista por el art. 110 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, se agravia porque cámara no ordenó una quita al monto que resulte de la sentencia -tal como lo hizo V.E. en la causa "Vilela"- ni aplicó al caso ley de consolidación (ley 23.982), cuyas disposiciones -recordó- son de orden público.

Finalmente, se explaya acerca de la manera en que, a su criterio, debían ser actualizadas las sumas reconocidas en la sentencia, cuestionando la utilización del índice del mes anterior al de aquel que se pretende repotenciar.

-IV-

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible, porque en autos se encuentra en tela de juicio la interpretación y alcance que cabe otorgar a la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados consagrada en el art. 110 de la Constitución Nacional, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa al derecho que el apelante funda en aquella cláusula constitucional, tal como lo establece el art. 14, inc. 3° de la ley 48 (Fallos: 307:2174; 313:344 y 1371; 319:1331 y 1352).

-V-

En primer lugar, cabe señalar que ninguno de los agravios del Estado Nacional se dirige a cuestionar reconocimiento, por parte del *a quo*, de la existencia de una violación a la garantía de intangibilidad de las remuneraciones del actor (que se desempeñó como juez de primera instancia desde el 9 de octubre de 1984 hasta su fallecimiento, denunciado en autos en octubre de 1993, v. fs. 96) durante el período que va desde octubre de 1986 hasta marzo de 1987 inclusive, por lo cual ese aspecto de la sentencia ha quedado fuera del alcance de la instancia revisora de V.E.

-VI-

Despejado lo anterior, cabe señalar como lo hace el pronunciamiento recurrido (v. fs. 214), que el actor renunció a todo reclamo por aplicación del art. 96 de la Constitución Nacional -actual art. 110- desde el 1° de abril de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1991, según surge del convenio agregado a fs. 37/40 (v. cláusula novena), que las partes celebraron en el marco de lo dispuesto por el decreto 1770/91 por medio del cual el Poder Ejecutivo Nacional reconoció una indemnización por el incumplimiento de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales a todos los magistrados nacionales que se hubieren desempeñado como tales en el período comprendido entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990.

Entonces, la cuestión a decidir en el *sub examine* se circunscribe a determinar si hubo una violación de la garantía de intangibilidad de la compensación que recibió el actor durante el período comprendido entre octubre de 1991 y julio de 1993, último mes en el que habría percibido un sueldo, según surge de la propuesta de acuerdo presentada por la administradora de su sucesión (v. fs. 102).

A tales fines, desde mi punto de vista, la base remuneratoria que corresponde considerar para determinar la existencia de la mentada transgresión a la garantía del art. 110 de la ley Fundamental, es la que quedó conformada a partir de la incorporación, al sueldo del actor, del suplemento mensual creado por la acordada 56/91 del Tribunal, aunque con el carácter remunerativo y bonificable que le reconoció la acordada 11/93, regularización que -según lo expresó V.E., por resolución 998/93- no constituyó, en esencia, incremento alguno de las remuneraciones.

Así lo pienso, ya que el actor no ha alegado en esta causa que su remuneración, así conformada, incumpliera la garantía de intangibilidad consagrada por el entonces art. 96 de la Constitución Nacional.

-VII-

En cuanto a los principios fundamentales que ha sentado el Alto Tribunal en materia de intangibilidad de las compensaciones de los jueces, me remito a la reseña que realicé en mi dictamen del 29 de diciembre de 2011, *in re* A. 1095, L. XLIV, “Aparicio Ana Beatriz y otros c/ E.N. - CSJN - Consejo Magistratura - Art. 110 s/ empleo público” (v. acápites V y VI).

Me interesa resaltar aquí, por ser de particular interés para el presente caso, que -según la doctrina de esta Corte- la garantía de la

intangibilidad consagrada por el art. 110 de la constitución Nacional resulta afectada cuando, por los efectos causados por la inflación, se produce un ostensible deterioro de la remuneración (Fallos: 307:2174 y 308:1932) que excede las meras fluctuaciones normales o corrientes y produce un menoscabo significativo (Fallos: 313: 1311), cuya comprobación requiere ponderar prolongados períodos en los que el salario real -en valores constantes- podrá experimentar altibajos propios de las circunstancias, pero deberá mantener, en su globalidad, la intangibilidad querida por el texto constitucional sin perjuicio de admitir un cierto desfase mensual que no incida con entidad significativa en el aspecto patrimonial de la garantía en cuestión (Fallos: 314:749; 319:1352, entre Otros).

-VIII-

En el caso, se trata de un periodo que abarca casi dos años -desde octubre de 1991 hasta julio de 1993-, es decir, tiene una extensión mayor al considerado por Corte en el caso “Bonorino Peró” (v. Fallos: 307:2174, considerandos 13 y 14), por lo que entiendo que queda satisfecho el requisito temporal exigido por la jurisprudencia sentada por V.E. con relación al objeto de esta *litis*.

En cuanto a la variación de precios acaecida durante ese lapso, aunque ello no ha sido materia de prueba en la causa, cabe recordar que los índices que miden dicha fluctuación son públicos y de fácil acceso, por lo que constituyen un extremo que no puede ser ignorado al decidir el caso sin renunciar conscientemente a impartir justicia bajo el criterio de la verdad jurídica objetiva (Fanos: 330:4216 y sus citas).

En ese sentido, se advierte que según el índice de precios al consumidor -nivel general- que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) en su página de Internet (www.indec.gov.ar) se produjo, entre octubre de 1991 y julio de 1993 (al considerar el índice correspondiente a dichos meses) , una variación del 25,69%.

De lo anteriormente expuesto resulta, a mi modo de ver, que la intensidad del deterioro que sufrieron las compensaciones que percibió el actor después de octubre de 1991 excede lo que podría considerarse una fluctuación normal o corriente.

Sentado lo anterior, entiendo que las cuestiones debatidas en el *sub lite* resultan sustancialmente análogas a las examinadas en mi dictamen de la causa “Aparicio” citada en el acápite anterior, a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse por razones de brevedad en lo que fuere pertinente.

-IX-

Finalmente, toda vez que en la sentencia recurrida no se especificó el índice a considerar para actualizar las diferencias salariales reconocidas con relación al período comprendido entre octubre de 1986 y marzo de 1981, considero que la argumentación de la demandada tendiente a demostrar la inadmisibilidad de utilizar el índice del mes anterior a aquel en que se devengó cada diferencia salarial resulta prematura, ya que los perjuicios que alega son conjeturales e hipotéticos por tratarse de un punto que aún no fue considerado por las instancias inferiores.

Opino, por lo tanto, que el recurso extraordinario que dedujo la demandada es formalmente admisible, y que corresponde confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 6 de diciembre de 2012. *Agustín Gordillo*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Repetto, Adolfo María c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/ empleo público”.

Considerando:

1º) Que, el 2 de agosto de 1991, el actor, juez de la Nación, promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Justicia) reclamando el pago de las diferencias no prescriptas entre las remuneraciones que percibió desde el mes de mayo de 1984 y las que, a su entender, debió percibir si se las ajustaba, por medio del índice de precios al consumidor del INDEC. Todo ello, con los intereses que correspondieran hasta el efectivo pago.

Para fundar su pretensión, invocó la doctrina de esta Corte que sostiene que la Constitución Nacional prohíbe de manera absoluta que la compensación de los magistrados sea disminuida “en manera alguna”.

2º) Que el juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, ordenando ajustar las remuneraciones del actor. A tales efectos, dividió en períodos el reclamo y, desde esa perspectiva: (a)

consideró prescriptos los comprendidos entre el juramento del actor y el mes de octubre de 1986; (b) admitió el reclamo entre los meses de octubre de 1986 y mayo de 1987, ambos inclusive, por aplicación de la doctrina de los precedentes “Bonorino Perú”, “Perugini”, “Durañona y Vedia”, “Brieba”, “Grieben” y “Almeida Hansen” de esta Corte; (c) indicó que no se adeudaba suma alguna por el período comprendido entre abril de 1987 y octubre de 1990, en virtud del acuerdo celebrado con el Ministerio de Justicia –decr. 1770/91-; (d) admitió el reclamo por el período comprendido entre octubre de 1990 y abril de 1991; y (e) rechazó la pretensión respecto del período posterior al mes de abril de 1991, por considerar que la ley 23.928 vedaba toda posibilidad de actualización monetaria.

Asimismo, indicó que debía determinarse a valores constantes la remuneración del actor durante el período comprendido entre octubre de 1986 y marzo de 1991, por medio de la aplicación del índice de precios al consumidor (nivel general) del INDEC y que, tomando como parámetro la mayor remuneración, habrían de ajustarse las restantes aplicando el mismo índice, con un interés del 6% mensual. Impuso las costas en el orden causado, en atención a las circunstancias del caso.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, confirmó la sentencia apelada, salvo en lo referente a las remuneraciones posteriores al mes de abril de 1991, respecto de las cuales admitió el planteo de la demandada. Además fijó los intereses, a partir del 1° de octubre de 1991, a la tasa pasiva promedio a la que se refiere el art. 8 del decreto 941/91, e impuso las costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4°) Que contra esa decisión, se alzó el Estado Nacional por medio del recurso extraordinario obrante a fs. 254/274, que fue contestado por la actora a fs. 286/294 y concedido por la Sala a fs. 295.

Allí, el demandado sostuvo que: (a) la sentencia resulta arbitraria, por cuanto existen contradicciones entre sus considerandos, en los que acoge varios de sus planteos, y lo decidido en la parte dispositiva, en la que dichas reflexiones no se ven reflejadas; (b) debió aplicarse al caso la ley 23.928, de convertibilidad, que veda la actualización monetaria a partir del 1° de abril de 1991, o bien declarar su inconstitucionalidad, lo que no ocurrió; (c) el reclamo es improcedente a partir de la sanción

de la ley 23.853, de autarquía judicial, puesto que la remuneración fue fijada, desde ese entonces, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y sería un contrasentido admitir que esta puede violar la garantía de intangibilidad; (d) debió aplicarse sobre el crédito reconocido una quita del 8% sobre cada diferencia mensual, de acuerdo a lo establecido por la Corte en el precedente “Vilela”; (e) se omitió incluir el crédito en el régimen de la ley 23.982, de consolidación de la deuda pública, que es de orden público y cuya aplicación no puede ser obviada excepto declaración de inconstitucionalidad; (f) la fórmula empleada por los jueces para la actualización conduce a un resultado desproporcionado y la depreciación posterior a abril de 1991 no se encuentra acreditada.

5°) Que los agravios esgrimidos por la parte demandada suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía, en tanto se halla en tela de juicio la validez e interpretación de normas de carácter federal y de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión final es contraria al derecho invocado por la parte recurrente (art. 14, incs. 1° y 3° de la ley 48).

Asimismo, atento a que los planteos vinculados con la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con los referentes a la inteligencia de aquellas normas, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 308:1076; 314:1460; 322:3154; 330:2206, entre muchos otros).

6°) Que, en primer término, corresponde señalar que asiste razón al presentante en cuanto afirma que existe una discrepancia entre los fundamentos de la sentencia recurrida y su parte resolutive.

En efecto, en el considerando II de la decisión de la mayoría se indicó que “...*existe un error en la sentencia recurrida por cuanto ella incluye dos meses (los de abril y mayo de 1987) que se encontraban comprendidos en los términos del decreto 1770/91. Es por ello que en este punto, cabe adelantar que corresponde modificar la sentencia y excluir de los meses reconocidos los de abril y mayo de 1987*” (fs. 214/214 vta.).

Por otra parte, el mismo considerando II indica que “...*por el período posterior al 31 de octubre de 1990 y hasta el 31 de marzo de 1991 entiende la demandada que no corresponde acceder a la acción en la medida que al tiempo de suscribir el convenio correspondiente al*

decreto 1770/91 el actor declaró renunciar a todo reclamo de recomposición salarial por el período comprendido entre el 1 de abril de 1987 y el 30 de septiembre de 1991, como lo reconoce, por lo demás, la propia accionante a fs. 151 vta. En tales términos resulta claro que la demanda no puede prosperar y debe revocarse la sentencia en cuanto reconoce derecho al accionante por el período posterior al 31 de octubre de 1990 y hasta el 31 de marzo de 1991” (fs. 214 vta.).

Asimismo, en el considerando IV se indicó que correspondía “... desestimar el agravio de la demandada en cuanto pretende la determinación sobre la base del ‘salario familiar’ y ‘escolaridad’ y determinar que los cálculos deberán efectuarse con la consideración de los rubros ‘bonificación por antigüedad’ y ‘permanencia en el cargo’” (fs. 215 vta.).

Luego, en relación a la tasa de interés del 6% mensual aplicada por el juez de grado, indicó en el considerando V que “...no puede sino considerarse (de conformidad con el Estado Nacional) que tal tasa no es sino producto de un mero error y que debe entenderse que es del 6% anual...” (fs. 215 vta.).

Sin embargo, ninguna de estas objeciones al fallo de primera instancia se vieron reflejadas en la parte resolutive de la sentencia, en la que solo se dispuso “...confirmar la sentencia de primera instancia, salvo en lo referente a la determinación de las remuneraciones apuntada en el considerando VII...” (fs. 217).

De manera que, se advierte en el *sub examine* una falta de coherencia entre los fundamentos y la parte dispositiva del fallo que constituye una causal de arbitrariedad pues afecta los derechos de propiedad y de defensa en juicio del apelante (Fallos: 296:241; 303:1169; 311:264; 314:1633; 315:2395; 317:465 y 324:1584, entre muchos otros).

7°) Que, si bien lo expuesto justificaría que el Tribunal dejase sin efecto la sentencia impugnada y ordenase el dictado de un nuevo pronunciamiento por la instancia anterior, no es posible soslayar al prolongado trámite al que ha dado lugar la sustanciación de este proceso y el tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos (fs. 298 vta.) hasta la conformación del tribunal (fs. 347). Por ello, evidentes razones de economía procesal, así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido

proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una decisión judicial que ponga fin a la controversia, aconsejan que esta Corte proceda a dictar sentencia definitiva sobre el mérito de la pretensión.

8º) Que, en razón de ello, corresponde señalar que la demanda solo resulta procedente respecto de los períodos comprendidos entre los meses de octubre de 1986 y marzo de 1987 inclusive, cuyo reconocimiento por parte del *a quo* no fue materia de agravio de la demandada.

En efecto, los períodos anteriores al mes de octubre de 1986 fueron declarados prescriptos por el juez de grado, sin que tal aspecto del fallo haya sido materia de impugnación por parte de la actora, por lo que no cabe reconocer suma alguna por este lapso.

En cuanto a los períodos comprendidos entre el 1º de abril de 1987 y el 30 de septiembre de 1991, no es posible soslayar que el actor suscribió un acuerdo con el Ministerio de Justicia de la Nación (decreto 1770/91), renunciando a todo reclamo de recomposición salarial por ese lapso (cláusula novena del acuerdo agregado a fs. 37/40). Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por la propia demandante en su memorial de agravios ante la cámara (confr. fs. 151 vta.).

Finalmente, y en lo que se refiere al reclamo de diferencias por los períodos posteriores al mes de septiembre de 1991, esta Corte ha decidido que ellas resultan inadmisibles al decidir, en la causa “Álvarez, Gladys Stella y otros” (Fallos: 342:1847), voto de la mayoría y concurrente de la conjueza María Rosa Caballero, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, corresponde remitir por razón de brevedad.

9º) Que, en cuanto a la base de cálculo y la forma en que debe liquidarse el crédito por los períodos admitidos los planteos de la demandada no han arrimado elementos suficientes que permitan descalificar lo decidido por el juez de grado sobre el punto.

10) Que en relación a la tasa de interés aplicable, se reputa razonable aplicar una tasa de interés puro del 6% anual, de conformidad con lo decidido en los precedentes “Vilela” (Fallos: 313:1371); “Bergna” (Fallos: 314:749); “Grieben” (Fallos: 314:760) y “Carbone” (Fallos: 314:881).

11) Que, en lo que se refiere al pedido de una quita del 8% sobre cada diferencia mensual reconocida, este Tribunal en el precedente “Ojea Quintana” (Fallos: 319:1331) ha señalado que no corresponde arbitrar en una sentencia reducción alguna de la remuneración adeudada a los jueces basándose en motivos de “solidaridad social”, ya que ello significa lisa y llanamente atribuirse por el Poder Judicial facultades legislativas, al postular una contribución porcentual de emergencia que no ha creado el Congreso de la Nación.

12) Que, como ha señalado este Tribunal en el precedente “Herrera de Gutiérrez” (Fallos: 330:2584), la facultad que el art. 23 de la ley 25.344 confiere al Poder Judicial de aplicar la ley “en el ámbito de su competencia en los aspectos que corresponda” debe entenderse referida solo a las cuestiones reglamentarias vinculadas con los capítulos II a IV de la misma, no así al capítulo V concerniente a la consolidación de la deuda pública. Por ello, no es potestativo del Poder Judicial someter o no sus obligaciones dinerarias al régimen excepcional de pago establecido en la ley 25.344, por lo que las disposiciones de esta devienen de aplicación inexcusable al caso habida cuenta de su carácter de orden público (art. 16, ley 23.982).

En razón de ello, la deuda ha de ser incluida y liquidada dentro del régimen de consolidación de deuda dispuesto por la ley 23.982.

Por todo lo expuesto, y oído el señor Procurador General subrogante, se declara admisible el recurso extraordinario federal y se revoca parcialmente la sentencia apelada con el alcance que surge de los párrafos precedentes. Costas de todas las instancias en el orden causado, habida cuenta de la complejidad de la cuestión y la importancia institucional del planteo y su resolución, así como que la parte actora pudo haber razonablemente considerado tener derecho a su reclamo. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

BOTANA DIEGO – RIVERA JULIO CESAR – TORRES VERONICA NIDIA – CABALLERO MARIA ROSA.

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, parte demandada, representado por el Dr. Norberto S. Bisaro.

Traslado contestado por Adolfo María Repetto, parte actora, representado por el Dr. Alejandro J. Villanueva.

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

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

**ARÁOZ, RAMÓN ÁNGEL Y OTROS S/ HOMICIDIO AGRAVADO
POR EL VÍNCULO CONYUGAL POR ENSAÑAMIENTO Y MEDIANDO
VIOLENCIA DE GÉNERO**

SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

Toda vez que existen dos resoluciones sucesivas contradictorias, en la primera se sostiene que los elementos colectados no alcanzan para el dictado de una decisión desincriminante y conclusiva que demande certeza y sin solución de continuidad se convalida el auto de sobreseimiento que resuelve lo contrario a lo ordenado, corresponde su descalificación en tanto la contradicción de criterio entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes.

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

SOBRESEIMIENTO

El sobreseimiento del imputado luego de la revocación de su procesamiento, sin haberse incorporado y valorado nuevos elementos de convicción y sin que las circunstancias hubieran cambiado, deviene arbitrario porque se dictó sin haberse alcanzado el grado de certeza negativa exigido por la ley procesal para el auto conclusivo.

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

IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es una categoría normativo-valorativa y, como tal, le corresponde determinarla exclusivamente a los jueces y a tal propósito el peritaje psicológico psiquiátrico, es un elemento de relevante pero no excluyente.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Si al revocar el procesamiento, en la etapa de juicio, la duda conduce a la absolución en virtud de los principios de inocencia y favor rei, y la vacilación intelectual es incompatible con cualquier resolución de índole desincriminante y conclusiva que demande certeza como el sobreseimiento durante la instrucción; para que proceda un auto de ese carácter lo decisivo es que sea evidente que se pueda negar con certeza la existencia del delito, por ello, resulta descalificable la decisión de la cámara, cuya revisión frustró el a quo arbitrariamente, al declarar erróneamente concedida la apelación de la querrela por entender que la resolución impugnada constituye la ejecución de lo decidido y que acceder a su pretensión conduciría a la afectación de los principios de progresividad y preclusión.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Adolecen de un injustificado rigor formal aquellas sentencias que son fruto de una sobredimensión del instituto de la preclusión procesal al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario contra la sentencia que rechazó la queja por la apelación denegada contra la resolución que entendió que no se hallaban presentes los extremos necesarios para dictar el procesamiento, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

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

DOBLE INSTANCIA

Si bien la garantía al doble conforme se encuentra constitucionalmente asegurada sólo en beneficio de inculpado cabe hacer excepción respecto del acusador cuando -como en el caso- las leyes la establezcan específicamente.

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

DEBIDO PROCESO

Todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento - civil o criminal - de que se trate.

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

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Los derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia reconocidos en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8°, inciso 1°, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2°, inciso 3°, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquieren mayor entidad en la especie en la medida que dicho resguardo resulta especialmente exigible en tanto se le imputa al acusado haberle arrojado alcohol y prendido fuego a su esposa, quien falleció como consecuencia de ese acto, calificándose el hecho como homicidio agravado por el vínculo, por ensañamiento y mediando violencia de género; en estos supuestos, la protección de los derechos constitucionales que asisten a las víctimas en general está especialmente garantizada por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres.

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

SUPERIORES TRIBUNALES DE PROVINCIA

Todo pleito radicado ante la justicia provincial, en el que se suscitan cuestiones federales, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de fenecer ante el órgano máximo de la judicatura local, pues los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprenden puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes federales y los tratados internacionales, por lo que cabe concluir en que las decisiones que son idóneas para ser resueltas por la Corte nacional no pueden ser excluidas del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la provincia.

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

SUPERIORES TRIBUNALES DE PROVINCIA

Si bien las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local que se interponen ante ellos no son, en principio, revisables en la instancia del artículo 14 de la ley 48, y que la tacha de arbitrariedad a su respecto es especialmente restrictiva, dicha regla puede ceder cuando lo resuelto conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

La doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y de derecho común y procesal, a través de los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente, tampoco para abrir una tercera instancia para debatir temas no federales ni para la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien el planteo remite al examen de cuestiones de hecho y a la interpretación y aplicación de normas de carácter procesal provincial, privativas de la justicia local y ajenas como regla y por su naturaleza a la instancia federal, se configura un claro supuesto de arbitrariedad normativa que habilita la consideración de los agravios por la vía extraordinaria, en la medida que lo resuelto encuentra fundamento en una exégesis inadecuada de la norma aplicable que la desvirtúa y torna inoperante, extremo que se traduce en una restricción intrínseca del derecho de defensa por privar de un legítimo medio procesal de impugnación ante la justicia.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes rechazó la queja deducida por el querellante por recurso de casación denegado, oportunamente interpuesto contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal que declaró erróneamente concedida la apelación contra el sobreseimiento de R A en orden al delito de homicidio agravado por el vínculo conyugal, por ensañamiento y mediando violencia de género.

Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario el querellante que fue declarado inoficioso por el incumplimiento de los recaudos establecidos en el artículo 3° (incisos b, d y e) de la Acordada 4/2007 y dio origen a la presente queja (fs. 45/53, 54/55 y 57/61).

-II-

Surge de las actuaciones que la juez procesó a A por el delito de homicidio triplemente agravado, por el vínculo conyugal, por ensañamiento y mediando violencia de género. Su defensa apeló la decisión, que fue revocada por la cámara (resolución n° 345). Devueltas las actuaciones, la magistrada dictó el sobreseimiento del nombrado a tenor del artículo 336, inciso 3°, del código procesal de la provincia y dispuso, como medida de seguridad, su alojamiento con tratamiento médico en

una institución psiquiátrica local. La decisión fue apelada por la querrela. La cámara, por mayoría, declaró que el recurso fue erróneamente concedido por entender que la resolución impugnada “constituye la ejecución de lo decidido”, que el recurrente pretendía una revisión sin que las circunstancias hubieran cambiado y que la eventual aceptación de su planteo implicaría otra revocación y, en ese caso, sería afectada la defensa y se generaría “un verdadero *regressus in infinitum* con menoscabo de los principios de progresividad y preclusión”.

En su recurso de casación la querrela planteó que como consecuencia del arbitrario alcance atribuido a la resolución n° 345 se vulneró el derecho de defensa de las víctimas (los hijos del imputado y de la víctima del homicidio) y el debido proceso. Afirmó que con invocación del principio *in dubio pro reo* y aún pendientes de producción diversas pruebas, la magistrada sobreseyó al imputado en forma prematura y conculcó el derecho de la querrela. Adujo que si bien en el auto que revocó el procesamiento se mencionó, con base en informes del perito psiquiatra de la policía, la probabilidad de que A en el momento del hecho no haya tenido la capacidad de comprender la criminalidad del acto ni de dirigir sus acciones, no se le indicó a la juez que dictara el sobreseimiento, máxime cuando se señaló que resultaba imposible “la formulación de un juicio de acriminación pero también cualquier resolución de índole desincriminante y conclusivo que demande certeza”. Asimismo, enumeró una serie de irregularidades que invalidarían el citado peritaje e indicios que confutarían la conclusión del perito (comunicaciones telefónicas de Ar con su abogado defensor). Puso de resalto que el único juez que desarrolló los fundamentos en la resolución que revocó el procesamiento (los otros adhirieron a su voto), se expidió a favor de la admisibilidad de la apelación.

La cámara declaró inadmisibile el recurso de casación por considerar que la decisión no era impugnabile por esa vía en la medida que estuvo fundada en la resolución n° 345, “auto éste que se halla firme y consentido por las partes” y el recurrente no demostró la flagrante vulneración de una garantía constitucional que habilitare la competencia del Superior Tribunal.

El *a quo* compartió el criterio de la cámara y rechazó la queja por recurso de casación denegado.

-III-

En su apelación extraordinaria el querellante fundó su agravio en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

Afirmó que, con menoscabo de derechos constitucionales, el *a quo* limitó en forma arbitraria la materia sometida a su conocimiento al ceñirla al examen del auto que denegó el recurso de casación cuando la cuestión esencial remitía al alcance de la decisión que revocó el procesamiento, la cual no podía interpretarse como una orden de sobreseimiento dirigida a la juez de grado. A fin de sustentar su posición reiteró la línea argumental de su recurso de casación. Así, citó extractos de la resolución n° 345, entre otros, donde se expresa la imposibilidad de formular un juicio de acriminación como uno desincriminante y conclusivo que demande certeza y que la incertidumbre tiene distintas consecuencias según la etapa del proceso (absolución o la falta de mérito). Señaló que tanto al momento de dictarse el auto que revocó el procesamiento como el del sobreseimiento existían pruebas pendientes de producción, situación que menoscabó el derecho de defensa de las víctimas y que el único juez que desarrolló sus argumentos en la citada resolución fue quien luego se pronunció a favor de la admisibilidad de la apelación mientras que sus pares, que entonces adhirieron a su voto, se expidieron por la negativa, como consecuencia de otorgarle a aquélla un alcance ilegítimo.

En el mismo orden, destacó que oportunamente el fiscal dictaminó a favor de la admisibilidad de la queja por recurso de casación denegado al entender que “recién” el sobreseimiento cristalizó el agravio de la querella.

Por todo ello consideró que no había precluido el debate sobre el sobreseimiento y que, en consecuencia, debió admitirse la apelación y, en su caso, el recurso de casación.

Aclaró que no pretendía un reexamen de cuestiones fácticas, sino el estudio integral de las resoluciones judiciales anteriores para determinar si comportaron la finalización injustificada del proceso, con agravio a la pretensión acusadora de la querella.

Por otra parte, expuso que al denegar arbitrariamente su jurisdicción el *a quo* vulneró el derecho constitucional al doble conforme.

En definitiva, concluyó que la decisión impugnada violenta las garantías consagradas en el artículo 18 de la Constitución Nacional al no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, y conlleva una renuncia consciente a la verdad jurídica por excesivo rigor formal.

-IV-

Es doctrina del Tribunal que las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia

o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local que se interponen ante ellos no son, en principio, revisables en la instancia del artículo 14 de la ley 48, y que la tacha de arbitrariedad a su respecto es especialmente restrictiva (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:5416 y Fallos: 307:819, 308:174). Empero, la regla puede ceder cuando lo resuelto conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 339:864, 337:1361, entre muchos).

Asimismo, ha señalado que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y de derecho común y procesal, a través de los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente, tampoco para abrir una tercera instancia para debatir temas no federales ni para la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 311:1950; 324:3421 y dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 339:1066).

Estimo que el *sub judice* es uno de los supuestos de excepción que justifican la intervención del Tribunal.

-V-

La arbitrariedad alegada por la querrela, tuvo su génesis en el auto de la cámara que declaró mal concedido el recurso de apelación contra el sobreseimiento por entender -la mayoría- que constituía la ejecución de lo antes resuelto por ese tribunal de alzada. Esa arbitrariedad no fue reparada, por el contrario, fue consolidada por las resoluciones posteriores, de la cámara al declarar inadmisibile el recurso de casación, y del tribunal *a quo* al rechazar la queja por casación denegada y luego declarar inoficioso el recurso extraordinario federal.

En la resolución n° 345 que revocó el procesamiento de A el juez que desarrolló sus fundamentos expuso que “si se alega inimputabilidad debe comprobarse su ‘inexistencia’ para descartarla, porque si su ‘existencia’ es probable (como en este caso) o cierta, debe ser admitida y se vuelve operativo el principio ‘*favor rei*’... Es que la declaración de inculpabilidad por inimputabilidad debe tomar en consideración el estado del sujeto al momento del hecho; y es precisamente la falta

de conclusión acabada de aquellas circunstancias lo que provoca la insuperada indecisión del intelecto y estabiliza la incertidumbre respecto de la reprochabilidad del injusto... Por lo tanto, estimo que los elementos cognitivos resultantes de las averiguaciones realizadas no alcanzan para sostener la plena vigencia del reproche, al menos con el grado de convicción requerido en la instancia... La vacilación intelectual obsta a la formulación de un juicio de acriminación, pero también, de cualquier resolución de índole desincriminante y conclusiva que demande certeza... Considero que el procesamiento, como acto jurisdiccional que refuerza la sujeción procesal del imputado, requiere la vehemente presunción de verosimilitud en cuanto al contenido del acto imputativo, de manera tal que no quede sospechas fundadas de haberse incurrido en un error... Por lo tanto, en orden a los influjos garantizadores del principio de inocencia y la operatividad específica de su corolario principal, el beneficio de la duda... no procede sino desestimar el mérito de la acusación” (fs. 10 vta./11). En virtud de esas consideraciones -a las que adhirieron los otros vocales- la cámara resolvió revocar el auto de procesamiento de A por el delito de homicidio triplemente agravado.

El querellante afirmó que no se desprendía de esa resolución que la juez debía sobreseer -como lo hizo- al imputado.

Si bien el planteo remite al examen de cuestiones de hecho y a la interpretación y aplicación de normas de carácter procesal provincial, privativas de la justicia local y ajenas como regla y por su naturaleza a la instancia federal -como se desarrollará en el apartado siguiente- se configura un claro supuesto de arbitrariedad normativa que habilita la consideración de los agravios por la vía elegida, en la medida que lo resuelto encuentra fundamento en una exégesis inadecuada de la norma aplicable que la desvirtúa y torna inoperante (Fallos: 321:793), extremo que se traduce en una restricción intrínseca del derecho de defensa por privar de un legítimo medio procesal de impugnación ante la justicia (Fallos: 305:2040).

Asimismo, en el *sub judice* existen dos resoluciones sucesivas contradictorias, en la primera se sostiene que los elementos colectados no alcanzan para el dictado de una decisión “desincriminante y conclusiva que demande certeza” y sin solución de continuidad se convalida el auto de sobreseimiento que resuelve lo contrario a lo ordenado, situación que ha sido descalificada por la doctrina de ese Tribunal, que establece que “la contradicción de criterio entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia,

que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:608).

-VI-

En efecto, al señalar la cámara en su primera intervención que “los elementos cognitivos resultantes de las averiguaciones realizadas no alcanzan para sostener la plena vigencia del reproche, al menos con el grado de convicción requerido en la instancia”, evaluó que no estaban reunidos los extremos requeridos para el procesamiento del imputado en tanto el artículo 303 del código procesal local establece que deberá ordenarse la medida “siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo”, mientras que, por su parte, el artículo 306, que prevé la falta de mérito, dispone que cuando “no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare, sin perjuicio de proseguir la investigación”.

El juez que había fundamentado la revocación del procesamiento, al examinar luego el sobreseimiento a tenor del artículo 336, inciso 3º, del código ritual con motivo de la apelación de la querrela, calificó a la resolución de “equivocada e infundada, ya que no ha interpretado adecuadamente el razonamiento y conclusión indicados en nuestra anterior intervención donde resulta claro que la decisión correcta era el dictado del auto de FALTA DE MERITO -art. 306 del C.P.P.- en función de la aplicación del art. 4to. del C.P.P. ‘in dubio pro reo’ al no ser concluyente la prueba que acredite fehacientemente la ‘inimputabilidad del imputado’ al momento del hecho en los términos requeridos por el art. 34 inc. 1ro. del Código Penal, sino ser ‘seriamente probable’ tal cual lo indican las constancias psiquiátricas de autos. Así pues, y en virtud que aquel auto no desvincula totalmente del proceso al imputado, ni cierra la investigación, estimo que deberá continuarse las pesquisas promovidas por las partes...” (resaltado original, fs. 26/vta.).

Es pertinente señalar que de acuerdo al régimen procesal provincial, el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta y procede “cuando sea evidente: ... 3) que media una causa de inimputabilidad, exculpación o justificación, o una excusa absolutoria” (arts. 335 y 336, inc. 3º).

En aquel pronunciamiento, la cámara consideró probable la inimputabilidad de A sobre la base del informe del perito psiquiátrico de la policía (cuya validez ha sido puesta en cuestión por la querella). Al respecto, cabe señalar que la imputabilidad es una categoría normativo-valorativa y, como tal, le corresponde determinarla exclusivamente a los jueces y a tal propósito el peritaje psicológicopsiquiátrico, es un elemento de relevante pero no excluyente.

En esas condiciones el sobreseimiento del imputado luego de la revocación de su procesamiento, sin haberse incorporado y valorado nuevos elementos de convicción -"sin que las circunstancias hubieran cambiado", como lo admite la mayoría de la cámara al declarar mal concedida la apelación- deviene arbitrario, como postula el recurrente, porque se dictó sin haberse alcanzado el grado de certeza negativa exigido por la ley procesal para el auto conclusivo. Las evidencias colectadas hasta ese momento, aunque insuficientes para procesarlo o sobreseerlo, eran adecuadas para mantenerlo vinculado al proceso. Si, como se había considerado al revocar el procesamiento, en la etapa de juicio la duda conduce a la absolución en virtud de los principios de inocencia y *favor rei*, y "la vacilación intelectual" es incompatible con "cualquier resolución de índole desincriminante y conclusiva que demande certeza" como el sobreseimiento durante la instrucción (art. 336, inc. 3°); para que proceda un auto de ese carácter lo decisivo es que "sea evidente" que se pueda negar con certeza la existencia del delito.

Por ello, resultaba descalificable el criterio de la mayoría de la cámara, cuya revisión frustró el *a quo* arbitrariamente, al declarar erróneamente concedida la apelación de la querella por entender que la resolución impugnada "constituye la ejecución de lo decidido" y que acceder a su pretensión conduciría a la afectación de los principios de progresividad y preclusión (fs. 26/27). A este respecto, es oportuno mencionar que V.E. consideró en Fallos: 341:1965 que "adolecen de un injustificado rigor formal aquellas sentencias que son fruto de una sobredimensión del instituto de la preclusión procesal al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad".

Posteriormente, la cámara declaró inadmisibile el recurso de casación por juzgar que su decisión no era impugnabile por esa vía en la medida que estuvo fundada en la resolución n° 345, "auto éste que se halla firme y consentido por las partes" (fs. 34 vta.), criterio que fue compartido por el Superior Tribunal de justicia al rechazar la queja (fs. 43 vta.).

Según aprecio, la citada resolución no había resuelto directa ni indirectamente sobre el fondo de la cuestión, por lo que el vencimiento del término para impugnarla al que implícitamente se alude no conlleva el efecto preclusivo que se postula. En efecto, la decisión sólo revocó el procesamiento y el tenor de su contenido indicaba el dictado de un auto de falta de mérito, que tampoco pone fin a la cuestión en debate (art. 306 del código procesal de la provincia) ni causa un agravio que sería de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior. Es por ello que de acuerdo al artículo 494 del código procesal local, la resolución n° 345 no era impugnabile mediante recurso de casación en tanto establece que: “podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”.

Distinto habría sido el caso si la cámara hubiera ordenado el sobreseimiento porque entonces podría alegarse que, configurado ya el agravio, el posterior recurso de la querrela contra el auto conclusivo dictado por la juez habría sido irremediabilmente tardío.

Así, al no haber puesto fin a la cuestión en debate ni en forma expresa ni implícita, la resolución n° 345 no generaba un agravio de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior que eventualmente podría haber habilitado el recurso de casación y, en su caso, la vía extraordinaria federal. En otros términos, no se verificó en el sub judice la situación examinada por V.E. *in re* “Taranto” donde -salvo la mejor interpretación que de sus propios precedentes pueda hacer la Corte- se estableció que el pronunciamiento impugnabile mediante recurso federal es la decisión que de modo definitivo adjudica la cuestión en disputa, y no la sentencia que se dicta tras la conclusión del procedimiento de reenvío ordenado en esa misma decisión (cf. CSJ 101/2012 (48-T)/CS1, “Taranto, Jorge Eduardo s/ causa n° 14.969”, sentencia del 12 de mayo de 2015).

En particular, estimo aplicable al caso lo expuesto en Fallos: 318:1266, donde se consideró que el recurso extraordinario contra la sentencia que rechazó la queja por la apelación denegada contra la resolución que entendió que no se hallaban presentes los extremos necesarios para dictar el procesamiento, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Si bien lo hasta aquí expuesto basta para sostener la procedencia de la vía intentada y descalificar lo resuelto, corresponde por último hacer referencia al restante planteo de la querrela, referido al menoscabo del derecho constitucional al doble conforme.

Si bien esa garantía se encuentra constitucionalmente asegurada sólo en beneficio de inculpado (conf. doctrina de Fallos: 318:514 y 320:2145), el Tribunal ha hecho excepción respecto del acusador cuando -como en el caso- las leyes la establezcan específicamente (Fallos: 327:608, ya citado, apartado VI del dictamen de esta Procuración General a cuyos fundamentos remitió la sentencia, y sus citas).-

En tal sentido, también ha resuelto que el adecuado respeto al debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales, al reglamentarlo, establezcan según la naturaleza de las causas (considerando 8° de Fallos: 320:2145, recién citado). Sin perjuicio de ello, cabe recordar que es doctrina consolidada de la Corte que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate (Fallos: 268:266; 297:491; 321:3322; 324:4135, entre otros).

Según mi opinión, los antecedentes expuestos muestran que en el *sub judice* se ha efectuado una inteligencia de la ley local aplicable que condujo al menoscabo de la garantía constitucional al debido proceso que, con el alcance indicado, ampara a la querrela.

Sus derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia reconocidos en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8°, inciso 1°, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2°, inciso 3°, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquieren mayor entidad en la especie en la medida que dicho resguardo resulta especialmente exigible en tanto se le imputa a A haberle arrojado alcohol y prendido fuego a su esposa, quien falleció como consecuencia de ese acto, calificándose el hecho como homicidio agravado por el vínculo, por ensañamiento y mediando violencia de género. En estos supuestos, la protección de los derechos constitucionales que asisten a las víctimas en general está especialmente garantizada por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres (del dictamen de

la Procuración General al cual remitió la Corte Suprema en la causa CSJ 3171/2015/RH1 “Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”, resuelta el 27 de febrero de 2020).

En consecuencia, al vedarse infundadamente en la instancia local el análisis de los agravios federales planteados por el recurrente, que a la vez involucran la materia convencional aludida, estimo que corresponde aplicar la doctrina de Fallos: 317:938 donde el Tribunal estableció que “todo pleito radicado ante la justicia provincial, en el que se suscitan cuestiones federales, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de fenecer ante el órgano máximo de la judicatura local, pues los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprenden puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes federales y los tratados internacionales, por lo que cabe concluir en que las decisiones que son idóneas para ser resueltas por esta Corte nacional no pueden ser excluidas del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la provincia”.

-VII-

En definitiva, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 6 de julio de 2020. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte querellante en la causa Aráoz, Ramón Ángel y otros s/ homicidio agravado por el vínculo conyugal por ensañamiento y mediando violencia de género”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General de la Nación interin obrantes en el dictamen que antecede, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el fallo apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por **Matías Alejandro Aráoz y Sebastián Nicanor Aráoz, constituidos como parte querellante**, con la representación del **Dr. Juan Manuel Cubilla Podestá**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Juzgado de Instrucción nº 5, ambos de la Provincia de Corrientes**.

CAAMAÑO, ANALÍA c/ EN – M° JUSTICIA – DNRPA - RS 27-
IV-09 (EXpte. 138768/03) Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

Corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del inciso d del artículo 2° del decreto 644/89 -reglamentario del decreto-ley 6582/58- que fija la edad de 60 años como límite máximo para ser propuesto como Encargado de Registro por parte de la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios, toda vez que nada dice sobre la falta de justificación del límite de edad para ser designado como Encargado del Registro de la Propiedad Automotor, circunstancia que según los jueces de la cámara torna irrazonable la reglamentación.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

La mera formulación del principio presunción de legitimidad del decreto 644/89 es insuficiente para refutar las razones dadas por la alzada para declarar su inconstitucionalidad, máxime si se tiene en cuenta que

para la cámara la discriminación por edad no es una categoría sospechosa, con lo cual no se invirtió la presunción de constitucionalidad de la norma reglamentaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es inadmisibile si no rebata los argumentos de la sentencia de cámara en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma a que se refiere el artículo 15 de la ley 48; exigencia que supone que 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.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

La condición de no superar los 60 años de edad para poder ser designado Encargado Titular de un Registro no complementa ni se ajusta al espíritu del Régimen Jurídico del Automotor instrumentado en el decreto-ley 6582/58, ni sirve -razonablemente- a la finalidad perseguida por cuanto en ese precepto solo se establece como recaudo general para ocupar y permanecer en dicha función la idoneidad y buena conducta del funcionario, aspectos que sirven para garantizar la eficacia del servicio registral encomendada y que -lógicamente- no pueden relacionarse con la edad de quien ejerza la función (Disidencia del juez Maqueda).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es inconstitucional el artículo 2°, inciso d, del decreto 644/89 - en cuanto fija la edad de 60 años como límite máximo para ser propuesto como Encargado de Registro por parte de la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios-, pues altera sustancialmente el régimen jurídico del automotor importando un exceso reglamentario que vulnera los límites constitucionales de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional al establecer una limitación de edad máxima sin pautas o razones que lo justifiquen (Disidencia del juez Maqueda).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es inconstitucional el artículo 2º, inciso d, del decreto 644/89 - en cuanto fija la edad de 60 años como límite máximo para ser propuesto como Encargado de Registro por parte de la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios-, pues altera sustancialmente el régimen jurídico del automotor importando un exceso reglamentario que vulnera los límites constitucionales de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional, sin que obste a tal conclusión las previsiones de la ley 25.164 (Marco de Regulación de Empleo Público Nacional), en tanto debe recordarse que si bien los Encargados de Registro revisten el carácter de funcionarios públicos ello no significa que se encuentren en una relación de empleo público con el Estado Nacional (Disidencia del juez Maqueda).

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

Del marco normativo - decreto-ley 6582/58, decreto 644/89 y resolución 238/03 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos- resulta que la exigencia de no superar la edad máxima de 60 años para ser designado Encargado Titular de un Registro Seccional de la Propiedad Automotor solo se encuentra contemplada en el artículo 2º, inciso d, del decreto 644/89 (Disidencia del juez Maqueda).

DECRETO REGLAMENTARIO

La sola circunstancia de que un decreto incurriere en temas no regulados expresamente por la norma que reglamenta no lo convierte, automáticamente, en inconstitucional (Disidencia del juez Maqueda).

DECRETO REGLAMENTARIO

La potestad reglamentaria reconocida al Poder Ejecutivo Nacional en el artículo 99, inciso 2º, de la Constitución Nacional 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 esta (Disidencia del juez Maqueda).

DECRETO REGLAMENTARIO

El exceso reglamentario solo 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, vulnerando de tal modo la jerarquía normativa establecida por la Ley Fundamental (Disidencia del juez Maqueda).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Caamaño, Analía c/ EN – M° Justicia – DNRPA - RS 27-IV-09 (expte. 138768/03) y otro s/ proceso de conocimiento”.

Considerando que:

1°) La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la anterior instancia que había declarado la inconstitucionalidad del inciso d del artículo 2° del decreto 644/89 –reglamentario del decreto-ley 6582/58– que fija la edad de 60 años como límite máximo para ser propuesto como Encargado de Registro por parte de la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios y, en consecuencia, anuló las resoluciones administrativas por las cuales se dejó sin efecto la propuesta de designación de la actora para el mencionado cargo en el Registro Seccional de la ciudad de Santo Tomé, Provincia de Corrientes.

Para así decidir, sobre la base de lo dispuesto en la ley 23.592 y en el precedente de esta Corte “Franco, Blanca Teodora” (Fallos: 325:2968), la cámara estimó que la norma reglamentaria citada era inconstitucional pues implicaba una vulneración al artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional y consagraba una distinción basada en la edad que carece de sustento racional, en violación a los artículos 16 y 28 de la Constitución. Adicionalmente, refutó lo alegado por el Estado Nacional al expresar agravios acerca de la inexistencia de un derecho adquirido de la actora a ser designada en el cargo propuesto por considerar que no fue un tema tratado en la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en lo que se refiere al control de constitucionalidad de oficio, la cámara afirmó que la Corte lo había admitido en el precedente “Rodríguez Pereyra” (Fallos: 335:2333) y que fue ejercido en un caso concreto. Agregó que la tacha constitucional no requería formulación solemne y que la actora planteó la cuestión de la discriminación por edad en su escrito inicial.

2º) El Estado Nacional cuestionó el pronunciamiento mediante recurso extraordinario, que fue concedido por encontrarse debatida la interpretación de normas federales y denegado en lo relativo a la tacha de arbitrariedad.

Los agravios pueden resumirse de la siguiente forma: a) el decreto 644/89 es un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad que no ha sido desvirtuada; b) no hubo vulneración del artículo 99, inciso 2º, de la Constitución Nacional pues el acto administrativo anulado se basó en lo dispuesto en el decreto 644/89; y c) no es procedente la declaración de la inconstitucionalidad de oficio.

3º) A juicio de esta Corte el recurso extraordinario es inadmisibles pues no rebate los argumentos de la sentencia de cámara en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma a que se refiere el artículo 15 de la ley 48. Dicha exigencia supone que 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 (ver Fallos: 310:2376; 327:2406, 4622; 328:3922; 329:1191 y 331:563).

En efecto, el recurso extraordinario nade dice sobre la falta de justificación del límite de edad para ser designado como Encargado del Registro de la Propiedad Automotor, circunstancia que según los jueces de la cámara torna irrazonable la reglamentación. La ausencia de cuestionamiento sobre este aspecto central de la decisión recurrida justifica el rechazo de la presentación efectuada por la demandada.

4º) Del mismo modo, los agravios que sí fueron formulados por la demandada tampoco satisfacen mínimamente la carga argumental que pesa sobre quien pretende un pronunciamiento de la Corte en instancia extraordinaria.

En lo que se refiere a la presunción de legitimidad del decreto 644/89 el recurso extraordinario no contiene, en rigor, una crítica al fallo apelado dado que el propio recurrente admite que esa presunción es relativa. La mera formulación del principio es insuficiente, por ende, para refutar las razones dadas por la alzada en esta cuestión -máxime si se tiene en cuenta que para la cámara la discriminación por edad no es una categoría sospechosa, con lo cual no se invirtió la presunción de constitucionalidad de la norma reglamentaria-.

En cuanto a la vulneración del inciso 2° del artículo 99 de la Constitución Nacional, la demandada desenfoca los fundamentos dados por la cámara, que en consonancia con lo resuelto en primera instancia, consideró que el límite etario previsto en el decreto 644/89 constituía un exceso reglamentario. El hecho de que el acto administrativo individual haya sido dictado de conformidad con las previsiones de dicho decreto no afecta la conclusión de la sentencia en este punto pues no es eso lo que se ha descalificado con fundamento en la referida norma constitucional.

Finalmente, en lo que respecta a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, el recurrente reitera punto por punto los argumentos desarrollados al expresar agravios sin realizar crítica alguna de las razones dadas por la cámara para decidir como lo hizo.

En virtud de lo expuesto y oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima el recurso extraordinario interpuesto. Sin costas a favor de la actora toda vez que su contestación fue declarada extemporánea. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS
MAQUEDA

Considerando:

1°) Que la escribana Analía Caamaño interpuso demanda contra el Estado Nacional - Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Hu-

manos -Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor (DNRPA)- a fin de obtener la declaración de nulidad de la resolución dictada el día 24 de abril de 2009 por el Director Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios. Mediante ese acto, se dejó sin efecto su propuesta de designación oportunamente formulada en el procedimiento concursal sustanciado para ocupar el cargo de Encargada Titular del Registro Nacional de Propiedad Automotor de Santo Tomé, Provincia de Corrientes, por haber superado el límite de 60 años de edad requerido en el artículo 2º, inciso d, del decreto 644/89 -reglamentario del Régimen Jurídico del Automotor- para acceder al mencionado cargo.

2º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del juez de primera instancia que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del mencionado artículo 2º, inciso d, del decreto 644/89.

Para decidir de esa forma, y con apoyo en el criterio de este Tribunal registrado en Fallos: 325:2968, la cámara subrayó que la motivación expresada en los considerandos del decreto 644/89 resultaba genérica y no proporcionaba elementos que permitieran evaluar las razones que habían llevado a establecer la referida limitación etaria. Resaltó que el Régimen Jurídico del Automotor, contemplado en el decreto-ley 6582/58, no preveía una edad máxima para permanecer en la función de Encargado de Registro por lo que, quienes desempeñaban esas funciones, se encontraban habilitados para continuar en sus cargos mientras mantuvieran su idoneidad y la buena conducta y solo podían ser removidos mediante las causales taxativamente enumeradas en el artículo 36. Entendió –por lo tanto- que la limitación establecida en la norma constituía un exceso reglamentario que vulneraba el artículo 99, inciso 2º de la Constitución Nacional al tiempo que consagraba una distinción basada en la edad que carecía de sustento racional, en violación a los artículos 16 y 28 de la Constitución Nacional. Concluyó –entonces- que el acto administrativo que había dejado sin efecto la designación de la actora, apoyado en dicho precepto legal, se encontraba viciado en su objeto y causa.

3º) Que contra dicha decisión la demandada interpuso el recurso extraordinario que fue concedido por encontrarse en juego la interpretación de normas de naturaleza federal y denegado en lo atinente a la arbitrariedad invocada (fs. 349/350).

En lo sustancial, el Estado Nacional argumenta que el acto administrativo impugnado gozaba de presunción de legitimidad, y que fue dictado con apoyo en el decreto 644/89.

4°) Que el recurso extraordinario, en la medida en que ha sido concedido, resulta procedente en razón de que se ha cuestionado en el caso la constitucionalidad e interpretación de normas federales y la decisión del *a quo* ha sido contraria a su validez (artículo 14 de la ley 48).

Cabe agregar que, según reiterada jurisprudencia, en la tarea de esclarecer la inteligencia de normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por las de las partes sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 322:1726; 323:1566; 338:628 y sus citas, entre muchos otros).

5°) Que el Régimen Jurídico del Automotor y de los Registros Seccionales dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios se encuentra establecido en el decreto-ley 6582/58 -ratificado por la ley 14.467 (t.o. decreto 4560/73) y sus modificatorias leyes 21.053, 21.338, 22.019, 22.130, 22.977, 23.077, 23.261, 24.673, 24.721, 25.232, 25.345, 25.677 y 26.348- y es el que regula en forma específica la actividad.

En lo que se refiere a los encargados de registro, dicha norma establece que ellos “*serán designados y removidos por el Poder Ejecutivo a propuesta de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, y permanecerán en sus cargos mientras mantengan su idoneidad y buena conducta.*”

Podrán ser removidos, previa instrucción de sumario con audiencia del interesado por las siguientes causas: a) Abandono del servicio sin causa justificada; b) Falta grave de respeto al superior o al público; c) Ser declarado en concurso civil o quiebra, salvo que concurren circunstancias atendibles; d) Inconducta notoria; e) Delito que no se refiera a la Administración Pública, cuando el hecho sea doloso y de naturaleza infamante; f) Falta grave que perjudique material o moralmente a la Administración Pública; g) Delito contra la Administración Pública; h) Incumplimiento de órdenes legales; i)

Negligencia manifiesta o faltas reiteradas en el cumplimiento de sus funciones; j) Indignidad moral.

Además, podrán ser removidos cuando se resuelva la supresión del cargo que desempeñan” (confr. artículo 36).

6°) Que en el precepto no se establece condición alguna para la designación como Encargado de Registro Seccional. Ellas son fijadas en su decreto reglamentario 644/89, en cuyo artículo 2° se dispone que “La designación de Encargados de Registro se hará a propuesta de la DIRECCIÓN NACIONAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS, quien previamente comprobará la acreditación de los siguientes requisitos:

a) Ser argentino, nativo o naturalizado con más de cuatro años de ejercicio de la ciudadanía;

b) Tener título de abogado, escribano, contador público o idoneidad para la función, en la forma que establezca la DIRECCIÓN NACIONAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS, según se trate de Registros Seccionales de la Propiedad del Automotor o de Créditos Prendarios;

c) Tener aptitud psicofísica para la función a desempeñar;

d) Ser mayor de edad y no tener más de sesenta años;

e) No estar comprendido en impedimento alguno que le imposibilite el ingreso a la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL”.

7°) Que, finalmente, la resolución 238/03 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (que regula el procedimiento para la designación de los Encargados Titulares de Registros Seccionales de la Propiedad Automotor) en su artículo 10 dispone que “Para poder ser inscriptos como postulantes, los interesados deberán acreditar que reúnen las condiciones previstas en el artículo 2° del Decreto N° 644/89”.

8°) Que del marco normativo descripto resulta que la exigencia de no superar la edad máxima de 60 años para ser designado Encargado Titular de un Registro Seccional de la Propiedad Automotor solo se encuentra contemplada en el artículo 2°, inciso d, del decreto 644/89.

9°) Que cabe entonces considerar si el Poder Ejecutivo Nacional al dictar esa previsión se ha limitado a completar el decreto-ley 6582/58 (ratificado por la ley 14.467) en un aspecto no sustancial o si, por el contrario, ha alterado la letra o el espíritu de la norma que pretende reglamentar, vulnerando de esa manera, los límites de la competencia derivada del artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional.

10) Que la sola circunstancia de que un decreto incursione en temas no regulados expresamente por la norma que reglamenta no lo convierte, automáticamente, en inconstitucional. Conforme las pautas establecidas desde antiguo por este Tribunal, la potestad reglamentaria reconocida al Poder Ejecutivo Nacional en el artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional 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 esta (Fallos: 190:301; 202:193; 237:636; 249:189; 308:682; 316:1239; 325:645; 330:2255; 337:149; 341:1390, entre otros).

Es que el exceso reglamentario solo 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, vulnerando de tal modo la jerarquía normativa establecida por la Ley Fundamental (Fallos: 318:1707; 322:1318 y 327:4932, entre otros).

11) Que a la luz de tal principio, dicha hipótesis se encuentra configurada en la especie, puesto que en base a considerar que resultaba necesario completar el régimen de designación de los encargados de registro, el decreto 644/89 estableció ese límite etario, restringiendo sustancialmente los derechos de quienes pretenden postularse para ocupar dicha función.

En efecto, corresponde precisar que la condición de no superar los 60 años de edad para poder ser designado Encargado Titular de un Registro no complementa ni se ajusta al espíritu del Régimen Jurídico del Automotor instrumentado en el decreto-ley 6582/58, ni sirve –razonablemente- a la finalidad perseguida por cuanto en ese precepto solo se establece como recaudo general para ocupar y permanecer en dicha función la idoneidad y buena conducta del funcionario, aspectos que sirven para garantizar la eficacia del servicio registral encomendada y que –lógicamente- no pueden relacionarse con la edad de quien ejerza la función.

En otras palabras, el decreto no se limitó a adicionar un recaudo formal que los postulantes pueden procurar cumplir sino que, definitivamente, modificó las condiciones exigidas por la ley para aspirar a ocupar el cargo.

12) Que, en consecuencia, corresponde concluir en que el artículo 2º, inciso d, del decreto 644/89 altera sustancialmente el régimen jurídico mencionado importando un exceso reglamentario que vulnera los límites constitucionales de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional al establecer una limitación de edad máxima sin pautas o razones que lo justifiquen.

13) Que en nada obsta a lo señalado las provisiones de la ley 25.164 (Marco de Regulación de Empleo Público Nacional) pues debe recordarse que si bien los Encargados de Registro revisten el carácter de funcionarios públicos ello no significa que se encuentren en una relación de empleo público con el Estado Nacional.

Tal criterio es el que surge de Fallos: 333:1133 y 336:844 en los que se dejó claro que la aplicación a los encargados de registro del régimen de incompatibilidades establecidas en los decretos 8566/61, 9677/61 y 894/01 no respondía a la existencia de un vínculo de esa naturaleza sino al amplio ámbito de aplicación de las normas que establecían el referido sistema de incompatibilidades, el que excedía la mera relación de empleo.

En particular, en esos precedentes, se citó el alcance otorgado por el decreto 2265/94 al artículo 1º del decreto 644/89 en cuanto definió que la función del Encargado de Registro “no constituye relación de empleo, y ésta se regirá en los aspectos orgánico funcionales por las

normas del presente decreto y las que al efecto dicte el Ministerio de Justicia y la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios...”.

Esta especial distinción en cuanto al régimen jurídico aplicable también surge de la motivación del aludido decreto 2265/94 en el que se sostuvo que “si bien toda relación de empleo público importa necesariamente dependencia con el Estado, existen otras relaciones de dependencia con éste, fuera del marco del empleo público” y, concretamente, al definir el vínculo que une a los Encargados de Registro con el Estado se señaló que “...constituye una situación claramente diferenciada del empleo público, que justificó que el Poder Ejecutivo Nacional fijara un régimen de dependencia propia y específico para sus Encargados mediante el decreto 644/89”.

Asimismo, y entre las notas distintivas que distinguen la situación de los Encargados de Registro, el Poder Ejecutivo Nacional, en el mismo decreto, subrayó que los registros funcionan en “edificios de propiedad o locados por los Encargados; que éstos perciben un emolumento... que no es estrictamente un salario, ya que comprende su propia retribución y lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento del Registro Seccional, lo que también apareja un régimen previsional particular diferente al propio del empleado público”.

De manera que no es posible sostener que las normas que regulan el empleo público –incluidas las relativas a los requisitos para el ingreso a la Administración Pública– resulten aplicables a los Encargados de Registro que deben regirse –en cambio– por el régimen propio y especialmente diseñado para esta particular función.

Por lo tanto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario parcialmente concedido y, por las razones expuestas, se confirma la sentencia apelada. Sin expresa imposición de costas por no haber mediado actividad válida de la contraria. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional – Ministerio de Justicia**, representado por el **Dr. Juan Manuel González**, con el patrocinio letrado del **Dr. Marcos A. Giangrosso**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1.

CASCO, HÉCTOR ADOLFO S/ EXTRADICIÓN -ART.52

EXTRADICION

El planteo de nulidad esgrimido por la parte requerida en el proceso de extradición en relación a la condena extranjera de primera instancia es inadmisibles toda vez que, respecto de actos jurisdiccionales extranjeros, solamente cabe su toma en consideración a los fines de examinar su oponibilidad en el foro, según los efectos que correspondan.

EXTRADICION

Toda vez que los antecedentes agregados a la causa permiten inferir que, desde un inicio, el requerido manejaba el idioma italiano - lo suficiente- como para permitirle conocer el sentido y alcance de lo actuado en el proceso que culminó con su condena, la mera invocación sobre la existencia de una “barrera idiomática”, con base en la nacionalidad de origen del requerido, no basta, al menos en las circunstancias del caso, para desvirtuar el contenido de tales probanzas, lo que torna inoficioso pronunciarse sobre si, por ese motivo, se configuraría un supuesto de flagrante denegación de justicia con entidad para privar de efectos en sede argentina a ese acto jurisdiccional extranjero.

EXTRADICION

Cabe desestimar la pretensión del requerido de que se aplique la jurisprudencia de la Corte en materia de condenados in absentia con la República italiana, pues la sola invocación de que éste estaba ausente del país requirente al momento en que quedó firme la condena impuesta, no incluye ninguna ponderación -siquiera mínima- por la cual el derecho a estar presente debería reconocer -en la instancia

de apelación del proceso extranjero durante la cual se la invoca como violentada- el alcance que esa parte pretende, máxime en circunstancias en que los antecedentes del caso permiten razonablemente sostener que la ausencia del requerido solo alude a la situación de hecho en que se colocó al trasladarse fuera de la jurisdicción de la República italiana durante esa etapa procesal, pese a que conocía que su puesta en libertad en sede extranjera no tenía ni el contenido ni los alcances que pretende esgrimir.

TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES

Delitos que, como el tráfico ilícito de estupefacientes, afectan a la comunidad de las naciones, requieren razonablemente de un proceso multi-jurisdiccional basado en la cooperación judicial, atento a que, dada la modalidad en que se llevan a cabo, es común la presencia de jurisdicciones concurrentes para juzgar un mismo hecho o tramos típicos de un mismo hecho.

EXTRADICION

Es improcedente el pedido de la República de Italia para que el requerido sea sometido a proceso por los hechos identificados en la Orden de Medida Cautelar, pues la “unidad de juzgamiento” que consagra el artículo 7° inciso “a” del tratado bilateral de extradición con la República de Italia está basada en la prioridad que, en forma exclusiva, quisieron asignarle las Partes Contratantes a la competencia del país requerido con exclusión de la jurisdicción extranjera, aún cuando esta última fuera también competente sobre bases territoriales o extraterritoriales.

EXTRADICION

Es improcedente el pedido de la República de Italia para que el requerido sea sometido a proceso por los hechos identificados en la Orden de Medida Cautelar, pues la afirmación de la competencia, con base en el principio de territorialidad, surge no sólo porque el primer eslabón conocido de la cadena de tráfico aparece situado en la República Argentina al sindicarse al requerido como los “vendedores argentinos” de la sustancia estupefacientes a traficar, sino, además, porque es desde el país que se llevaba a cabo el “retiro material” de la sustancia prohibida a cambio de la entrega material de las sumas de dinero pactadas

y desde donde se concretaba el transporte que incluía la exportación mediante correos que se trasladaban por vía aérea con destino final a la República italiana con miras a su importación allí.

EXTRADICION

Aún cuando la Convención de Palermo -al igual que la de Tráfico Ilícito de Estupefacientes (1988) (“Convención de Viena), aprobada por ley 24.072- no reemplazan ni sustituyen ningún tratado vigente entre la República Argentina e italiana en materia de extradición (artículo 16.7 y artículo 6.5., respectivamente), no puede desatenderse que aquella receptó -con un alcance multilateral el desarrollo progresivo de las relaciones interestatales en la lucha contra el crimen transnacional organizado verificado con posterioridad al tratado bilateral entre ambos estados (Disidencia parcial del juez Maqueda).

EXTRADICION

Es procedente la extradición solicitada por la Republica de Italia con el objeto de que el requerido cumpla con la pena impuesta y para ser sometido a proceso por los hechos identificados en la Orden de Medida Cautelar, pues el Ministerio Público Fiscal no explica cuáles son las posibilidades ciertas y concretas de que su pretensión de afirmar la competencia propia, a esta altura, habilitaría un juzgamiento que cumpla con los criterios de eficiencia y eficacia que deben guiar a una correcta administración de justicia en general y, en especial, teniendo en cuenta el tipo de delito bajo examen - comercialización de estupefacientes- a la luz del marco multilateral comprometido en relación a su aplicación a las particularidades que confluyen en el caso (Disidencia parcial del juez Maqueda).

EXTRADICION

Es procedente la extradición solicitada por la Republica de Italia con el objeto de que el requerido cumpla con la pena impuesta y para ser sometido a proceso por los hechos identificados en la Orden de Medida Cautelar, pues no explica el acusador público de qué modo un fraccionamiento permitiría salvaguardar la debida aplicación del principio de proporcionalidad en el juzgamiento de un “delito grave” como el que reviste el imputado al requerido calificado como tal no solo en la

imputación extranjera sino, además, en los términos de la Convención de Palermo (artículos 2.b., 3.1.b., 3.2. y 2.a. y 5) (Disidencia parcial del juez Maqueda).

EXTRADICION

Es procedente la extradición solicitada por la Republica de Italia con el objeto de que el requerido cumpla con la pena impuesta y para ser sometido a proceso por los hechos identificados en la Orden de Medida Cautelar, pues la jurisdicción extranjera refiere que viene ejerciendo su competencia sobre el acontecimiento histórico en su conjunto, concibiéndolo como una unidad fáctica -de mayor alcance a la que se propicia entablar en el foro- dentro del plan del autor y dada la mayor proximidad de afectación al bien jurídico protegido atento a que la sustancia prohibida era luego revendida en las ciudades de Roma y Palermo, lo que ciertamente coloca al país requirente en mejores condiciones de satisfacer exhaustivamente la necesidad de pena desde una ponderación integral y completa del accionar delictivo comprometido con directo impacto en una aplicación eficaz de la Convención de Palermo (artículo 11.1.) (Disidencia parcial del juez Maqueda).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Casco, Héctor Adolfo s/ extradición– art.52”.

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 9, luego de rechazar el planteo de nulidad esgrimido por la defensa técnica de Héctor Adolfo Casco, declaró procedente su extradición a la República italiana con el objeto de que cumpla con la pena residual de 9 (nueve) años, 9 (nueve) meses y 6 (seis) días de reclusión y la multa impuesta mediante Orden de Ejecución para el Encarcelamiento del 10 de marzo de 2008 como así también para ser sometido a proceso por los hechos identificados como “D”, “E” y “G” en la Orden de Medida Cautelar dictada por el Juez de las Investigaciones Preliminares de Palermo (fs. 982/83 y fundamentos a fs.984/1020).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario la defensa del requerido (fs.1023/1047) que fue concedido a fs.1049 y fundado en esta instancia a fs.1052/1063). A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino solicitó se confirme la sentencia (fs.1071/1078).

3°) Que, para una adecuada comprensión del caso, el Tribunal entendiendo propicio incluir, con carácter previo, una reseña de los antecedentes en que se sustenta el pedido de extradición para que Casco ejecute el saldo de pena antes referido, con origen en la sentencia, dictada el 11 de junio de 2003 por el Juez a cargo de las Investigaciones Preliminares de Palermo, que le impuso la pena a 25 años de prisión y que disminuyó a 16 años y 8 meses, según el trámite de juicio abreviado aplicado (conf. acta obrante a fs.170/187 cuya traducción obra a fs. 84/119). Esa condena fue anulada el 2 de julio de 2004 por la Corte de Apelación del Distrito de Palermo con base en la incompetencia territorial del juzgado interviniente, disponiéndose la transmisión de las actas al ministerio público de Trento por competencia (fs.339/343 traducción al español de original en italiano obrante a fs. 314/319).

4°) Que, al tomar intervención el Juez de Indagación Preliminar del Tribunal Civil y Penal de Trento, mantuvo la detención del requerido mediante la Ordenanza de Custodia Cautelar del 28 de julio de 2004 y avanzó con la audiencia de indagatoria llevada a cabo el 10 de agosto de 2004, en presencia del requerido, su abogada de confianza y con intérprete de la lengua, negándose aquél a declarar. Asimismo, cursó notificación personal en su lugar de detención –el 30 de diciembre de 2004– sobre la fijación de una audiencia preliminar en “cámara de consejo” para que compareciera ante esa judicatura el 24 de febrero de 2005, “mediante entrega de copia en sus manos” junto con el pedido de reenvío a juicio formulado por el fiscal, notificación que también fue cursada a su abogada defensora de confianza (ANEXOS 5, 7, 10 y 11 cuyos originales y sus respectivas traducciones reservados a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

5°) Que, luego de permanecer Héctor Adolfo Casco privado de su libertad en el proceso extranjero desde el 16 de julio de 2001 en que fue detenido en la República italiana, la IV Sección Penal de la Corte Suprema de Casación, mediante resolución del 7 de febrero de 2005, dispuso su excarcelación porque la Ordenanza de Custodia Cautelar de fecha 28 de julio de 2004 dictada por la justicia de Trento no había sido

librada en el plazo legal según la fecha de inicio que debía adoptarse en el marco del conflicto de competencia suscitado entre la justicia de Palermo y la de Trento (conf. fs. 351/362 traducción de su igual en idioma original a fs. 320/325).

Al ser liberado en esa fecha, Casco firmó de *puño y letra* el acta que le comunicaba que había sido “excarcelado por causa diferente a la absolución definitiva” y que tenía “... la obligación de comunicar cambio de domicilio declarado o elegido” y que, en caso de no hacerlo, sería notificado al domicilio de su letrado defensor (conf. ANEXO 8 cuyo original y su respectiva traducción reservada a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

6°) Que, con motivo de no comparecer a la citación del 24 de febrero de 2005 estando ya en libertad y en el país requirente, el juez interviniente de Trento declaró su “contumacia” en esa fecha (ANEXO 13 cuyo original y su respectiva traducción reservada a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

7°) Que, sin perjuicio de lo cual, Casco tramitó ante el Consulado General de la República Argentina en Roma un pasaporte argentino a su nombre que le fue otorgado como “Serie A”, en forma “provisoria”, el día 15 de marzo de 2005, para su regreso al país (fs. 311), lo que tuvo lugar el 21 de marzo de 2005, por vía aérea, procedente del país requirente, según informó la Dirección Nacional de Migraciones a fs. 301.

8°) Que, con posterioridad, la Primera Sección Penal de la Corte Suprema de Casación de la República italiana, el 7 de junio de 2005, en el marco del conflicto de competencia suscitado, revocó la nulidad de la condena otrora dictada y afirmó la competencia territorial de la Corte de Apelación de Palermo para continuar el juicio en sede de impugnación (conf. fs. 344/350 traducción de su igual en idioma original a fs. 316/319).

En esa instancia, se declaró “contumaz” a Casco por no haber comparecido a la audiencia oral en “cámara de consejo” del 28 de noviembre de 2005, ocasión en la cual estuvo “presente” quien venía desempeñándose como su abogada de confianza. Esa misma letrada siguió asistiéndolo -en ese carácter y pese a su ausencia del país requirente- al concurrir a las posteriores audiencias del 23 de diciembre de 2005, 13 de enero de 2006, 26 de enero de 2006, 9 de marzo de 2006,

13 de abril de 2006, 18 de mayo de 2006. Además, mantuvo su calidad de defensora, incluso a pesar de no asistir a las posteriores audiencias de fecha 29 de junio de 2006, 13 de julio de 2006, 28 de septiembre de 2006, 12 de octubre de 2006, 26 de octubre de 2006, 7 de noviembre de 2006, 23 de noviembre de 2006 y 7 de diciembre de 2006, lo que motivó que se le designara a Casco un defensor oficial que estuvo presente (conf. ANEXOS 15 a 29 cuyos originales y sus respectivas traducciones reservados a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

9°) Que, finalmente, en la audiencia del 26 de enero de 2007, la Corte de Apelación de Palermo dictó resolución estando “presente” quien venía desempeñándose como su abogada de confianza (conf. ANEXO 30 cuyo original y su respectiva traducción reservados a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda), luego de tratar y desestimar todas las defensas esgrimidas por la defensora, acogiendo sólo la “petición de reducción de la pena en razón de la disminución de los mínimos previstos por la ley, operada por la Ley 21.2.06 n° 49” (fs. 141).

Ello motivó que la pena quedara determinada en 20 años y 6 meses que, por aplicación del procedimiento de “juicio abreviado”, se fijó en 13 años y 8 meses comprensiva de la de 12 años de prisión por el delito más grave y de 1 año y 8 meses por los delitos conexos unificadas por la continuidad delictiva (conf. acta de fs. 124/144, traducción del original a fs.198/206). Quedó firme -respecto de Héctor Adolfo Casco- el 4 de diciembre de 2007 (conf. fs. 146, 147 y 149, respectivamente e informe de fs. 339/323).

Se aclara que el saldo de pena de 9 años, 9 meses y 6 días de prisión a cumplir en que se sustenta el pedido de extradición, es la resultante del abono de la prisión a la que quedó sometido Casco entre el 16 de julio de 2001 hasta el 8 de febrero de 2005 (3 años, 6 meses y 24 días) y un indulto general aplicado por la ex ley n° 241/06 (4 meses) (fs.458/465 y fs.864).

10) Que, a la luz de esos antecedentes, el planteo de nulidad esgrimido por la parte recurrente en relación a la condena extranjera de primera instancia es inadmisibile toda vez que, respecto de actos jurisdiccionales extranjeros, solamente cabe su toma en consideración a los fines de examinar su oponibilidad en el foro, según los efectos que correspondan (conf. “Weil Levy, Ilan” (Fallos: 329:1938), considerando 12).

11) Que, por lo demás, los antecedentes agregados dan cuenta de un cúmulo de circunstancias –entre las cuales cabe incluir las que refiere el señor Procurador General de la Nación interino en el acápite IV de su dictamen- que permiten inferir que, desde un inicio, el requerido manejaba el idioma italiano -lo suficiente- como para permitirle conocer el sentido y alcance de lo actuado en el proceso que culminó con la condena antes referida.

En tales condiciones, la mera invocación sobre la existencia de una “barrera idiomática”, con base en la nacionalidad de origen del requerido, no basta, al menos en las circunstancias del caso, para desvirtuar el contenido de tales probanzas, lo que torna inoficioso pronunciarse sobre si, por ese motivo, se configuraría un supuesto de flagrante denegación de justicia con entidad para privar de efectos en sede argentina a ese acto jurisdiccional extranjero.

12) Que, en otro orden de ideas, la sola invocación de que Casco estaba ausente del país requirente al momento en que quedó firme la condena impuesta, no incluye ninguna ponderación –siquiera mínima- por la cual el “derecho a estar presente” debería reconocer –en la instancia de apelación del proceso extranjero durante la cual se la invoca como violentada- el alcance que esa parte pretende. Máxime en circunstancias como las del sub lite en que los antecedentes del caso permiten razonablemente sostener que la ausencia del requerido solo alude a la situación de hecho en que se colocó al trasladarse fuera de la jurisdicción de la República italiana durante esa etapa procesal, pese a que conocía que su puesta en libertad en sede extranjera no tenía ni el contenido ni los alcances que pretende ahora esgrimir (considerandos 3° a 9°).

En tales condiciones, cabe desestimar la pretensión de que se aplique al sub lite la jurisprudencia del Tribunal en materia de condenados *in absentia* con la República italiana.

13) Que, por último, cabe señalar que en la sentencia del 15 de junio de 2010, dictada en la causa CSJ 254/2008 (44-R)/CS1 “Reichelt, Víctor Jorge s/ extradición”, el Tribunal se limitó a descalificar el recurso –en definitiva- por falta de fundamentación para dar sustento a un supuesto de “ausencia” con base en una situación de hecho que ni siquiera se había probado y, además, al sólo pretender “asimilar” el “juicio propiamente dicho” con “juicio de apelación (o casación) en segunda

instancia” y derivar de ello consecuencias como la exigencia de una “vista oral” o el derecho a ser “oído”. Ello en modo alguno supuso fijar el alcance y los efectos generales sobre la cuestión de derecho comprometida según interpreta el señor Procurador General de la Nación interino a fs. 1075 del dictamen de fs. 1071/1078.

14) Que, en cuanto al pedido de ampliación de la extradición con base en la Ordenanza de Aplicación de la Medida de Detención en la Cárcel, dictada por el Tribunal de Palermo el 10 de diciembre de 2008, con carácter previo, cabe aclarar que el pedido formal de extradición, introducido el 29 de marzo de 2012, se fundó en la orden de custodia cautelar n° 5604/06 del 10 de diciembre de 2008 (fs. 722) pese a que ya se había dictado la apertura del juicio –el 1° de diciembre de 2009 (fs.953)- y sin que la mayor amplitud que este último reconoce –al agregar en la imputación extranjera el cargo “F” identificado como “H” en aquella orden- pueda quedar incluido en lo que aquí se resuelva (conf. fs.952/955).

15) Que las circunstancias del sub lite son sustancialmente análogas a las ponderadas en la causa CSJ 539/2010 (46-A)/CS1 “Albornoz, Juan Carlos s/ detención preventiva con fines de extradición...”, sentencia del 27 de diciembre de 2012 y, por ende, cabe aplicar en el caso la cláusula del artículo 7° del Tratado de Extradición con la República italiana, aprobado por ley 23.719, según el cual “La extradición no será concedida: a) Si el delito por el cual la extradición fuera solicitada hubiere sido cometido en el territorio de la Parte requerida o fuese considerado como tal según la ley de esta última Parte”.

16) Que ello si se tiene en cuenta que la afirmación de la competencia en las circunstancias del caso, con base en el principio de territorialidad, surge no sólo porque el primer “eslabón” conocido de la cadena de “tráfico” aparece situado en la República Argentina al sindicarse a Casco y a Zubieta como los “vendedores argentinos” de la sustancia estupefacientes a traficar, sino, además, porque es desde aquí que se llevaba a cabo el “retiro material” de la sustancia prohibida a cambio de la “entrega material” de las sumas de dinero pactadas y desde donde se concretaba el “transporte” que incluía la exportación mediante “correos” que se trasladaban por vía aérea con destino final a la República italiana con miras a su importación allí.

17) Que, como ya viene reiteradamente sosteniendo el Tribunal en diversas oportunidades, delitos que, como el tráfico ilícito de estupe-

facientes, afectan a la comunidad de las naciones, requieren razonablemente de un proceso multijurisdiccional basado en la cooperación judicial (Fallos: 323:3055, considerando 4°), atento a que, dada la modalidad en que se llevan a cabo, es común la presencia de jurisdicciones concurrentes para juzgar un mismo hecho o tramos típicos de un mismo hecho (Fallos: 330:261 “Cabrera”, considerando 16 y voto de la jueza Argibay, considerando 10).

18) Que la “unidad de juzgamiento” que consagra el artículo 7° inciso “a” del tratado bilateral que rige el caso está basada en la prioridad que, en forma exclusiva, quisieron asignarle las Partes Contratantes a la “competencia” del país requerido con exclusión de la jurisdicción extranjera, aún cuando esta última fuera también competente sobre bases territoriales o extraterritoriales.

19) Que el *a quo* sorteó esa regla convencional con base en los “injustos resultados” a los que conduciría el rechazo de la extradición con ese sustento y propició la aplicación supletoria de los artículos 5° y 23 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal n° 24.767 ya que, según entendió, se configuran los dos supuestos que –de acuerdo al último de esos preceptos legales- habilitan a dar curso al pedido de extradición.

20) Que, sin embargo, no tuvo en cuenta que la Corte Suprema ya excluyó la aplicación de esa norma de derecho interno al resolver la causa CSJ 215/2009(45-O)/CS1 “Ohannessian Ohannian, Antranig s/ extradición”, sentencia del 8 de febrero de 2011, a cuyos términos cabe remitir en lo pertinente, al interpretar una cláusula sustancialmente análoga a la del *sub lite*, aunque contenida en otro tratado de extradición (considerando 5°).

21) Que, por lo demás, una eficaz aplicación –basada en una adecuada coordinación- del instituto de la “prórroga de la entrega” y de la “entrega temporaria” que contempla el artículo 10 del tratado bilateral aplicable, debería ser suficiente para superar la preocupación que transmite el *a quo* sobre la incidencia que podría tener la declaración de improcedencia de este pedido ampliatorio con la procedencia para la ejecución de la condena (fs.1015).

Por todo lo expuesto, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, el

Tribunal resuelve: I) Confirmar la resolución apelada en cuanto declaró procedente la extradición de Héctor Adolfo Casco a la República italiana con el objeto de que cumpla con la pena residual de 9 (nueve) años, 9 (nueve) meses y 6 (seis) días de reclusión impuesta mediante Orden de Ejecución para el Encarcelamiento del 10 de marzo de 2008 y II) Revocar el auto apelado y declarar improcedente el pedido para ser sometido a proceso por los hechos identificados como “D”, “E” y “G” en la Orden de Medida Cautelar dictada el 10 de diciembre de 2008 por el Juez de las Investigaciones Preliminares de Palermo. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al juez de la causa a sus efectos.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia parcial*) – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS
MAQUEDA

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 9, luego de rechazar el planteo de nulidad esgrimido por la defensa técnica de Héctor Adolfo Casco, declaró procedente su extradición a la República italiana con el objeto de que cumpla con la pena residual de 9 (nueve) años, 9 (nueve) meses y 6 (seis) días de reclusión y la multa impuesta mediante Orden de Ejecución para el Encarcelamiento del 10 de marzo de 2008 como así también para ser sometido a proceso por los hechos identificados como “D”, “E” y “G” en la Orden de Medida Cautelar dictada por el Juez de las Investigaciones Preliminares de Palermo (fs. 982/83 y fundamentos a fs.984/1020).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario la defensa del requerido (fs.1023/1047) que fue concedido a fs.1049 y fundado en esta instancia a fs.1052/1063). A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino solicitó se confirme la sentencia (fs.1071/1078).

3°) Que, para una adecuada comprensión del caso, el Tribunal entiende propicio incluir, con carácter previo, una reseña de los antece-

denes en que se sustenta el pedido de extradición para que Casco ejecute el saldo de pena antes referido, con origen en la sentencia, dictada el 11 de junio de 2003 por el Juez a cargo de las Investigaciones Preliminares de Palermo, que le impuso la pena a 25 años de prisión y que disminuyó a 16 años y 8 meses, según el trámite de juicio abreviado aplicado (conf. acta obrante a fs.170/187 cuya traducción obra a fs. 84/119). Esa condena fue anulada el 2 de julio de 2004 por la Corte de Apelación del Distrito de Palermo con base en la incompetencia territorial del juzgado interviniente, disponiéndose la transmisión de las actas al ministerio público de Trento por competencia (fs.339/343 traducción al español de original en italiano obrante a fs. 314/319).

4°) Que, al tomar intervención el Juez de Indagación Preliminar del Tribunal Civil y Penal de Trento, mantuvo la detención del requerido mediante la Ordenanza de Custodia Cautelar del 28 de julio de 2004 y avanzó con la audiencia de indagatoria llevada a cabo el 10 de agosto de 2004, en presencia del requerido, su abogada de confianza y con intérprete de la lengua, negándose aquel a declarar. Asimismo, cursó notificación personal en su lugar de detención –el 30 de diciembre de 2004- sobre la fijación de una audiencia preliminar en “cámara de consejo” para que compareciera ante esa judicatura el 24 de febrero de 2005, “mediante entrega de copia en sus manos” junto con el pedido de reenvío a juicio formulado por el fiscal, notificación que también fue cursada a su abogada defensora de confianza (ANEXOS 5, 7, 10 y 11 cuyos originales y sus respectivas traducciones reservados a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

5°) Que, luego de permanecer Héctor Adolfo Casco privado de su libertad en el proceso extranjero desde el 16 de julio de 2001 en que fue detenido en la República italiana, la IV Sección Penal de la Corte Suprema de Casación, mediante resolución del 7 de febrero de 2005, dispuso su excarcelación porque la Ordenanza de Custodia Cautelar de fecha 28 de julio de 2004 dictada por la justicia de Trento no había sido librada en el plazo legal según la fecha de inicio que debía adoptarse en el marco del conflicto de competencia suscitado entre la justicia de Palermo y la de Trento (conf. fs. 351/362 traducción de su igual en idioma original a fs. 320/325).

Al ser liberado en esa fecha, Casco firmó de *puño y letra* el acta que le comunicaba que “había sido excarcelado por causa diferente a la absolución definitiva” y que tenía “... la obligación de comunicar

cambio de domicilio declarado o elegido” y que, en caso de no hacerlo, sería notificado al domicilio de su letrado defensor (conf. ANEXO 8 cuyo original y su respectiva traducción reservada a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

6°) Que, con motivo de no comparecer a la citación del 24 de febrero de 2005 estando ya en libertad y en el país requirente, el juez interviniente de Trento declaró su “contumacia” en esa fecha (ANEXO 13 cuyo original y su respectiva traducción reservada a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

7°) Que, sin perjuicio de lo cual, Casco tramitó ante el Consulado General de la República Argentina en Roma un pasaporte argentino a su nombre que le fue otorgado como “Serie A”, en forma “provisoria”, el día 15 de marzo de 2005, para su regreso al país (fs. 311), lo que tuvo lugar el 21 de marzo de 2005, por vía aérea, procedente del país requirente, según informó la Dirección Nacional de Migraciones a fs. 301.

8°) Que, con posterioridad, la Primera Sección Penal de la Corte Suprema de Casación de la República Italiana, el 7 de junio de 2005, en el marco del conflicto de competencia suscitado, revocó la nulidad de la condena otrora dictada y afirmó la competencia territorial de la Corte de Apelación de Palermo para continuar el juicio en sede de impugnación (conf. fs. 344/350 traducción de su igual en idioma original a fs. 316/319).

En esa instancia, se declaró “contumaz” a Casco por no haber comparecido a la audiencia oral en “cámara de consejo” del 28 de noviembre de 2005, ocasión en la cual estuvo “presente” quien venía desempeñándose como su abogada de confianza. Esa misma letrada siguió asistiéndolo -en ese carácter y pese a su ausencia del país requirente- al concurrir a las posteriores audiencias del 23 de diciembre de 2005, 13 de enero de 2006, 26 de enero de 2006, 9 de marzo de 2006, 13 de abril de 2006, 18 de mayo de 2006. Además, mantuvo su calidad de defensora, incluso a pesar de no asistir a las posteriores audiencias de fecha 29 de junio de 2006, 13 de julio de 2006, 28 de septiembre de 2006, 12 de octubre de 2006, 26 de octubre de 2006, 7 de noviembre de 2006, 23 de noviembre de 2006 y 7 de diciembre de 2006, lo que motivó que se le designara a Casco un defensor oficial que estuvo presente (conf. ANEXOS 15 a 29 cuyos originales y sus respectivas traducciones reservados a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda).

9°) Que, finalmente, en la audiencia del 26 de enero de 2007, la Corte de Apelación de Palermo dictó resolución estando “presente” quien venía desempeñándose como su abogada de confianza (conf. ANEXO 30 cuyo original y su respectiva traducción reservados a fs.942 y fs. 958, respectivamente, corren por cuerda), luego de tratar y desestimar todas las defensas esgrimidas por la defensora, acogiendo solo la “petición de reducción de la pena en razón de la disminución de los mínimos previstos por la ley, operada por la Ley 21.2.06 n° 49” (fs. 141).

Ello motivó que la pena quedara determinada en 20 años y 6 meses que, por aplicación del procedimiento de “juicio abreviado”, se fijó en 13 años y 8 meses comprensiva de la de 12 años de prisión por el delito más grave y de 1 año y 8 meses por los delitos conexos unificadas por la continuidad delictiva (conf. acta de fs. 124/144, traducción del original a fs.198/206). Quedó firme -respecto de Héctor Adolfo Casco- el 4 de diciembre de 2007 (conf. fs. 146, 147 y 149, respectivamente e informe de fs. 339/323).

Se aclara que el saldo de pena de 9 años, 9 meses y 6 días de prisión a cumplir en que se sustenta el pedido de extradición, es la resultante del abono de la prisión a la que quedó sometido Casco entre el 16 de julio de 2001 hasta el 8 de febrero de 2005 (3 años, 6 meses y 24 días) y un indulto general aplicado por la ex ley n° 241/06 (4 meses) (fs.458/465 y fs.864).

10) Que, a la luz de esos antecedentes, el planteo de nulidad esgrimido por la parte recurrente en relación a la condena extranjera de primera instancia es inadmisibile toda vez que, respecto de actos jurisdiccionales extranjeros, solamente cabe su toma en consideración a los fines de examinar su oponibilidad en el foro, según los efectos que correspondan (conf. “Weil Levy, Ilan” (Fallos: 329:1938), considerando 12).

11) Que, por lo demás, los antecedentes agregados dan cuenta de un cúmulo de circunstancias –entre las cuales cabe incluir las que refiere el señor Procurador General de la Nación interino en el acápite IV de su dictamen- que permiten inferir que desde un inicio el requerido manejaba el idioma italiano lo suficiente como para permitirle conocer el sentido y alcance de lo actuado en el proceso que culminó con la condena antes referida.

En tales condiciones, la mera invocación sobre la existencia de una “barrera idiomática”, con base en la nacionalidad de origen del requerido, no basta, al menos en las circunstancias del caso, para desvirtuar el contenido de tales probanzas, lo que torna inoficioso pronunciarse sobre si, por ese motivo, se configuraría un supuesto de flagrante denegación de justicia con entidad para privar de efectos en sede argentina a ese acto jurisdiccional extranjero.

12) Que, en otro orden de ideas, la sola invocación de que Casco estaba ausente del país requirente al momento en que quedó firme la condena impuesta, no incluye ninguna ponderación –siquiera mínima- por la cual el “derecho a estar presente” debería reconocer –en la instancia de apelación del proceso extranjero durante la cual se la invoca como violentada- el alcance que esa parte pretende. Máxime en circunstancias como las del sub lite en que los antecedentes del caso permiten razonablemente sostener que la ausencia del requerido solo alude a la situación de hecho en que se colocó al trasladarse fuera de la jurisdicción de la República italiana durante esa etapa procesal, pese a que conocía que su puesta en libertad en sede extranjera no tenía ni el contenido ni los alcances que pretende ahora esgrimir (considerandos 3° a 9°).

En tales condiciones, cabe desestimar la pretensión de que se aplique al *sub lite* la jurisprudencia del Tribunal en materia de condenados *in absentia* con la República italiana.

13) Que, por último, cabe señalar que en la sentencia del 15 de junio de 2010, dictada en la causa CSJ 254/2008 (44-R)/CS1 “Reichelt, Víctor Jorge s/ extradición”, el Tribunal se limitó a descalificar el recurso –en definitiva- por falta de fundamentación para dar sustento a un supuesto de “ausencia” con base en una situación de hecho que ni siquiera se había probado y, además, al sólo pretender “asimilar” el “juicio propiamente dicho” con “juicio de apelación (o casación) en segunda instancia” y derivar de ello consecuencias como la exigencia de una “vista oral” o el derecho a ser “oído”. Ello en modo alguno supuso fijar el alcance y los efectos generales sobre la cuestión de derecho comprometida según interpreta el señor Procurador General de la Nación interino a fs. 1075 del dictamen de fs. 1071/1078.

14) Que, en cuanto al pedido de ampliación de la extradición con base en la Ordenanza de Aplicación de la Medida de Detención en la

Cárcel, dictada por el Tribunal de Palermo el 10 de diciembre de 2008, con carácter previo, cabe aclarar que el pedido formal de extradición, introducido el 29 de marzo de 2012, se fundó en la orden de custodia cautelar n° 5604/06 del 10 de diciembre de 2008 (fs. 722) pese a que ya se había dictado la apertura del juicio –el 1° de diciembre de 2009 (fs.953)- y sin que la mayor amplitud que este último reconoce –al agregar en la imputación extranjera el cargo “F” identificado como “H” en aquella orden- pueda quedar incluido en lo que aquí se resuelve (conf. fs.952/955).

15) Que no es de aplicación al sub lite el artículo 23 de la ley 24.767, tal como ya se resolvió en la causa CSJ 215/2009(45-O/CS1 “Ohannessian Ohannian, Antranig s/ extradición”, sentencia del 8 de febrero de 2011, a cuyos términos cabe remitir en lo pertinente, al interpretar la Corte Suprema una cláusula sustancialmente análoga a la del sub lite aunque contenida en otro tratado de extradición (considerando 5°).

16) Que, sin embargo, ni la parte recurrente ni el Ministerio Público Fiscal se hacen cargo de que el auto apelado, entre otras consideraciones –en definitiva y más allá de la confusión que por momentos se advierte en su línea de argumentación- fue suficientemente claro al sostener la solución del caso en la Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) (“Convención de Palermo”), aprobada por ley 25.632, vigente para ambos Estados, con el fin de evitar la “impunidad” que podría generarse a partir de la aplicación “literal” del artículo 7° del tratado bilateral. Ello a la par que interpretó que se trata de una solución que armoniza con los derechos humanos del requerido y los intereses de la comunidad internacional a no quedar impotente para juzgar serios delitos comunes en el marco del tipo de delitos que está llamada a regular y que obligan a la intensificación de la cooperación internacional.

17) Que, teniendo en cuenta que ese fundamento constituía el elemento diferenciador con respecto a los casos en los que anteriormente se pronunció el Tribunal y a los que refiere el dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, es infundada la pretensión de hacer valer en solitario el artículo 7.a. del tratado bilateral sin ningún tipo de ponderación sobre su interacción con aquel otro instrumento multilateral aplicable al *sub lite*.

18) Que, en efecto, aún cuando la “Convención de Palermo” –al igual que la de Tráfico Ilícito de Estupefacientes (1988) (“Convención de Viena), aprobada por ley 24.072- no reemplazan ni sustituyen ningún tratado vigente entre la República Argentina e italiana en materia de extradición (artículo 16.7 y artículo 6.5., respectivamente), no puede desatenderse que aquella receptó –con un alcance multilateral- el desarrollo progresivo de las relaciones interestatales en la lucha contra el crimen transnacional organizado verificado con posterioridad al tratado bilateral entre ambos estados.

19) Que, en ese contexto, adquiere especial significación que la “determinación de la competencia” sea concebida como uno de los “componentes indispensables” –junto con otros con los que se interrelaciona- de una “estrategia mundial concertada contra la delincuencia grave” (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito -UNODC- División para Asuntos de Tratados “Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, parágrafo 261, Naciones Unidas, Nueva York, 2004. Asimismo, más recientemente, ver UNODC “Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrumentos de evaluación de las necesidades” pág. 36, Naciones Unidas, 2016) ya que afecta directamente a la proporcionalidad de la reacción de un Estado ante los delitos relacionados con drogas en general y ante cada delito y cada delincuente en particular.

20) Que, en forma concordante, los artículos 15.5. en materia de “Jurisdicción” y 21 “Remisión de Actuaciones Penales” de la “Convención de Palermo” constituyen herramientas prácticas que los Estados decidieron facilitarse entre sí para coordinar los procedimientos judiciales en varias jurisdicciones en tanto la mayoría de las dificultades que hay en el ámbito de la cooperación penal internacional parecen ser de carácter operacional y guardan relación con la efectividad de las medidas prácticas existentes para aplicar eficazmente los instrumentos jurídicos en vigor. De allí el aumento de iniciativas destinadas a ampliar y profundizar la cooperación internacional en respuesta a la delincuencia transnacional organizada instando a los Estados Parte a celebrar convenios –incluso bilaterales- que aumenten la eficacia de la extradición y asistencia judicial recíproca, tal como consagran los artículos 16.17. y 18.30 respectivamente de la “Convención de Palermo”, de modo tal de evitar soluciones aisladas y fragmentadas que atenten contra una buena administración de justicia.

21) Que se trata de una cuestión respecto de la cual el Tribunal ya viene advirtiendo desde hace unos años y en diversas oportunidades, al señalar que delitos que, como el tráfico ilícito de estupefacientes, afectan a la comunidad de las naciones, requieren razonablemente de un proceso multijurisdiccional basado en la cooperación judicial (Fallos: 323:3055, considerando 4°), atento a que, dada la modalidad en que se llevan a cabo, es común la presencia de jurisdicciones concurrentes para juzgar un mismo hecho o tramos típicos de un mismo hecho (Fallos: 330:261 “Cabrera”, considerando 16 y voto de la jueza Argibay, considerando 10).

22) Que, en esa línea, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional pretende crear un marco amplio y eficiente de la cooperación internacional y ayudar a los Estados Parte a establecer mecanismos eficaces y flexibles de modo que esa cooperación, en sus diversas formas, les sirva para reforzarse mutuamente con la contribución que a ello supone una adecuada solución de los conflictos positivos de jurisdicción incluyendo el instituto de la “remisión de actuaciones penales” cuando ello favorezca a una adecuada administración de justicia en particular en los casos en que participen varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones (artículo 21) e incluso para aumentar la eficiencia y eficacia de los procesos internos que se inicien y lleven adelante en lugar de la extradición (conf. Doc. Of. Naciones Unidas, E/CN.15/2014/12 Nota de la Secretaría -Guía para el debate temático sobre cooperación internacional en asuntos penales- preparado para el debate temático de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 23° Período de Sesiones a llevarse a cabo en Viena del 12 al 16 de mayo de 2014, párrafo 19).

23) Que, a la luz de lo hasta aquí expuesto, el Ministerio Público Fiscal no explica cuáles son las posibilidades ciertas y concretas de que su pretensión de afirmar la competencia propia, a esta altura, habilitaría un juzgamiento (aun cuando sólo sea respecto Héctor Adolfo Casco y por los tres hechos-fin en que se sustenta la Orden Cautelar bajo examen-) que cumpla con los criterios de eficiencia y eficacia que deben guiar a una correcta administración de justicia en general y, en especial, teniendo en cuenta el tipo de delito bajo examen a la luz del marco multilateral comprometido en relación a su aplicación a las particularidades que confluyen en el caso.

24) Que, al respecto, nada dice esa parte sobre el fraccionamiento -al que necesariamente conduciría- la afirmación de la jurisdicción propia frente a la que está ejerciendo la República italiana contra Casco, dentro de un mismo proceso y junto a un considerable número de copartícipes que incluye a quien sería un “exponente de relieve de la organización” condenado por “tráfico de sustancias estupefacientes finalizado a favorecer a la Cosa Nostra” (fs.510).

25) Que, además, no explica el acusador público de qué modo un fraccionamiento -en estas condiciones- permitiría salvaguardar la debida aplicación del principio de proporcionalidad en el juzgamiento de un “delito grave” como el que reviste el imputado a Casco calificado como tal no solo en la imputación extranjera sino, además, en los términos de la Convención de Palermo (artículos 2.b., 3.1.b., 3.2. y 2.a. y 5).

Adviértase que el reproche a Casco -en relación a los tres hechos-fin ahora bajo examen- se inserta en un universo fáctico más amplio al tratarse de delitos-fin de una organización delictiva integrada por al menos 10 ó más personas que -desde el año 2001- se dedicaba a la importación a la República italiana de ingentes cantidades de sustancia estupefaciente, habiendo sido Casco ya juzgado y condenado en ese país por su pertenencia a esa agrupación como así también por delitos-fin cometidos en ese marco en circunstancias sustancialmente análogas a las que ahora se examinan (fs.478/9) y respecto de lo cual recayó la condena en que se sustenta el pedido de extradición solicitado para ejecutar la pena residual de 9 (nueve) años, 9 (nueve) meses y 6 (seis) días de reclusión y cuya procedencia se confirma en este decisorio (considerandos 3° a 13).

A lo que cabe agregar que la jurisdicción extranjera refiere que viene ejerciendo su competencia sobre el acontecimiento histórico en su conjunto, concibiéndolo como una unidad fáctica -de mayor alcance a la que se propicia entablar en el foro- dentro del plan del autor y dada la mayor proximidad de afectación al bien jurídico protegido atento a que la sustancia prohibida era luego revendida en las ciudades de Roma y Palermo, lo que ciertamente coloca al país requirente en mejores condiciones de satisfacer exhaustivamente la necesidad de pena desde una ponderación integral y completa del accionar delictivo comprometido con directo impacto en una aplicación eficaz de la Convención de Palermo (artículo 11.1.).

26) Que lo hasta aquí expuesto es sin perjuicio de la cooperación que, en materia de asistencia judicial, la República Argentina pueda prestar al país requirente de ser necesaria la recolección de prueba radicada en el foro y sin que implique renunciar a una investigación seria y eficaz –como la que debería haberse practicado- que en forma coordinada con la República italiana esclarezca debidamente aquellos aspectos de las conductas desarrolladas en el foro en tanto y en cuanto no hayan quedado alcanzadas por el proceso extranjero y/o en relación a las personas que no hayan sido aún juzgadas, con especial interés en desarticular cualquier resabio que pudiera existir de las estructuras organizadas que pudieron haber actuado en el marco de la actividad ilícita en cuestión, incluido el eslabón referido a las fuentes de suministro de la sustancia prohibida.

27) Que, por último, cabe señalar que el agravio de la defensa de Héctor Adolfo Casco -con sustento en la nacionalidad argentina del requerido- ha recibido debida respuesta en el auto apelado (fs.1017/vta.) en solución que coincide con la adoptada por el Tribunal en Fallos: 332:297 (considerandos 11 a 13), sin que la parte haya incluido crítica fundada alguna contra lo así resuelto.

Por todo lo expuesto, oído el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuanto declaró procedente la extradición de Héctor Adolfo Casco a la República italiana con el objeto de que cumpla con la pena residual de 9 (nueve) años, 9 (nueve) meses y 6 (seis) días de reclusión impuesta mediante Orden de Ejecución para el Encarcelamiento del 10 de marzo de 2008 y para ser sometido a proceso por los hechos identificados como “D”, “E” y “G” en la Orden de Medida Cautelar dictada el 10 de diciembre de 2008 por el Juez de las Investigaciones Preliminares de Palermo. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al juez de la causa.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Héctor Adolfo Casco**, asistido por la **Dra. Susana Beatriz Capino**.

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

COLEGIO DE MANDATARIOS Y GESTORES DE LA PROVINCIA DE
ENTRE RÍOS c/ MINISTERIO DE JUSTICIA –DIREC NAC- REG.
NAC. PROPIEDAD AUTOMOTOR Y CRÉDITOS PRENDARIOS s/
ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

REGISTRO DEL AUTOMOTOR

La disposición 128/14 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios -en cuanto obliga a los mandatarios colegiados ante la actora- Colegio de la Provincia de Entre Ríos- a cumplir con los requisitos establecidos en el Título 1, Capítulo XII, del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor- no desconoce o invade las potestades provinciales en la regulación de la matrícula local, pues se trata de exigencias adicionales que únicamente deben cumplirse cuando se realicen trámites ante las propias dependencias del estado emisor, reguladas -en uso de facultades constitucionales que no han sido desconocidas- por el decreto ley 6582/58.

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

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

La regulación del derecho de dominio de los automotores de manera uniforme para todo el país, establecida en el decreto-ley 6582/58, fue dictada en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La función más importante de la Corte consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa.

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

ESTADO NACIONAL

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, aun dentro del perteneciente a las propias provincias; los de los segundos presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercitados dentro de los territoriales de la provincia.

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

ESTADO NACIONAL

Las atribuciones o poderes han sido creados para que se ejerciten y desenvuelvan en su respectiva esfera de acción, propendiendo armónicamente a la consecución de los fines de interés público que los originan y fundamentan, sin que nada obste a la convivencia legal y material de los dos principios, rigiendo en sus respectivos campos de acción, sin roces ni conflictos irreparables, que no los hay posibles dentro de la Constitución, como quiera que no se han instituido en ella poderes discrepantes y facultades en discordia, sino al contrario, entidades legales armonizadas en la afinidad suprema de la organización social y de bien público, principio y fin de las instituciones políticas que nos rigen.

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

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

No existen argumentos para sostener que la disposición 128/2014 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios y la ley 9798 de la Provincia de Entre Ríos resultan incompatibles o excluyentes, pues al estatuir el régimen jurídico para los mandatarios y gestores y crear la entidad encargada del gobierno de la matrícula, el legislador provincial lo circunscribió al ámbito local, y cuando la autoridad nacional reglamentó -con la disposición citada- los recaudos que los mandatarios y gestores deben cumplir para actuar ante el Registro Nacional no ocluyó ni invadió la competencia provincial, de manera que, interpretadas de modo coordinado y razonable, la norma nacional y la provincial conviven armónicamente dentro de la dinámica del federalismo argentino y cada una de ellas es respetuosa de la existencia de la otra sin pretender interferirse o neutralizarse (Voto del juez Rosatti).

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

La disposición 128/2014 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios - en tanto exige el reempadronamiento de todos aquellos mandatarios, incluidos los matriculados según las leyes provinciales, que procuren desarrollar sus actividades ante el Registro Nacional de la Propiedad Automotor y los registros seccionales- no desconoce las potestades provinciales en la regulación de la matrícula local, puesto que se trata de exigencias adicionales que sólo deben cumplirse en los procedimientos llevados a cabo ante las propias dependencias de la autoridad nacional, reguladas -en uso de facultades constitucionales que no han sido desconocidas- por el decreto-ley 6582/1958 (Voto del juez Rosatti).

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

Una de las funciones más importantes de la Corte consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa, porque la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, ya que no habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias provinciales y municipales (Voto del juez Rosatti).

SISTEMA FEDERAL

El armónico desenvolvimiento de un sistema federal de gobierno -cuyo eje es la distribución de competencias- depende de la “buena fe”, de la “coordinación” y de la “concertación” entre los distintos sujetos participantes, pues tales líneas directrices definen el modo razonable de conjugar los diferentes intereses involucrados para encauzarlos en el logro del bien común (Voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución Nacional utiliza para la asignación de competencias entre el Estado Nacional y los Estados locales (provincias y municipios) el criterio de regla y excepción: la ‘regla’ es la competencia provincial

o local, la ‘excepción’ es la competencia federal, de tal modo que todo aquello que no está expresamente cedido por las provincias al gobierno federal, queda retenido en aquellas (artículo 121 de la Constitución Nacional) (Voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

Dado el modelo de Estado federal que ha adoptado la Constitución Nacional, la competencia para regular un mismo instituto puede ser atribuida a diferentes niveles de forma excluyente (arts. 75, inc. 12 y 123, entre otros), concurrente (art. 75, inc. 18 y 125) o cooperativa (art. 41 en materia ambiental, artículo 75, inc. 2, en materia de coparticipación o art. 75, inc. 12, en materia de legislación de fondo y procesal, entre otros ejemplos) (Voto del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que se halla en discusión la legitimidad constitucional de un acto de autoridad federal (disposición 128/2014 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a su validez (artículo 14, inc. 1°, ley 48).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A fs. 142/148, la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior (fs. 109/112), en el que se había declarado la inconstitucionalidad de la disposición 128 -y sus anexos- dictada el día 10 de abril de 2014 por la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (en adelante, “disposición 128/14”). Además de ello, el *a quo* ordenó al Estado Nacional que se abstenga de aplicar esa norma respecto de los matriculados de la Provincia de Entre Ríos.

Para así decidir, ponderó que la actora (Colegio de Martilleros y Gestores de la Provincia de Entre Ríos) tenía a su cargo el gobierno de la matrícula y el control del ejercicio profesional de los mandatarios y gestores, por lo cual le incumbía el asunto regulado en la norma cuya constitucionalidad cuestionaba. Con base en ello, descartó la defensa de falta de legitimación activa opuesta por el Estado Nacional.

La misma suerte entendió que corría la excepción de falta de agotamiento de la instancia administrativa con sustento en que la administración no estaba facultada para declarar la inconstitucionalidad aquí pretendida.

Respecto del fondo del asunto, sostuvo que la reglamentación de las actividades profesionales en el ámbito provincial era una facultad no delegada a la Nación por parte de las provincias.

De acuerdo con esa directriz, observó que la Provincia de Entre Ríos había regulado la profesión de mandatarios y gestores y establecido los requisitos para la obtención de la matrícula en el ámbito local.

Por otra parte, tuvo en consideración que la disposición 128/14 exige un reempadronamiento de los mandatarios del automotor y contiene disposiciones específicas que alcanzan a los colegiados en el marco de regímenes establecidos en leyes provinciales.

Especialmente, hizo hincapié en que el digesto de Normas técnicas registrales (modificado por la norma cuestionada), preveía que: “el mandatario que no hubiera revalidado su matrícula quedará automáticamente inhabilitado para realizar trámites ante Registros Seccionales en nombre de terceros” (conf. fs. 146, vta. 3° párr.).

Con sustento en lo anterior, razonó que: “a partir del 1° de noviembre de 2014 sólo podrán ejercer la profesión de gestores y mandatarios los que se encuentren reempadronados conforme la Resolución n° 128, prescindiendo de la matrícula provincial” Seguidamente, en este tema, discurrió que: “por más que se cuente con la matriculación en el Colegio (provincial) correspondiente no se podrá ejercer la actividad si no se cumplió con el reempadronamiento” (conf. fs. 146 vta. , 4° párr., y fs. 147, 1° párr., contenido entre paréntesis agregado) .

Sobre la base de lo expuesto, el *a quo* confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la disposición 128/14 realizada por la anterior instancia, juzgar que sus prescripciones interferían en el ámbito propio de la actora -en cuanto esa norma establecía nuevos requisitos para el ejercicio de la profesión cuya regulación tenía a cargo- sin tener en cuenta su compatibilidad con las disposiciones locales.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, a fs. 149/164 el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por la cuestión federal involucrada y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 174/175), sin que existan constancias que, respecto de esta última, la demandada se haya presentado en queja.

Alega que existe cuestión federal, toda vez que la decisión resulta contraria a la validez de un acto de autoridad nacional.

Explica que la sentencia cuestionada hace prevalecer las normas provinciales, afecta los poderes federales y vulnera lo establecido en los arts. 31 y 75, inc. 30, de la Constitución Nacional.

Por otra parte, sostiene que la actora carece de legitimación activa para realizar su planteo, al no demostrar daño ni interés concreto a partir del dictado de la normativa que cuestiona.

Asimismo, califica de arbitrario e infundado el fallo recurrido en virtud de que entiende que el *a quo* decidió la cuestión mediante afirmaciones dogmáticas y sin aplicar las normas correspondientes al régimen del automotor.

En este sentido, invoca el decreto-ley 6.582/58, por medio del cual se instrumentó el régimen jurídico del automotor y se le otorgó a la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos prendarios el carácter de autoridad de aplicación.

Entre las facultades asignadas a esa dependencia, recordó que se encuentra la de emitir normas que regulen la actividad de los mandatarios que realizan trámites ante el registro nacional dependiente de ese organismo.

Luego, en ejercicio de tales atribuciones, refiere que el dictado de la disposición 128/14 tiene por finalidad brindar mayor seguridad, transparencia, eficiencia y control en los procedimientos y trámites que se realizan ante las dependencias registrales nacionales.

Por su lado, justifica exigencia del reempadronamiento de los mandatarios del interior del país a los efectos de mantener actualizados los datos de los sujetos que realizan trámites en las dependencias registrales nacionales.

Finalmente, concluye que la regulación nacional aquí cuestionada no interfiere en el sistema provincial de colegiatura ni en el poder de policía que le corresponde a la Provincia de Entre Ríos en la materia.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se halla discutida la validez de un acto de autoridad nacional (disposición 128/14) y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante funda en ella ley 48)

-IV-

De la forma en que ha quedado planteada la *litis*, observo que el *thema decidendum* estriba en dilucidar la validez de la disposición 128/14, por medio de la cual se modifican ciertos requisitos para la inscripción., los derechos obligaciones de los sujetos que actúan ante el Registro de Mandatarios del Automotor, que funciona en la órbita de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios (DNRPA).

Específicamente, corresponde establecer si esa repartición nacional puede exigir a los gestores y mandatarios de la Provincia de Entre Ríos que se “reempadronen” en el registro de mandatarios que tiene a su cargo, como condición para la realización de trámites ante sus dependencias (conf. arts. 1° y 6° de la disposición 128/14), o si, tal como sostiene la actora, tal conducta invade las facultades que le corresponden al Colegio de Martilleros y Gestores de la Provincia de Entre Ríos.

Para dilucidar ese punto, corresponde tener presente que la función más importante de V.E. consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa. Del logro de ese equilibrio debe resultar la amalgama perfecta entre las tendencias unitaria y federal, que Alberdi propiciaba mediante la coexistencia de dos órdenes de gobiernos cuyos órganos actuaran en órbitas distintas, debiendo encontrarse sólo para ayudarse pero nunca para destruirse (Fallos: 307:360).

Es 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, aun 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 (Fallos: 147:239).

Con la certera guía que brindar dichas pautas, estimo que, para resolver el fondo del asunto, resulta conveniente repasar el régimen jurídico del automotor (decreto ley 6.582/58, t.o. por el decreto 1.114/97 y sus modificatorios) -, en cuyo marco fue dictada la disposición aquí impugnada.

-V-

Para regular el derecho de dominio sobre los automotores en manera uniforme para todo el país, se dictó el decreto-ley 6.582/58, pues el legislador consideró que las disposiciones del Código Civil se evidenciaban carentes -en aquel momento- de valor práctico en su aplicación (cfr. 2º párrafo de los considerandos de la norma, ADLA, XXXVIII-A-1079). A partir de allí, sustituyó la prueba de la propiedad mediante la posesión por la exigencia de la inscripción en un registro, con el correlativo otorgamiento de un título de propiedad (conf. dictamen de esta Procuración General en la causa de Fallos: 334:902 y su cita).

En este tema, V.E. ha indicado que el régimen jurídico del automotor pudo ser dictado en uso de las atribuciones conferidas por el art. 67 inc. 11 (actual art. 75, inc. 12) Desde mi óptica, este régimen -ratificado por ley 14.467- pudo ser dictado en uso de las atribuciones conferidas por el art. 67, inc. 11 (actual art. 75, inc. 12) de la Constitución Nacional, para legislar una institución fundamental de carácter común, tal como es el (derecho de dominio sobre los automotores) (conf. doctrina de Fallos: 307:2005; 331:1412 y 334:902).

En lo que aquí interesa, su art. 7º, establece que “la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios será el Organismo de Aplicación del presente régimen, y tendrá a cargo el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. El Poder Ejecutivo Nacional reglará la organización y el funcionamiento del mencionado Registro conforme a los medios y procedimientos técnicos más adecuados para el mejor cumplimiento de sus fines”.

En uso de esas atribuciones, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el decreto 335/88 y sus modificatorios, reglamentario del mencionado decreto ley, por medio del cual le encomendó a la Dirección Nacional, entre otras facultades, la de “Dictar las normas administrativas y de procedimiento relativas a los trámites registrales y a la organización y funcionamiento de los Registros Seccionales (pertenecientes al Registro Nacional de la Propiedad Automotor) y fijar requisitos de la docu-

mentación que expida el Registro y de las placas y otros medios identificatorios del automotor” (art. 20, inc. c, contenido entre paréntesis y subrayado agregados).

En lo que ahora interesa, la disposición 128/14 expresamente invoca tales atribuciones como fundamento para su dictado (conf. último considerando).

Allí se “convoca un reempadronamiento de Mandatarios del Automotor que se encuentren inscriptos en el Registro de Mandatarios de esta DIRECCIÓN NACIONAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS” (conf. art. 1°). Y, a continuación, prescribe que: “Los mandatarios colegiados conforme a los regímenes establecidos por leyes provinciales que les fueran aplicables, respecto de los Registros Seccionales con asiento en su provincia, podrán gozar de los mismos derechos otorgados a los Mandatarios del Automotor inscriptos en esta DIRECCIÓN NACIONAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS hasta el 1° de noviembre de 2014 (...). Finalizado el plazo deberán cumplir con los requisitos establecidos en Título I, Capítulo XII del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor” (conf. art. 6°, subrayado añadido).

De los considerandos del acto bajo estudio surge que esa exigencia fue fijada por la autoridad nacional a fin de “incorporar nuevas opciones que habilitan las herramientas informáticas, con el objetivo de agilizar y contribuir a la transparencia del procedimiento de los trámites y servicios registrales brindados”; de “actualizar tanto los procedimientos de inscripción de Mandatarios del Automotor como los requisitos exigidos para la misma” (conf. cons. 2° y 6°, respectivamente)

-VI-

Despejado lo anterior, corresponde señalar que la Provincia de Entre Ríos, mediante su ley 9.798, reguló la Colegiatura de Mandatarios y Gestores en el ámbito local y creó la entidad actora, con jurisdicción en el ámbito local (conf. art. 1°).

Allí se faculta al colegio demandante a: Gobernar y controlar la matrícula provincial, que tendrá carácter provincial, llevar el registro y ejercer su gobierno para todos los mandatarios y gestores que ejercen su profesión dentro de la provincia” (conf. art. 5°, inc. 2°).

Por imperio de ese precepto y sus concordantes en la mencionada ley local, es claro para mí que las atribuciones conferidas por el

legislador provincial al Colegio actor se encuentran circunscriptas a las cuestiones - referidas al gobierno de la matrícula local y a para desempeñar la actividad de gestores y mandatarios realizada en la provincia, en cuanto éstas se encuentren reguladas por normas de ese orden (arg. de Fallos: 61:133 y 147:239, entre- otros).

Por el contrario, la disposición 128/14 cuya declaración de inconstitucionalidad la actora aquí solicita, alcanza a los colegiados bajo la ley provincial 9.798 únicamente cuando tales sujetos realicen trámites ante es las dependencias nacionales reguladas por el decreto-ley 6.582/58 (Registros Seccionales pertenecientes al Registro Nacional de la Propiedad Automotor y de Créditos -Prendarios).

Así las cosas, nada encuentro en la disposición 128/14 -en cuanto obliga a los mandatarios colegiados ante la actora a cumplir con los requisitos establecidos en el Título I, Capítulo XII, del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor- que permita afirmar que el Estado Nacional desconoce o invade las potestades provinciales en la regulación de la matrícula local, a poco que se repare que se trata de exigencias adicionales que únicamente deben cumplirse cuando se realicen trámites ante las propias dependencias del estado emisor, reguladas -en uso de facultades constitucionales que no han sido desconocidas- por el decreto ley 6.582/58.

Pienso que la solución que aquí propicio es la que mejor se engarza con la doctrina del Tribunal según la cual “las atribuciones o poderes han sido creados para que se ejerciten y desenvuelvan en su respectiva esfera de acción, propendiendo armónicamente a la consecución de los fines de interés público que los originan y fundamentan, sin que nada obste a la convivencia legal y material de los dos principios, rigiendo en sus respectivos campos de acción, sin roces ni conflictos irreparables, que no los hay posibles dentro de la Constitución, como quiera que no se han instituido en ella poderes discrepantes y facultades en discordia, sino al contrario, entidades legales armonizadas en la afinidad suprema de la organización social y del bien público, principio y fin de las instituciones políticas que nos rigen” (Fallos: 149:260 y su cita).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir el recurso extraordinario planteado y revocar la sentencia apelada .Buenos Aires, 1 de diciembre de 2017. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos c/ Ministerio de Justicia –Direc Nac- Reg. Nac. Propiedad Automotor y Créditos Prendarios s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, con exclusión del segundo párrafo del apartado V, los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Que a lo allí señalado corresponde agregar que esta Corte ya ha sostenido que la regulación del derecho de dominio de los automotores de manera uniforme para todo el país, establecida en el decreto-ley 6582/58, fue dictada en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional (Fallos: 334:902).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que el Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos demandó al Estado Nacional con la finalidad de obtener

un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad de la disposición 128/2014 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios (fs. 23/34 de los autos mencionados).

Por intermedio de esta norma, en lo que aquí interesa, se dispone el reempadronamiento de todos aquellos mandatarios -incluidos los matriculados según las leyes provinciales- que procuren desarrollar sus actividades ante el Registro Nacional de la Propiedad Automotor y los registros seccionales (artículos 1° y 6°).

Según la parte actora, la disposición impugnada desconoce la ley local 9798 que, en el marco de atribuciones no delegadas a la Nación, crea el Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos, al tiempo que reglamenta la actividad de los mandatarios y gestores en el ámbito provincial.

2°) Que la Cámara Federal de Paraná -al confirmar la sentencia de primera instancia- declaró la inconstitucionalidad de la disposición 128/2014 y, en consecuencia, ordenó al Estado Nacional abstenerse de aplicar esa norma a los matriculados ante el Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia Entre Ríos (fs. 109/112 y fs. 142/148).

Para así decidir, el tribunal de la anterior instancia -tras reconocer legitimación procesal a la parte actora y desestimar la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa- sostuvo que entre los poderes no delegados por las provincias a la Nación se encuentra el de reglamentar el ejercicio de las actividades profesionales dentro de su jurisdicción (art. 121 de la Constitución Nacional). A partir de ello, señaló que la Provincia de Entre Ríos -mediante la ley 9798- reguló la actividad de los mandatarios y gestores, fijando los requisitos para la obtención de la matrícula y concluyó que la disposición 128/2014, en tanto exige que a partir del 1° de noviembre de 2014 solo puedan ejercer la profesión de gestores y mandatarios quienes se encuentren reempadronados ante el organismo nacional, prescindiendo de la matrícula provincial, interfiere con la ley local y, por esta vía, lesiona el sistema federal de gobierno (arts. 5° y 121, Constitución Nacional).

3°) Que contra esa sentencia, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario federal que, contestado por su contraria, fue conce-

dido por cuestión federal y denegado por arbitrariedad (fs. 149/164, 166/172 vta. y 174/175 vta.).

En su presentación, el recurrente se agravia por el rechazo de la defensa de falta de legitimación activa pues -según expresa- “... *el Colegio no ha aportado ningún elemento de juicio que pruebe el daño que invoca, ni que tiene un interés especial en el proceso*” (fs. 159).

En cuanto al fondo, cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de la disposición 128/2014. Al respecto, argumenta que esta última fue dictada con apego al régimen jurídico vigente y sin inmiscuirse en la competencia de la Provincia de Entre Ríos. Explica que, según el diseño constitucional, “...*el poder de policía puede ser concurrente entre la [N]ación y las provincias y, si resultan incompatibles, deben prevalecer los poderes federales de acuerdo al [artículo] 31 de la Constitución Nacional*” (fs. 163).

En tal sentido, califica al pronunciamiento de la Cámara de infundado, ya que hace a un lado las normas correspondientes al Régimen Jurídico del Automotor; entre ellas, el decreto-ley 6582/1958 por medio del cual se le otorga el carácter de autoridad de aplicación a la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios, junto con la competencia para emitir normas que regulen la actividad de los mandatarios que realizan trámites ante ese organismo. Puntualiza que la disposición 128/2014 se dictó en ejercicio de tales atribuciones.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que se halla en discusión la legitimidad constitucional de un acto de autoridad federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a su validez (artículo 14, inc. 1°, ley 48).

5°) Que, en concreto, la cuestión traída a conocimiento y decisión de esta Corte consiste en determinar la constitucionalidad de la disposición 128/2014, en tanto exige a los gestores y mandatarios matriculados en el ámbito de la Provincia de Entre Ríos, su reempadronamiento para actuar ante la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor.

De acuerdo con la posición del Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos, la disposición en cuestión nació extramuros de la Constitución Nacional al desnaturalizar el poder de policía provincial sobre el ejercicio de las actividades profesionales. En un sentido opuesto, y con sustento en los artículos 31 y 75 -inciso 30- de la Constitución Nacional, el Estado Nacional plantea que el Régimen Jurídico del Automotor -cuya constitucionalidad no se discute- le confiere atribuciones para el dictado de la citada disposición.

6°) Que una de las funciones más importantes de este Tribunal consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (arg. doct. Fallos: 286:301, considerando 9°; 306:1883, considerando 5°, entre muchos otros).

Ello es así porque la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo. No habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias provinciales y municipales. A partir de ello, se ha dicho que la Constitución ha fundado una unión indestructible de estados indestructibles (arg. doct. Fallos: 178:9, 340:1695).

De esta forma, el armónico desenvolvimiento de un sistema federal de gobierno -cuyo eje es la distribución de competencias- depende de la “buena fe”, de la “coordinación” y de la “concertación” entre los distintos sujetos participantes, pues tales líneas directrices definen el modo razonable de conjugar los diferentes intereses involucrados para encauzarlos en el logro del bien común.

7°) Que, en tal sentido, la Constitución Nacional utiliza para la asignación de competencias entre el Estado Nacional y los Estados locales (provincias y municipios) el criterio de regla y excepción: la ‘regla’ es la competencia provincial o local, la ‘excepción’ es la competencia federal, de tal modo que todo aquello que no está expresamente cedido por las provincias al gobierno federal, queda retenido en aquellas (artículo 121 de la Constitución Nacional).

Sin perjuicio de lo anterior, dado el modelo de Estado federal que ha adoptado la Constitución Nacional, la competencia para regular un mismo instituto puede ser atribuida a diferentes niveles de forma excluyente (arts. 75, inc. 12 y 123, entre otros), concurrente (art. 75, inc. 18 y 125) o cooperativa (art. 41 en materia ambiental, artículo 75, inc. 2, en materia de coparticipación o art. 75, inc. 12, en materia de legislación de fondo y procesal, entre otros ejemplos) [CSJ 4930/2015/RH1, “Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otros s/ demanda contenciosa administrativa”, del 5 de noviembre de 2019, voto del juez Rosatti].

8°) Que, sobre la base de dichas pautas, cabe señalar que el Estado Nacional por el decreto-ley 6582/1958 (t.o. decreto 1114/1997) -cuya constitucionalidad no es objeto de discusión- instituye el Régimen Jurídico del Automotor, con un alcance uniforme para todo el territorio de la Nación. Allí se establece un sistema registral, en el que la transmisión del dominio “...sólo producirá efectos [...] desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor” y la expedición del respectivo “Título del Automotor” por parte de la autoridad nacional competente (artículos 1°, 6° y ctes.).

El artículo 7°, en lo pertinente, dispone que “[l]a Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios será el Organismo de Aplicación del presente régimen, y tendrá a su cargo el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. El Poder Ejecutivo Nacional reglará la organización y el funcionamiento del mencionado Registro conforme a los medios y procedimientos técnicos más adecuados para el mejor cumplimiento de sus fines...”.

En ejercicio de esa atribución, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 335/1988, reglamentario del mencionado decreto-ley, donde asignó a la Dirección Nacional, entre otras facultades, las de: i) organizar las prestaciones centralizadas y jurisdiccionales de los servicios establecidos por el régimen jurídico de la propiedad del automotor y controlar su funcionamiento; y ii) dictar las normas administrativas y de procedimiento relativas a los trámites registrales y a la organización y funcionamiento de los Registros Seccionales, como así también fijar requisitos de la documentación que expida el Registro y de las placas y otros medios identificatorios del automotor (arts. 1° y 2°, incs. “a” y “c”).

9°) Que con sustento en las atribuciones reseñadas en el considerando anterior y “...con el objetivo de agilizar y contribuir a la transparencia del procesamiento de los trámites y servicios registrales brindados”, así como el de regularizar el “...Registro de Mandatarios del Automotor, de modo de que se mantenga actualizado a efectos de contar con información cierta sobre las personas que efectivamente ejercen la actividad...”, la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, tras derogar la disposición 88/2003, dictó la norma aquí cuestionada -disposición 128/2014, B.O. 22/04/2014- (considerandos 2° y 8° y artículo 7°).

En esta norma se convocó, en los plazos indicados en su Anexo I, a un reempadronamiento de “Mandatarios del Automotor” inscriptos en el Registro de Mandatarios de ese organismo (artículo 1° y Anexo I). A su vez, se sustituyó el Capítulo XII, Título I del Digesto de Normas Técnico-Registrales por las de su Anexo II, en donde se estipulan los requisitos, incompatibilidades, prohibiciones, derechos y obligaciones, y el procedimiento para la inscripción de los “Mandatarios del Automotor” (artículo 3° y Anexo II artículos 1° a 16).

En lo que interesa al caso, dichas exigencias se hacen extensivas a los mandatarios colegiados de acuerdo a las leyes provinciales, en la medida en que actúen ante la autoridad nacional. Textualmente se establece que “[l]os mandatarios colegiados conforme a los regímenes establecidos por leyes provinciales que les fueran aplicables, respecto de los Registros Seccionales con asiento en su provincia, podrán gozar de los mismos derechos otorgados a los Mandatarios del Automotor inscriptos en esta DIRECCIÓN NACIONAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS hasta el 1° de noviembre de 2014 [...]. Finalizado el plazo deberán cumplir con los requisitos establecidos en Título I, Capítulo XII del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor” (artículo 6°).

El reempadronamiento de los mandatarios matriculados conforme las leyes provinciales, pero que realizan trámites ante los Registros Seccionales con asiento en su provincia, responde a “...permitir la trazabilidad y un control eficiente de los trámites que se presentan en representación de terceros y al mismo tiempo ser equiparados en sus derechos y obligaciones con los Mandatarios inscriptos en el mencionado Registro” (considerando 9° de la disposición).

Hasta aquí, entonces, se deben tener presente dos aspectos de relevancia para decidir el presente pleito: i) la parte actora no cuestiona la competencia material asumida por la Nación al instrumentar el Registro de la Propiedad del Automotor y su régimen jurídico (decreto-ley 6582/1958, ley 14.467, leyes 25.232, 25.345 y 25.677, t.o. decreto 1114/1997 y decreto 335/1988); y ii) la autoridad nacional, por la disposición impugnada, se limitó a reglamentar los requisitos que deben reunir los mandatarios y gestores que realicen trámites **ante su sede**; dicho de otro modo, no estableció condiciones o previó algún tipo de control por fuera de los procedimientos que se cumplen en su jurisdicción.

10) Que para verificar si existe -o no existe- compatibilidad entre la reglamentación nacional y la legislación local resta analizar los alcances de esta última.

Mediante la ley 9798, la Provincia de Entre Ríos creó el Colegio de Mandatarios y Gestores como una persona de derecho público no estatal (artículo 1°). Dicha entidad se encuentra integrada por los mandatarios y gestores asociados a la Cámara Entrerriana de Mandamientos y Gestores “...y por todos aquellos Mandatarios y Gestores que posean matrícula otorgada por la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios, domiciliados en la Provincia de Entre Ríos [...], y quienes aprueben los cursos, dictados por el colegio o carrera que en un futuro se cree...” (artículo 2°).

Entre sus atribuciones, se prevé que la citada entidad es quien otorga la matrícula habilitante para el ejercicio de la profesión. Y, además, que es quien gobierna y controla “...la matrícula profesional, que [tiene] carácter provincial...”, de igual modo lleva “...el registro y [ejerce] su gobierno para todos los mandatarios y gestores que [ejercen] su profesión dentro de la provincia” (artículo 5°, incisos 1° y 2°).

Por otro lado, al fijar los requisitos a cumplimentar para la inscripción en la matrícula, entre otros, alude a “[p]resentar la matrícula expedida por la Dirección Nacional de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios en el caso de los mandatarios de automotores” (artículos 7° y 8°).

Siguiendo el criterio del legislador entrerriano, se puede inferir que: i) el ámbito de aplicación de la norma se acota, naturalmente, al ámbito local y, en ese orden, se deben conjugar con las atribuciones de la entidad actora; y ii) la propia ley local presenta un definido espíritu de coordinación y compatibilidad con las competencias nacionales en materia del régimen del automotor.

11) Que en función de los principios reseñados y de la normativa aplicable, no existen argumentos para sostener que ambas regulaciones normativas resultan incompatibles o excluyentes. Cada una de ellas tiene un ámbito de normatividad y, en consecuencia, de producción de efectos jurídicos que descartan la existencia de un conflicto jurídico que comprometa las bases del sistema federal de gobierno (arts. 1º, 5º, 75, 121 y cctes.).

En efecto, al estatuir el régimen jurídico para los mandatarios y gestores y crear la entidad encargada del gobierno de la matrícula, el legislador provincial -como quedó establecido- lo circunscribió al ámbito local. Y cuando la autoridad nacional reglamentó -con la disposición 128/2014- los recaudos que los mandatarios y gestores deben cumplimentar para actuar ante el Registro Nacional no ocluyó ni invadió la competencia provincial. De manera que, interpretadas de modo coordinado y razonable, la norma nacional y la provincial conviven armónicamente dentro de la dinámica del federalismo argentino y cada una de ellas es respetuosa de la existencia de la otra sin pretender interferirse o neutralizarse.

En tales condiciones, como lo apunta la señora Procuradora Fiscal, la disposición 128/2014 no desconoce las potestades provinciales en la regulación de la matrícula local, puesto que se trata de exigencias adicionales que sólo deben cumplirse en los procedimientos llevados a cabo ante las propias dependencias de la autoridad nacional, reguladas -en uso de facultades constitucionales que no han sido desconocidas- por el decreto-ley 6582/1958.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que los agravios planteados respecto de la legitimación procesal reconocida a la actora son inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En cuanto al fondo del asunto esta Corte comparte y hace suyos, con exclusión del segundo párrafo del apartado V y del tercer párrafo del apartado VI, los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

A lo allí señalado corresponde agregar que esta Corte ya ha sostenido que la regulación del derecho de dominio de los automotores de manera uniforme para todo el país, establecida en el decreto-ley 6582/58, fue dictada en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional (Fallos: 334:902).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia con arreglo al presente. Notifíquese, y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional – Ministerio de Justicia – Dirección Nacional Reg. Nac. Propiedad Automotor y Créditos, parte actora, representado por el Dr. Fabián Alfredo Salomón.

Traslado contestado por el Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos, representado por el Dr. Germán A. Coronel.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Paraná.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal n°2 de Paraná.

LOMA DEL PILA S.R.L. c/ COMUNA DE HUASA PAMPA
S/ INCONSTITUCIONALIDAD

TASAS

Es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda de inconstitucionalidad promovida por la actora contra la comuna de Huasa Pampa, respecto de la “contribución que incide sobre los inmuebles” regulada en el art. 131 de la ley 5637 de la Provincia de Tucumán con sustento en que aquella se trata de un verdadero impuesto, toda vez que de la lectura del artículo citado surge, sin hesitación, que la contribución en cuestión se trata de un gravamen cuyo hecho imponible se liga inescindiblemente a la prestación de uno o más servicios por parte del ente municipal, así como a los beneficios que tal prestación puede conllevar.

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

TASAS

No puede caber duda de que el legislador local en el art. 131 de la ley 5637 de la Provincia de Tucumán diseñó el presupuesto de hecho adoptado para hacer nacer la obligación de pago de la contribución discutida, tomando en cuenta la prestación a los particulares de ciertos servicios comprendidos en una serie de actividades estatales que allí enumera, de forma no taxativa (alumbrado público, barrido, limpieza, riego, recolección de basura, desinfección, deshierbe, entre otros servicios que preste la comuna y que afecten o reciban los inmuebles ubicados dentro del territorio comunal).

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

TASAS

La mención en el art. 131 de la ley 5637 de la Provincia de Tucumán de “los servicios o beneficios” seguida de los términos “que reciban los inmuebles” no puede ser entendida como una redacción descuidada o desafortunada del legislador, sino que la sucesión entre ambos indica que la intención fue retribuir estos servicios y sus posibles beneficios mediante el tributo en cuestión, exhibiendo así la vinculación directa entre hecho imponible -desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado- y una obligación tributaria extraña a la especie impositiva.

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

TASAS

La tasa es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que sí bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de éste por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general.

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

TASAS

La diferencia entre tasa e impuesto queda indubitablemente determinada por la existencia o no -en sus respectivos presupuestos de hecho- del desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 171/177 de los autos principales (a los que me referiré a continuación) la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán -por mayoría- confirmó la sentencia de la instancia anterior (ver f s. 123/133) y, en consecuencia, rechazó la demanda de inconstitucionalidad promovida por la actora contra la comuna de Huasa Pampa, respecto de la “*contribución que incide sobre los inmuebles*” (seguidamente, CISD) regulada en el art. 131 de la ley provincial 5.637 (Código Tributario Comunal, en adelante, CTC).

Para así decidir, indicó que el hecho imponible descripto en el art. 131 del CTC incluye actividades de parte de la comuna (vgr. conservación de plazas y espacios verdes, inspección de baldíos, nomenclatura catastral, conservación de acequias, conservación de arbolados, etc.) que no se encuentran individualizadas en el contribuyente sino que benefician a la comunidad en general.

En virtud de ello, descartó que se trate de un tributo vinculado toda vez que éste, según el criterio jurisprudencial imperante en la materia, supone necesariamente el desempeño de una actividad estatal que redunde en un beneficio particularizado en el sujeto obligado al pago, en la medida que su cobro debe corresponder siempre a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado -bien o acto- del contribuyente.

En consecuencia, aseveró que el CISI es un verdadero impuesto, esto es, participa de la naturaleza de los tributos no vinculados, por lo que resultaba inoficioso el tratamiento de los planteos de la actora fundados tanto en la falta de prestación de los servicios mencionados en la norma cuanto en la desconexión entre la base imponible y el costo de prestación de éstos.

-II-

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 181/192 que, denegado a fs. 205, origina esta presentación directa.

Manifestó que la CISI, al reclamarse en virtud de los servicios municipales referidos en su presupuesto de hecho, no puede ser clasificada como impuesto, ya que se trata, indudablemente, de una tasa.

Desde esta perspectiva, consideró errado soslayar la falta de prueba de los concretos servicios que la comuna dice prestar al inmueble del contribuyente, pues ellos resultan indispensables para evaluar la legitimidad del cobro de la gabela.

Puntualizó que la cuestión debatida en autos guarda similitud con la ya resuelta por V.E. en Fallos: 332:1503, que fuera invocado por su parte pero respecto del cual el *a quo* eludió cualquier mención, desconociendo la autoridad de las sentencias de esa Corte sin expresar los motivos para tal apartamiento.

-III-

Considero que un orden lógico impone dilucidar, en primer término, la naturaleza jurídica del gravamen impugnado, ya que el *a quo*, de manera explícita, lo encuadró como un impuesto, al sostener que “...se trata de una obligación que no tiene más fundamento jurídico que la sujeción a la potestad tributaria del Estado” (cfr. fs. 173, segundo párrafo).

El art. 131, primer párrafo, de CTC regula el hecho imponible de la CISI de la siguiente manera: “Por cualquiera de los servicios

o beneficios que reciban los inmuebles ubicados dentro del territorio comunal, prestados en forma directa o indirecta, periódica o no por la comuna, no retribuidos con la contribución especial, se pagará anualmente el tributo que se establece en el presente título, conforme a las alícuotas e importes mínimos que fije la Ley Impositiva Comunal”.

A continuación, añade: *“Los servicios mencionados en el párrafo anterior son: alumbrado público, barrido, limpieza, riego, recolección de basura, desinfección, deshierbe, mantenimiento de la vía pública, conservación de arbolados y jardines públicos, conservación de plazas y espacios verdes, inspección de baldíos, nomenclatura urbana, conservación de acequias, y cualquier otro servicio que preste la comuna y que afecte o reciban los inmuebles ubicados dentro del territorio comunal”.*

De la lectura de ambos párrafos surge, sin hesitación, que se trata de un gravamen cuyo hecho imponible se liga inescindiblemente a la prestación de uno o más servicios por parte del ente municipal, así como a los beneficios que tal prestación puede conllevar. Además, la propia demandada está conteste con tal calificación, toda vez que en la contestación de la demanda reconoce que: *“Y así resulta de la letra de norma citada, que refiere a servicios (cualquiera de ellos) que directa e indirectamente presta la Comuna, en forma periódica o no”* (fs. 36, decimotercer considerando, postura reiterada al momento de alegar, fs. 113 vta, décimo considerando).

Como ha sostenido esta Procuración General en el dictamen vertido en el citado precedente de Fallos: 332:1503, la tasa *“es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de éste por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50, 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251, entre otros)”* y que *“resulta prístino que la diferencia entre tasa e impuesto queda indubitadamente determinada por la existencia o no -en sus respectivos presupuestos de hecho- del desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado”.*

No puede caber duda de que el legislador local diseñó el presupuesto de hecho adoptado para hacer nacer la obligación de pago

de la contribución discutida, tomando en cuenta la prestación a los particulares de ciertos servicios comprendidos en una serie de actividades estatales que allí enumera, de forma no taxativa (alumbrado recolección de basura, servicios que preste la inmuebles ubicados dentro público , barrido, limpieza, riego, desinfección, deshierbe, entre otros comuna y que afecten o reciban los del territorio comunal).

Por ello, la mención de “*los servicios o beneficios*” seguida de los términos “*que reciban los inmuebles*” no puede ser entendida como una redacción des cuidada o desafortunada del legislador, sino que la sucesión entre ambos indica que -contrariamente a lo sostenido por la sentencia recurrida- la intención fue retribuir estos servicios y sus posibles beneficios mediante el tributo en cuestión, exhibiendo así la vinculación directa entre hecho imponible -desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado- y una obligación tributaria extraña a la especie impositiva.

En tal aspecto, en mi opinión, 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).

-IV-

En virtud de lo dicho, considero que corresponde admitir la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario interpuesto , revocar la sentencia apelada y ordenar que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a lo aquí dictaminado .Buenos Aires, 23 de mayo de 2019. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Loma del Pila S.R.L. c/ Comuna de Huasa Pampa s/ inconstitucionalidad”, para decidir sobre su procedencia.

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 hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la presentación directa a los autos principales y reintégrese el depósito de fs. 2 por no corresponder. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en la presente.

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

Recurso de queja interpuesto por **Loma del Pila S.R.L.** representada por el **Dr. Leandro Stok**, con el patrocinio letrado del **Dr. Avelino Oscar Borelli**.

Tribunal de origen: **Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara en lo Contencioso-Administrativo de Tucumán, Sala I.**

ADDUC Y OTROS c/ AYSA SA Y OTRO s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Una razonable interpretación armónica de los artículos 53 y 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) permite sostener que el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso, en tanto la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Al brindar la ley de defensa del consumidor a la demandada -en ciertos casos- la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, demuestra la intención de liberar al actor de los procesos de defensa del consumidor de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Si los legisladores descartaron la utilización del término “beneficio de litigar sin gastos” en la normativa de defensa del consumidor no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para preservar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

No corresponde la imposición de costas en el marco de los recursos traídos al conocimiento de la Corte en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La efectiva vigencia del mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores (art. 42 Constitución Nacional), requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos

derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien la objeción vinculada a la imposición de costas remite al estudio de cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas, en principio, a la vía del artículo 14 de la ley 48, 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.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró desierto el recurso interpuesto por las asociaciones de consumidores accionantes y, en consecuencia, confirmó la decisión de primera instancia que había declarado la caducidad de la instancia (fs. 493).

El tribunal entendió que la expresión de agravios no contenía un análisis serio, concreto y crítico de la resolución recurrida tal como exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, señaló que el recurso reproducía en forma textual el contenido de la contestación del acuse de caducidad de instancia.

Por ello, concluyó que las asociaciones accionantes no se habían hecho cargo ni refutaron el análisis y las conclusiones arribadas en

la sentencia que consideró -de manera fundada y correcta- que había transcurrido el plazo legal sin que mediare impulso de la instancia por parte de los interesados.

-II-

Contra dicha decisión Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, Unión de Usuarios y Consumidores y Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores interpusieron recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presentación de la queja bajo estudio (fs. 500/508 y 524).

Los recurrentes plantean la existencia de cuestión federal con fundamento en que el pronunciamiento vulnera los derechos previstos en los artículos 17, 18, 31, 42 y 43 de la Constitución Nacional y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, invocan la existencia de gravedad institucional.

En lo sustancial, se agravan porque consideran que la sentencia recurrida rechaza la aplicación del artículo 52 *in fine* de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor que establece que la acción promovida por una asociación de consumidores que es desistida o abandonada debe ser continuada por el Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado, sostienen que resulta jurídicamente imposible adoptar una decisión que pone fin al proceso en una acción colectiva incoada por asociaciones que persiguen la defensa del consumidor, pues la perención de instancia en este tipo de procesos es contradictoria e incompatible con las disposiciones del artículo 52 de la ley 24.240.

Destacan que, según esa norma, ante el abandono de la acción el único remedio es solicitar el apartamiento de la actora, lo que no fue petitionado en el presente caso. Enfatizan que esa interpretación del artículo 52 de la ley 24.240 resguarda el interés colectivo afectado, tanto en el caso de un supuesto abandono como de un desistimiento. Concluyen que la ley 24.240 tiene primacía por sobre los artículos 310 a 318 del Código Procesal Civil y Comercial puesto que se trata de una ley reglamentaria del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Finalmente, consideran que la imposición de las costas a las asociaciones actoras es contraria a las previsiones del artículo 55 de la ley 24.240 y a lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente U. 10. XLIX “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario”, sentencia del 30 de diciembre de 2014. Señalan que el artículo 55 de la ley citada determina que el beneficio de gratuidad tiene el mismo alcance que el beneficio de Litigar sin gastos.

-III-

De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada no son, debido a 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 (Fallos: 329:997, 5528; 330:3582, entre otros).

Sobre la base de tal criterio, en mi opinión no concurren los supuestos de excepción que permiten revisar la sentencia apelada.

Las asociaciones recurrentes no han demostrado arbitrariedad en el razonamiento de la cámara que concluyó que no llevaron ante esa instancia agravios concretos y razonados de las partes de la sentencia de primera instancia que consideraban equivocadas. En efecto, el recurso no contenía un cuestionamiento a los argumentos medulares de la sentencia apelada sino, más bien, una reiteración de los planteados al responder el pedido de caducidad.

Sin perjuicio de la improcedencia del recurso de queja en ese aspecto, considero pertinente señalar que en autos se le ha dado intervención al Ministerio Público Fiscal en los términos de artículo 52 de la ley 24.240 (fs. 432 y 442). En efecto, la fiscal interviniente evaluó las circunstancias del caso y concluyó que no correspondía que este Ministerio Público continuara la acción. A su entender, la demanda perseguía la reparación de intereses individuales y propios de cada uno de los presuntos afectados y no derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos o individuales homogéneos.

Cabe recordar que el representante del Ministerio Público goza, para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido, de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa (Fallos: 315:2255), y más aún respecto de una de las partes del proceso que no podría exigir su participación en un sentido determinado. En consecuencia, la participación de este Ministerio Público en el proceso ya fue suscitada, sin que se le pueda imponer el sentido de su opinión.

Por último, advierto que la clase de consumidores cuya representación asumieron las accionantes en la presente causa no se halla desprotegida -ya sea como resultado del decreto de caducidad o de la manifestación del Ministerio Público de no asumir la titularidad activa- en tanto la acción en su defensa continúa en el marco de los autos "Proconsumer c/ AYSA S.A. s/ proceso de conocimiento", al cual acceden estas actuaciones en los términos del artículo 194 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 246).

-IV-

En cuanto al agravio relativo a la imposición de costas, dicha objeción remite al estudio de cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas, en principio, a la vía del artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, cabe precisar que en reiteradas ocasiones la Corte Suprema ha hecho excepción a esa regla cuando el pronunciamiento contiene sólo 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: 316:224; 330:4903; 335:353, entre otros).

Opino que esa situación excepcional ocurre en el caso.

El artículo 55, último párrafo de la ley 24.240 otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de los intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita. Asimismo, advierto que la ley 24.240, reglamentaria del artículo 42 de la Constitución Nacional, se caracteriza como una norma de orden público (artículo 65, ley 24.240).

Por su parte, la Corte Suprema entendió que no correspondía la imposición de costas en el marco de recursos llevados a su conocimiento en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores (U. 66. XLVI, “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo”, sentencia del 11 de octubre de 2011; Fallos: 335:1080; U. 10. XLIX, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ordinario”, sentencia del 30 de diciembre de 2014; A. 566. XLVIII, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros”, sentencia del 10 de febrero de 2015; P. 443. XLVII, “Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión SA s/ cumplimiento de contrato”, sentencia del 22 de diciembre de 2015).

A mayor abundamiento, en el precedente COM 039060/2011/1/RH001 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c/ Nación Seguros SA s/ ordinario” de fecha 24 de noviembre de 2015, señaló el máximo tribunal -en ocasión de resolver una petición relativa a la exención del depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- que “...la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trata de reclamos originados en la relación de consumo” (considerando 6).

Así las cosas, consideró que “...el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé ‘para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos’” (considerando 7). Y concluyó que “una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:375) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores -y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses- a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos”.

En virtud de lo anterior, en mi modo de ver las asociaciones accionantes han acreditado que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, por lo que debe ser dejada sin efecto en base a la doctrina de la arbitrariedad en lo que respecta a la imposición de costas.

-V-

Por esas razones, opino que corresponde admitir la queja y declarar procedente el recurso extraordinario con el alcance expuesto y, en consecuencia, mandar a que se dicte una nueva sentencia en lo relativo a la imposición de costas. Buenos Aires, 26 de abril de 2016. *Víctor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por las asociaciones de consumidores actoras contra el pronunciamiento que había declara-

do la caducidad de la instancia judicial y les impuso las costas, dicha parte interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

Para así decidir, el *a quo* entendió que la expresión de agravios no contenía un análisis serio, razonado y crítico de la resolución recurrida tal como exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, señaló que el recurso reproducía en forma textual el contenido de la contestación del acuse de caducidad de instancia planteado por su contraria. Por ello, concluyó en que las asociaciones actoras no se habían hecho cargo ni refutado el análisis y las conclusiones de la sentencia que había considerado transcurrido el plazo legal sin que mediare impulso de la instancia por parte de los interesados.

2°) Que en su recurso extraordinario la parte actora, constituida por “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, “Unión de Usuarios y Consumidores” y “Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores” (ADDUC), en lo sustancial se agravia, en primer término, porque considera que la sentencia recurrida rechaza la aplicación del artículo 52 *in fine* de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que establece que la acción promovida por una asociación de consumidores que es desistida o abandonada debe ser continuada por el Ministerio Público Fiscal.

En segundo lugar, considera que la imposición de las costas a las asociaciones actoras es contraria a las previsiones del artículo 55 de la ley 24.240 y a lo resuelto por esta Corte en el precedente CSJ 10/2013 (49-U)/CS1 “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario”, sentencia del 30 de diciembre de 2014. Sostiene, en tal sentido, que el artículo 55 de la ley citada determina que el beneficio de gratuidad tiene el mismo alcance que el beneficio de litigar sin gastos.

3°) Que en relación con el primero de los agravios señalados, referido a la caducidad de la instancia cuyo debate ante el *a quo* concluyó en la declaración de deserción de la apelación de la actora, el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja en examen, es inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4°) Que, con respecto al agravio relativo a la imposición de costas, cabe advertir que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que, si bien dicha objeción remite al estudio de cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas, en principio, a la vía del artículo 14 de la ley 48, 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: 316:224 y 330:4903, entre muchos otros).

5°) Que, a fin de efectuar tal evaluación, corresponde recordar, en primer lugar, que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que “[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Asimismo, asigna un rol fundamental en esta materia a las autoridades públicas, a quienes se designa como encargadas de proveer a la protección de estos derechos, y difiere a la reglamentación legal el establecimiento de “*procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*”.

Esta cláusula fue incorporada por la Convención Reformadora de 1994 en la primera parte de la Constitución Nacional, dentro del capítulo titulado “Nuevos Derechos y Garantías”. La discusión y aprobación de la disposición de que se trata tuvo lugar —ante el dictamen de la Comisión de Redacción y la existencia de despachos de mayoría y de minoría dentro de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías— en el seno de la Convención en las reuniones 31 y 32 —3ª Sesión Ordinaria— que se desarrollaron los días 16 y 17 de agosto de 1994 (conf. www.hcdn.gov.ar, páginas 4168 y siguientes).

6°) Que de la consulta de los debates llevados a cabo en la Convención Constituyente con motivo de su consagración expresa surge que “*el derecho del consumidor nace del reconocimiento de que es necesario restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo. Este marco de equilibrio desfavorable al consumidor y favorable al proveedor surge de una debilidad estructural por parte del consumidor (...)*”.

Junto a los derechos sustanciales expresamente incorporados al texto constitucional en esta materia fueron destacados “...los llamados derechos primarios, que prácticamente son anteriores al propio derecho del consumidor. Uno de ellos es el implícito derecho de libre acceso al consumo para toda la población y otro es la educación del consumidor”.

Esta categorización de derechos —en opinión del miembro informante del dictamen de mayoría, convencional Irigoyen— sirve como finalidad de la política, por una parte, como marco teleológico para los poderes del Estado, por la otra, y además, como específica pauta hermenéutica para el Poder Judicial de la Nación.

En tal contexto, se propuso en el texto constitucional el necesario establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos que se puedan plantear. “*Para ello brindaremos acceso gratuito a la justicia, asesoramiento previo e incorporamos la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios para que puedan defender estos derechos*” (página 4175 del debate citado).

Por su parte, la señora convencional por Buenos Aires, en su calidad de miembro informante de uno de los dictámenes de minoría (señora Pizzurno), consideró imperioso dotar a la nueva norma de efectivos canales de acceso a la Justicia, en el entendimiento de que de nada sirven todos los textos legales si no se proveen de los instrumentos eficaces para su materialización. En tal sentido, destacó que “[s]in una legitimación activa de todos los ciudadanos para solucionar los problemas que les atañe y, en particular, de las asociaciones (...) —para actuar en su representación y con un efecto erga omnes, asegurando la gratuidad del acceso a dichas vías jurisdiccionales— no podremos garantizar en modo alguno que los objetivos que nos fijamos con este nuevo texto tengan alguna posibilidad de llegar a buen puerto” (página 4180).

Finalmente, el convencional De la Rúa señaló que, desde una óptica procesal, la efectividad de los derechos de los consumidores exige la eliminación de los obstáculos para el acceso a la justicia, constituidos, entre otros, por la onerosidad de los procesos judiciales. En tal entorno, afirmó que la disposición referida, que se aprestaban a sancionar, establece la obligación de adoptar un sistema adecuado de protección fundado, además de otros factores, en la disminución

de los costos judiciales. En esa oportunidad destacó que, si bien la ley 24.240 sancionada en 1993 lo había receptado, el veto presidencial neutralizó aspectos significativos establecidos originariamente por el legislador, tales como la gratuidad consagrada originalmente en el artículo 53. En tal sentido, y en relación a los fundamentos de dicho veto, señaló que una efectiva reducción de la litigiosidad basada en que solo la mitad de las personas afectadas se encuentran dispuestas a afrontar los costos de un proceso, menoscaba la garantía del acceso a la justicia (página 4416).

7°) Que respecto de la reglamentación legal de la cláusula constitucional examinada, corresponde recordar que en el segundo párrafo del artículo 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) se establece, en relación con las asociaciones de consumidores, que “[l]as acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita”.

A los efectos de determinar el alcance que cabe asignar a la frase “justicia gratuita” empleada por el legislador, es importante reparar en que tales términos también fueron incorporados en el párrafo final del artículo 53 de la misma ley, en el que se señala que “[l]as actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”.

8°) Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcritos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 —que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240—, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso.

En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar

la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.

9º) Que, por lo demás, el criterio de interpretación expuesto coincide con la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos. En efecto, en el informe que acompañó el proyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados por las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, en referencia al artículo 53 de la ley 24.240, se señaló que *“se reinstala en la ley que nos ocupa el beneficio de justicia gratuita para todos los procesos iniciados en su mérito, que había sido oportunamente vetado al promulgarse la ley en 1993, estableciéndose empero la posibilidad de que la demandada alegue y demuestre la solvencia de la parte actora, haciendo cesar el beneficio. Todo ello en el entendimiento de que se coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la justicia, sin que su situación patrimonial desfavorable sea un obstáculo”*.

En igual documento, en referencia al artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor, se sostuvo que *“por similares razones a las expuestas al fundar la reforma al artículo 53, y aún mayores en consideración a que se acciona en defensa de los intereses colectivos, se propicia el beneficio de justicia gratuita en este tipo de causas. También teniendo en cuenta que cuando alguna autoridad pública o alguna defensoría del pueblo han actuado en procesos colectivos se los ha eximido de gastos por pertenecer al aparato del Estado, con lo que podría configurarse una indebida discriminación en contra del restante legitimado para incoar acciones colectivas, las asociaciones de consumidores, cuya genuina y eficiente representación de la sociedad civil en estos temas está convalidada con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico”* (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 25º Reunión – 18º Sesión Ordinaria, agosto 9 de 2006, páginas 102 y 103).

En el mismo sentido, en cuanto al alcance que corresponde adjudicar a los términos aquí examinados, el diputado Pinedo planteó sus

observaciones al proyecto por entender que extendía notable e inconvenientemente el carácter de consumidor y, por tanto, el ámbito de aplicación de la ley. Así, en relación a su artículo 53, señaló que “...una pequeña y mediana empresa al ser considerada consumidor, gozará del beneficio de litigar sin gastos, eventualmente aun contra sus proveedores, obligando a éstos a acreditar la solvencia de la compañía” (texto citado, página 114).

Por su parte, en oportunidad de debatirse el proyecto de ley en el Senado de la Nación, se señaló que con la incorporación del beneficio de justicia gratuita se pretendía remover los obstáculos que impedían a la mayoría de los usuarios y consumidores recurrir a la justicia “... para hacer valer la vulneración de un derecho, porque no están en condiciones de contratar los servicios de un profesional del Derecho ni de afrontar los gastos que demande una pretensión judicial en concreto” (senador Petcoff Naidenoff, “Antecedentes Parlamentarios Ley 26.361 — Defensa del Consumidor”, Mayo 2008, Editorial La Ley, página 437). En igual sentido se expidió el senador Pichetto, quien sostuvo que “...Si este es un proyecto de ley de defensa del usuario, de los humildes, de los pobres y de los más débiles, el principio de gratuidad tiene que ser inherente a esta norma, si no para qué votar esta iniciativa...” (“Antecedentes Parlamentarios”, página 438). Y en coincidencia con ello, el senador Morales afirmó que “...vamos a sancionar una norma que consolidará y reglamentará un derecho establecido en la Constitución, que es de orden público y de aplicación para los usuarios y consumidores de todo el país. Por consiguiente, considero que está bien establecer el principio de gratuidad, de acceso gratuito a la Justicia...” (“Antecedentes Parlamentarios”, página 438).

Cabe destacar que si los legisladores descartaron la utilización del término “beneficio de litigar sin gastos” en la norma no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para preservar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales. En este sentido, aparecen como esclarecedoras las exposiciones tanto de la senadora Escudero (“Antecedentes Parlamentarios”, página 437) como las del senador Guinle, quien afirmó que “...esta es una ley de fondo, pero también es cierto que la tasa de justicia le corresponde ser percibida por los gobiernos provinciales. Entonces, como decía la senadora Escudero, lo pertinente es establecer el principio de gratuidad, porque corresponde en la ley de fondo (...)” (“Antecedentes Parlamentarios”, página 438).

10) Que, en igual línea de razonamiento, esta Corte entendió que no correspondía la imposición de costas en el marco de los recursos traídos a su conocimiento en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores (CSJ 66/2010 (46-U)/CS1 “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo”, sentencia del 11 de octubre de 2011; Fallos: 335:1080; CSJ 10/2013 (49-U)/CS1 “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario”, sentencia del 30 de diciembre de 2014; Fallos: 338:40; CSJ 27/2013 (49-D)/CS1 “Dañificados Financieros Asociación para su Defensa c/ Bco. Patagonia Sudameris S.A. y otros s/ sumarísimo”, sentencia del 7 de abril de 2015; CSJ 443/2011 (47-P)/CS1 “Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión S.A. s/ cumplimiento de contrato”, sentencia del 22 de diciembre de 2015, entre otros).

A mayor abundamiento, en el precedente “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A.” (Fallos: 338:1344), este Tribunal señaló —en ocasión de resolver una petición relativa a la exención del depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— que “la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores [en referencia al art. 42 citado], requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales” (considerando 4º). Y, en el mismo precedente, afirmó que “...la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo” (considerando 6º).

Así las cosas, allí se concluyó en que “una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir... donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:375) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos”.

11) Que, en virtud de las consideraciones expuestas, corresponde concluir en que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, por lo que debe ser dejada sin efecto en lo que respecta a la imposición de costas.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y, con igual alcance, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada en lo concerniente a la imposición de costas. Con costas de esta instancia a la demandada vencida (artículo 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 un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de queja interpuesto por **Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria**, representada por el Dr. Ariel R. Caplan; **Unión de Usuarios y Consumidores**, representada por el Dr. Horacio L. Bersten y **Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (A.D.D.U.C.)**, representada por el Dr. Osvaldo H. Bassano, patrocinados por el Dr. Gabriel Martínez Medrano.

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

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

G.D.S., G. Y OTRO c/ OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN s/ AMPARO DE SALUD

OBRAS SOCIALES

La decisión de obligar a la obra social a afrontar el 100% de la cobertura de todas las prestaciones requeridas en la demanda no resulta razonable y debe ser dejada sin efecto, en tanto desconoce la plataforma

normativa aplicable, cuya constitucionalidad no ha sido objetada y no se encuentra demostrado que la provisión de los servicios asistenciales de acuerdo con las previsiones y reintegros dispuestos conforme con las resoluciones 1126/04 y 822/13 de la demandada- Obras Social del Poder Judicial de la Nación-y 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación y las dictadas en consecuencia a fin de la actualización de sus valores, signifiquen una afectación del derecho de aquella que importe su desnaturalización.

OBRAS SOCIALES

Si bien se ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia.

-Del precedente “VI.R.” (Fallos:340:1269) al que la Corte remite-

DERECHO A LA SALUD

La decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100 % de la cobertura de las prestaciones médicas de la persona con discapacidad conforme con las prescripciones, recomendaciones y derivaciones que se efectúen y con los medios elegidos por los responsables del menor para llevarlas a cabo no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa cuya constitucionalidad no ha sido objetada y soslaya la competencia atribuida por ley a la autoridad de aplicación en la materia para reglamentar el alcance de las prestaciones dejando en manos de los profesionales que atienden al menor y de sus progenitores la determinación de lo que ha de entenderse por “atención integral” contemplada en el sistema.

-Del precedente “VI.R.” (Fallos:340:1269) al que la Corte remite-

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que ordenó a la obra social demandada cubrir el 100% de los servicios médico asistenciales reclamados para una menor con discapacidad con excepción de los relativos a hidroterapia, equi-

noterapia y acompañante terapéutico y, limitó su cobertura total al caso en que fueran suministradas por profesionales o efectores pertenecientes a la entidad accionada y, conforme con los valores que surgen del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Prestaciones de Apoyo), pues la aserción de la alzada en el sentido de que no se encontraba acreditado que la hidroterapia, la equinoterapia y el acompañante terapéutico fueran indispensables para resguardar adecuadamente la salud de la menor, no pasa de ser una aserción dogmática que no guarda relación con las circunstancias comprobadas de la causa, máxime cuando resulta absurdo pensar que la misma persona con discapacidad, cuyas patologías no han variado, pudiera requerir un tratamiento distinto al que viene realizando desde edad temprana por el solo hecho de haber mudado su domicilio a otra provincia (Disidencia del juez Rosatti).

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que ordenó a la obra social demandada cubrir el 100% de los servicios médico asistenciales reclamados para una menor con discapacidad con excepción de los relativos a hidroterapia, equinoterapia y acompañante terapéutico y, limitó su cobertura total al caso en que fueran suministradas por profesionales o efectores pertenecientes a la entidad accionada y, conforme con los valores que surgen del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Prestaciones de Apoyo), pues las obras sociales tienen a su cargo la cobertura de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología (art. 39, inciso a, ley 24.901) y en el caso dicha necesidad ha quedado demostrada mediante constancias que el a quo omitió ponderar (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la actora y por la demandada en la causa G.D.S., G. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por G.G.D.S., por sí y en representación de su hija menor discapacitada, a fin de que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación le otorgara cobertura total de las terapias y prestaciones prescriptas a favor de la niña. En consecuencia, ordenó a la demandada a cubrirle el 100% de los servicios médico asistenciales reclamados en la demanda con excepción de los relativos a hidroterapia, equinoterapia y acompañante terapéutico, pues estimó que al no haberse acreditado quiénes se encargarían de ellos o la necesidad de un específico prestador, limitó su cobertura total al caso en que fueran suministradas por profesionales o efectores pertenecientes a la obra social demandada y, conforme con los valores que surgen del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Prestaciones de Apoyo) según resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social y sus modificatorias, en el supuesto de que quienes las prestaran resultaran ajenos a la demandada.

2°) Que contra dicha decisión, tanto la parte actora como la obra social dedujeron sendos recursos extraordinarios cuya denegación originó sus respectivos recursos de queja (v. fs. 461/470 y 472/481 de los autos principales, foliatura a la que se aludirá en lo sucesivo).

Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la actora cuestiona la limitación de la cobertura establecida por el *a quo* respecto de hidroterapia, equinoterapia y acompañante terapéutico. Aduce que el art. 6° de la ley 24.901 no efectúa la diferenciación que hizo la sala y que la niña se ha mudado a Santiago del Estero donde la institución asistencial no tiene prestadores propios que suministren las citadas prestaciones y que los valores reconocidos son muy inferiores a los costos reales que insumen.

Por su parte, la demandada sostiene que el fallo no ha interpretado debidamente las leyes 23.660, 23.661, 23.890 y 24.901, decreto 1193/98 y resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Aduce que arbitrariamente el *a quo* ha omitido pronunciarse sobre cuestiones conducentes para la decisión del caso vinculada con los topes arancelarios establecidos para las prestaciones requeridas en las diferentes resoluciones de la obra social (1126/04 y 822/13) dictadas

conforme con los valores fijados por el citado ministerio en punto a la reglamentación de los servicios a cargo de las obras sociales y las empresas de medicina prepa.

3°) Que en lo que concierne a la apelación de la demandada, la cuestión planteada resulta análoga a la suscitada en los precedentes “V.I.R.”, “D.G.C.E.” y “D.P.C.S.” (Fallos: 340:1269 y 1995; 342:2399, respectivamente) a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Solo cabe añadir que en el presente no se encuentra demostrado que la provisión de los servicios asistenciales de acuerdo con las previsiones y reintegros dispuestos conforme con las resoluciones 1126/04 y 822/13 de la demandada y 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación y las dictadas en consecuencia a fin de la actualización de sus valores, signifiquen una afectación del derecho de la menor que importe su desnaturalización. En ese contexto, la decisión del *a quo* de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura de todas las prestaciones requeridas en la demanda no resulta razonable y debe ser dejada sin efecto, en tanto desconoce la plataforma normativa aplicable, cuya constitucionalidad no ha sido objetada.

4°) Que por lo demás, el recurso extraordinario deducido por la actora –que, denegado, originó su presentación directa- es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa de la parte actora. Se hace lugar a la queja deducida por la demandada, se declara procedente su recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con tal alcance. Con costas. Agréguese el recurso de hecho admitido al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, remítase y, oportunamente, archívese la queja desestimada.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que en la causa de referencia la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal modificó parcialmente el fallo de la instancia anterior y determinó que las prestaciones de acompañante terapéutico, equinoterapia e hidroterapia, debían ser cubiertas por la demandada hasta el límite mensual fijado, por hora, en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, para el Módulo “Prestaciones de Apoyo” de la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social y sus modificatorias, salvo que fueran brindadas por profesionales de la cartilla de la Obra Social del Poder Judicial, en cuyo caso esta debía abonar el 100% de dichas prácticas.

2°) Que, para decidir de ese modo, el *a quo* tuvo en cuenta que en la instancia anterior se había ordenado la cobertura total e integral de las prestaciones requeridas para la niña, afiliada a la Obra Social del Poder Judicial, que padece un trastorno del espectro autista y cuenta con certificado de discapacidad. Rechazó los agravios de la demandada dirigidos a que se circunscribiera la cobertura a los límites de la resolución 1126/04 de la mencionada obra social, por considerar que la ley 24.901 era aplicable a dicho ente de salud y sus previsiones no podían ser retaceadas por vía reglamentaria.

Sobre el punto, destacó que la mencionada ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1°). Recordó que las obras sociales deben responder en forma total a la asistencia básica enunciada en la ley (art. 2°). Enumeró las prestaciones contempladas, señaló que estaban previstas también otras ayudas y servicios complementarios, medicamentos, estudios de diagnóstico y de control. Concluyó, en definitiva, que la amplitud de asistencia prevista en el estatuto mencionado resultaba ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad.

Por último, y en cuanto a lo manifestado por la obra social en el sentido de que no se encontraba obligada a brindar la prestación de

acompañante terapéutico, el *a quo* consideró oportuno señalar que el art. 3° de la ley 25.421 establece que las instituciones y organizaciones prestadoras de salud deben disponer los recursos necesarios para proveer asistencia primaria de salud mental, y, entre los dispositivos y actividades detallados en el anexo I de ese ordenamiento, se incluye al acompañante terapéutico.

Sin perjuicio de ello, el tribunal ponderó que, de conformidad con el principio general establecido en el art. 6° de la citada ley 24.901, las prestaciones básicas debían ser brindadas por los agentes de salud mediante servicios propios o contratados, ya que la atención por parte de otros especialistas o instituciones (fuera de cartilla) requería que su intervención fuera imprescindible por las características del cuadro que afectara al paciente o cuando así lo determinaran las acciones de evaluación y orientación. Estimó que, en el caso, no se encontraba acreditado que la hidroterapia, la equinoterapia y el acompañante terapéutico fueran indispensables para resguardar adecuadamente la salud de la menor; por lo que, si en el nuevo lugar de residencia de la niña -Santiago del Estero- se acudiera a prestadores ajenos a la obra social que brindaran dichos servicios, estos debían ser cubiertos por la demandada hasta el límite mensual fijado por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, Módulo “Prestaciones de Apoyo” de la mencionada resolución 428/99.

3°) Que, contra dicho pronunciamiento, tanto la parte actora como la demandada dedujeron sendos recursos extraordinarios, cuya denegación dio origen a sus respectivos recursos de queja (fs. 498 del expediente principal, al que se aludirá en lo sucesivo).

Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, la demandante cuestiona que se haya limitado la cobertura establecida para las prestaciones de hidroterapia, equinoterapia y acompañante terapéutico. Señala que, aunque ha variado el lugar de residencia de la menor -de la Ciudad de Buenos Aires a Santiago del Estero- ni su tratamiento ni su patología han cambiado, por lo que resulta imprescindible continuar con las terapias que venía realizando en su anterior domicilio. Aduce que ante el requerimiento de la cámara -como medida para mejor proveer- se acompañaron certificados y constancias médicas originales que demuestran la conveniencia de continuar con dichos tratamientos terapéuticos, admitidos por el juez de primera instancia y por la

misma sala con cobertura total mediante cautelar y en la sentencia de fondo dictada en la instancia inferior.

Por su lado, la Obra Social del Poder Judicial sostiene que el *a quo* ha omitido pronunciarse sobre los topes arancelarios establecidos para las prestaciones requeridas en las diferentes resoluciones de esa entidad (1126/04 y 822/13), dictadas de conformidad con los valores fijados por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación en la resolución 428/99 y sus modificatorias.

4°) Que el recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5°) Que, aunque las cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal propuestas por el actor son ajenas al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a esa regla cuando, como ocurre en el caso, la alzada ha omitido considerar pruebas oportunamente introducidas y conducentes para una adecuada solución del pleito vulnerando en forma directa e inmediata la garantía de defensa en juicio del demandante, lo que impide reputar al pronunciamiento como un acto jurisdiccional válido (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

6°) Que ello es así porque la alzada, por sentencia interlocutoria, ordenó al accionante que -para mejor proveer- acompañara las prescripciones médicas que la menor requería en la actualidad, toda vez que desde diciembre de 2017 la familia se había trasladado a la ciudad de Santiago del Estero (fs. 431); sin embargo, al dictar la sentencia de fondo, se desentendió del resultado de esa medida.

En efecto, al contestar el requerimiento, el actor acompañó un informe de la actual médica pediatra, que recomendó no solo que la niña fuera atendida por varios profesionales de diversas especialidades médicas y que concurriera a un centro donde continuara con la rehabilitación iniciada en Buenos Aires -prestaciones reconocidas por el *a quo* con un 100% de cobertura-, sino que incluyó en el tratamiento, la presencia de un acompañante terapéutico y actividades recreativas como la equinoterapia e hidroterapia (fs. 435 y 436).

También obra a fs. 439 la constancia del profesor de natación de la menor en su nuevo lugar de residencia, que da cuenta de la óptima adaptación de la niña a la terapia en la pileta y la importancia de dar continuidad al trabajo para ajustar lo corporal y la atención cognitiva, profesional que también coincide en la conveniencia de que realice equinoterapia. Dichas certificaciones concuerdan con las obrantes a fs. 7/10, en las que el Servicio de Salud Mental del Hospital Italiano dio cuenta de que la menor contaba en Buenos Aires con un acompañante terapéutico y recomendó que se le suministrara un tratamiento de equinoterapia e hidroterapia que le permitieran comenzar a concretar algún acto de independencia, sostener una organización senso-motora, aceptar un estímulo rítmico sostenido y desempeñar un juego sensorial simple de baja demanda motora.

En definitiva, no existe en la causa constancia alguna que acredite que los tratamientos que venía realizando la menor en Buenos Aires sean innecesarios en su nuevo lugar de residencia.

Sobre la base de tales antecedentes, obrantes en la causa, la aserción de la alzada en el sentido de que no se encontraba acreditado que la hidroterapia, la equinoterapia y el acompañante terapéutico fueran indispensables para resguardar adecuadamente la salud de la menor, no pasa de ser una aserción dogmática que no guarda relación con las circunstancias comprobadas de la causa, máxime cuando resulta absurdo pensar que la misma persona con discapacidad, cuyas patologías no han variado, pudiera requerir un tratamiento distinto al que viene realizando desde edad temprana por el solo hecho de haber mudado su domicilio a otra provincia.

7°) Que, en tales condiciones, atento a que -tal como lo destacó la alzada- las obras sociales tienen a su cargo la cobertura de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir **imprescindiblemente** por las características específicas de la patología (art. 39, inciso a, ley 24.901) y dado que dicha necesidad ha quedado demostrada mediante constancias que el *a quo* omitió ponderar, corresponde descalificar la sentencia apelada, pues existe una relación directa e inmediata entre lo decidido y los derechos constitucionales que se dicen vulnerados.

Por ello, se desestima la presentación directa de la demandada, se hace lugar a la queja deducida por la parte actora, se declara proce-

dente su recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado en la presente. Con costas. Agréguese la queja del demandante al expediente principal a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo indicado. Notifíquese, devuélvase y oportunamente, archívese el recurso de hecho desestimado.

HORACIO ROSATTI.

Recursos de queja interpuestos por la **Obra Social del Poder Judicial de la Nación**, representada por la **Dra. Natalia Agustina Di Natale**, con el patrocinio letrado del **Dr. Marcos A. Giangrasso**; y por **G.G.D.S.**, por sí, y en representación de **M.F.G.D.S.**, representados por la **Dra. María Alejandra Vázquez**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 8**.

ARTIGAS, VALENTÍN c/ ESTADO NACIONAL –
PREFECTURA NAVAL ARGENTINA s/ ACCIDENTE EN EL ÁMBITO
MILITAR Y FZAS. DE SEG.

DAÑOS Y PERJUICIOS

Es arbitraria la sentencia que consideró que era improcedente el reclamo indemnizatorio fundado en normas de derecho común realizado por quien cumplía funciones como mecánico naval en la Prefectura Naval Argentina, toda vez que el a quo subsumió el caso en la doctrina que la Corte sentó, por mayoría, en el precedente “Leston” -del 18 de diciembre de 2007-, pero omitió considerar que en el caso se había probado que las lesiones sufridas por el actor a manos de terceras personas no fueron consecuencia de los riesgos característicos de la función de policía de seguridad de la navegación o de policía de seguridad y judicial que la ley 18.398 asigna a la Prefectura Naval Argentina, sino que se derivaron de hechos delictivos comunes de los cuales fue víctima (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

DAÑOS Y PERJUICIOS

Es arbitraria la sentencia consideró que era improcedente el reclamo indemnizatorio fundado en normas de derecho común realizado por quien cumplía funciones como mecánico naval en la Prefectura Naval Argentina con sustento en el precedente “Leston” -del 18 de diciembre de 2007-, pues la prueba obrante en el expediente no sugiere que el actor hubiera estado ejerciendo funciones como las descritas en la ley 18.398 cuando sucedieron los dos hechos dañosos que dan lugar al reclamo resarcitorio, sino por el contrario, la prueba indica que fue víctima de un hecho delictivo común como el que pudo sufrir cualquier trabajador en el contexto de sus tareas laborales (Voto del juez Rosenkrantz).

DAÑOS Y PERJUICIOS

Es arbitraria la sentencia consideró que era improcedente el reclamo indemnizatorio fundado en normas de derecho común realizado por quien cumplía funciones como mecánico naval en la Prefectura Naval Argentina con sustento en el precedente Leston” -del 18 de diciembre de 2007-, pues si bien es cierto que el actor se encontraba prestando funciones cuando sufrió las lesiones que lo incapacitaron para el servicio, no es posible sostener que esas lesiones fueron el resultado de un riesgo propio y específico del accionar de la fuerza de seguridad, en tanto las pruebas obrantes en la causa no muestran que hubiera estado cumpliendo una actividad vinculada con el servicio de policía de seguridad que se encuentra a cargo de la fuerza en la que prestaba servicios (Voto del juez Rosenkrantz).

DAÑOS Y PERJUICIOS

Resulta arbitraria la decisión de la cámara que sostiene que las lesiones padecidas por el actor mientras prestaba servicios ocurrieron en cumplimiento de misiones específicas de la fuerza - Prefectura Naval Argentina - y que, por ende, resultaba aplicable el precedente “Leston”- del 18 de diciembre de 2007-, pues al efectuar la subsunción del caso en la doctrina del citado precedente, la sentencia recurrida prescindió de las constancias objetivas de la causa y de las normas específicas que regían la función del actor (Voto del juez Rosenkrantz).

DAÑOS Y PERJUICIOS

La calificación de los hechos que dan lugar a al reclamo indemnizatorio efectuado por quien se desempeñaba como mecánico naval en la Prefectura Naval Argentina como “en acto de servicio” realizada en sede administrativa (y no “en y por acto del servicio”, como erróneamente consignó la cámara) no tiene necesariamente las mismas consecuencias que las que podría tener en el ámbito de la Policía Federal Argentina la calificación “en y por acto del servicio”, ni determina el rechazo de una pretensión indemnizatoria como la intentada en la causa, pues el régimen jurídico de la Prefectura solo distingue cuando el hecho lesivo es “acto de servicio” o “fuera de actos de servicios” y en la primera categoría se incluyen los daños que son consecuencia de los riesgos propios de la actividad del prefecto como así también a las lesiones vinculadas con el servicio pero que no son consecuencia de un riesgo propio de dicha actividad, como puede ser un accidente in itinere (Voto del juez Rosenkrantz).

DAÑOS Y PERJUICIOS

El principio general que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación y la extensión que se confiera al principio alterum non laedere merece toda la amplitud que amerita, evitando interpretaciones o limitaciones reglamentarias en la medida en que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (Disidencia parcial del juez Rosatti).

-Del voto en disidencia del juez Rosatti en el precedente “Goyenechea” (Fallos: 340:1296) al que remite su disidencia parcial)-

DAÑOS Y PERJUICIOS

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda -fundada en disposiciones del Código Civil-, interpuesta contra el Estado Nacional por el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en actos de servicios, pues la doctrina sentada en el precedente “Azzetti” -según la cual a diferencia de los casos en que la lesión reconoce un origen típicamente accidental, las normas del derecho común no resultan aplicables cuando la lesión es el resultado de una acción bélica-, fue circunscripta al ámbito particular de las “acciones bélicas (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-Del voto en disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni en el precedente “Aragón” (Fallos: 330:5205) al que la disidencia remite)-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Artigas, Valentín c/ Estado Nacional – Prefectura Naval Argentina s/ accidente en el ámbito militar y fzas. de seg.”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda planteada y condenado al Estado Nacional a indemnizar al actor –Prefecto, que cumplía funciones como mecánico naval en la Prefectura Naval Argentina- los daños y perjuicios padecidos en dos intentos de asalto, uno ocurrido mientras cumplía con sus tareas y otro cuando se dirigía a prestar servicio.

Para así decidir, la cámara –con invocación de precedentes de esta Corte- consideró que no era procedente el reclamo indemnizatorio fundado en normas de derecho común pues los daños sufridos eran consecuencia de episodios ocurridos en cumplimiento de funciones atinentes a la fuerza a la que perteneció.

2º) Que, contra este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 836/851 vta., que fue concedido en los términos de fs. 858/858 vta.

El recurrente sostiene que la alzada omitió considerar que, tal como quedó acreditado en la causa, las lesiones no fueron consecuencia de una “acción bélica” sino que se originaron en un simple hecho delictual ocurrido mientras realizaba tareas de mecánico naval, desprovisto de armamento y elementos protectores. En consecuencia, descarta que su situación pueda equipararse a la contemplada por esta Corte en el precedente CSJ 377/2005 (41-L)/CS1 “Leston, Juan Carlos c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, del 18 de diciembre de 2007. Agrega que los magistrados que suscribieron el fallo se apartaron de la posición que habían mantenido en casos de características similares al presente.

3°) Que si bien los agravios expuestos por el recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba que, en principio, resultan ajenas a la instancia extraordinaria, esta Corte ha establecido que son descalificables por arbitrariedad las sentencias que omiten el análisis y resolución sobre alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos: 312:1150, entre muchos otros).

4°) Que esta circunstancia es la que se observa en la especie, pues la cámara subsumió el caso en la doctrina que esta Corte sentó, por mayoría, en el citado precedente “Leston”, según la cual -a los efectos de evaluar la procedencia de reclamos indemnizatorios por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad fundados en normas de derecho común- es preciso distinguir entre las lesiones que resultan de acciones típicamente accidentales y las que provienen del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas de seguridad, concluyéndose que en esta última categoría no resultan aplicables las normas de derecho común, por encontrarse estrechamente relacionadas con las funciones específicas de la fuerza.

Al proceder de este modo omitió considerar que en el caso se había probado que las lesiones sufridas por el actor a manos de terceras personas no fueron consecuencia de los riesgos característicos de la función de policía de seguridad de la navegación o de policía de seguridad y judicial que la ley 18.398 asigna a la Prefectura Naval Argentina, sino que se derivaron de hechos delictivos comunes de los cuales Artigas fue víctima.

Este aspecto de la cuestión resultaba insoslayable para decidir si correspondía la aplicación del criterio de la mayoría de la Corte en “Leston”, sobre todo si se tiene en cuenta que conformaba el fundamento dirimente de la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al reclamo indemnizatorio.

5°) Que el *a quo* tampoco pudo sustentar su decisión en los precedentes CSJ 196/2011 (47-T)/CS1 “Troccay, Miguel Ángel c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Secretaría de Seguridad Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios” y CSJ 456/2011 (47-T)/CS1 “Tittaferrante, Mirta Noemí c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, fallados el 8

de octubre de 2013 y 30 de diciembre de 2014, respectivamente, pues en ambos casos lo que se perseguía era la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por personal policial en cumplimiento de funciones específicas de la fuerza.

6°) Que, en tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente. Notifíquese.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia parcial*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)– RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1°) Comparto la decisión a la que arriba la Corte por las razones expresadas en el voto que encabeza este pronunciamiento. No obstante ello, considero pertinente precisar algunas cuestiones vinculadas con la decisión de este caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas acreditadas y las normas que rigen la actuación de la Prefectura Naval Argentina.

2°) La cámara rechazó la demanda por estimar que la controversia debía ser subsumida en la doctrina fijada por esta Corte en el precedente CSJ 377/2005 (41-L)/CS1 “Leston, Juan Carlos c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior – Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, sentencia del 18 de diciembre de 2007.

Es importante recordar que, según dicho precedente, a los efectos de evaluar la procedencia de reclamos indemnizatorios por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad fundados en normas de derecho común, resulta preciso distinguir entre las lesiones que resultan de acciones típicamente accidentales y las que provienen del cumplimiento de misiones específicas. Para la Corte, los perjuicios ocasionados por enfrentamientos armados con delincuentes encuadran en la segunda categoría y no son indemnizables por las reglas generales que rigen la responsabilidad del Estado porque se encuentren “*estrechamente relacionados con las funciones típicas*” de la Policía Federal. En tal sentido, la Corte recordó que, según su propia norma orgánica, se trata de una fuerza que cumple funciones de policía de seguridad dentro de la jurisdicción del Gobierno de la Nación, que puede hacer uso de la fuerza pública y que el personal con estado policial se encuentra autorizado a esgrimir ostensiblemente sus armas para asegurar la defensa oportuna de las personas o derechos de terceros o los propios (arts. 1° y 8° del decreto - ley 333/58 convalidado por la ley 14.467; considerandos 5° y 6° de “Leston”; ver además lo resuelto en “García”, Fallos: 334:1795).

En la causa “Goyenechea” (Fallos: 340:1296, voto del juez Rosenkrantz) adherí al núcleo de la doctrina fijada en “Leston” por dos razones: a) la lesión en un enfrentamiento armado ocurrido cuando un policía cumple la función de prevención del delito era un riesgo propio y específico de la función policial previsto en el art. 8 de la ley 21.965, que el policía acepta cuando se incorpora a la fuerza; y b) el régimen especial aplicable a la Policía Federal Argentina contempla diferentes beneficios especiales para supuestos de incapacidad permanente o muerte producto del cumplimiento de la referida función de prevención (subsidios de carácter resarcitorio y mejoras en el haber de retiro).

3°) La decisión de este caso requiere determinar si el actor se encontraba cumpliendo una “misión específica” de la Prefectura Naval Argentina. En tal sentido, cabe recordar que la Prefectura “*es una fuerza de seguridad*”, cuyas funciones primordiales son prestar “*el servicio de policía de Seguridad de la navegación y el servicio de policía de seguridad y judicial; (y) parcialmente, la jurisdicción administrativa de la navegación*” (arts. 1° y 2° de la ley 18.398).

La prueba obrante en el expediente no sugiere que el actor hubiera estado ejerciendo funciones como las descriptas en la norma citada cuando sucedieron los dos hechos dañosos que dan lugar al reclamo

resarcitorio. Por el contrario, la prueba indica que fue víctima de un hecho delictivo común como el que pudo sufrir cualquier trabajador en el contexto de sus tareas laborales.

En efecto, de las constancias de la causa surge que en el año 2002 el actor prestaba funciones en el Taller General de Reparaciones Navales ubicado en San Fernando, cuando sufrió dos hechos delictivos en virtud de los cuales recibió disparos de delincuentes. El primero de ellos se trató de un intento de robo mientras manejaba su auto particular en cumplimiento de una comisión de servicio vinculada con las tareas que prestaba en la referida dependencia (ver fs. 30 y siguientes). Y el segundo hecho ocurrió cuando se dirigía hacia su lugar de trabajo (ver fs. 4 vta., 55, 95 vta. y 192). De las referidas constancias no surge que el actor estuviera vistiendo uniforme, ni que hubiera dado la voz de alto o se hubiera identificado como prefecto al momento en que se produjeron los hechos.

Consecuentemente, si bien es cierto que el actor se encontraba prestando funciones cuando sufrió las lesiones que lo incapacitaron para el servicio (ver resoluciones administrativas obrantes a fs. 54 y 55, en las que Prefectura Naval Argentina declaró que los “*accidentes*” sufridos se produjeron “*en actos de servicio*”), no es posible sostener que esas lesiones fueron el resultado de un riesgo propio y específico del accionar de la fuerza de seguridad. Las pruebas obrantes en la causa no muestran que hubiera estado cumpliendo una actividad vinculada con el servicio de policía de seguridad que se encuentra a cargo de la fuerza en la que prestaba servicios.

4°) También resulta desacertada la aplicación *simpliciter* del precedente “Leston” efectuada por la cámara.

El precedente mencionado se refería a integrantes de la Policía Federal, cuyas normas orgánicas regulan la calificación de las lesiones vinculadas con el servicio y las reparaciones que corresponden en casos de incapacidad o fallecimiento en forma diferente a las que rigen a la Prefectura Naval Argentina. En el ámbito de la Policía Federal, a los efectos de calificar los accidentes y enfermedades sufridas por el personal, se distingue entre fallecimientos o lesiones ocurridas “en y por acto del servicio”, definidos normativamente como aquellos que resultan “*consecuencia directa o inmediata del ejercicio de la función policial, como un riesgo específico y exclusivo de la misma*”

(art. 696, inciso a, del reglamento aprobado por el decreto 1866/1983) y “en servicio”, que comprende a daños padecidos en el horario de trabajo y no deriva del riesgo propio de la función policial, o bien ocurre *in itinere* (idem, inciso c). Esta distinción, además de que resulta relevante a los efectos del encuadre jurídico de los reclamos indemnizatorios efectuados por policías incapacitados por razones de servicio (ver en este sentido, Fallos: 342:1198, “Machado”), conlleva el otorgamiento de diferentes coberturas previsionales (arts. 98 y 112 de la ley 21.965; arts. 1° de la ley 16.443 y de la ley 20.774) o incluso de un subsidio de carácter resarcitorio (art. 1° de la ley 16.973, texto según el decreto de necesidad y urgencia 1441/2004).

En cambio, el régimen jurídico de la Prefectura solo distingue cuando el hecho lesivo es “acto de servicio” o “fuera de actos de servicios” y en la primera categoría se incluyen los daños que son consecuencia de los riesgos propios de la actividad del prefecto como así también a las lesiones vinculadas con el servicio pero que no son consecuencia de un riesgo propio de dicha actividad, como puede ser un accidente *in itinere* (ver art. 090.401 de la “Reglamentación del Personal” de la Prefectura, aprobada por el decreto 6242/1971). Esto supone que una lesión calificada como “acto de servicio” conlleva el otorgamiento de una prestación previsional, que —como regla— solo varía en función del porcentaje de incapacidad (conf. art. 11, inciso a, apartado 1, de la ley 12.992, texto según ley 23.028).

Por lo tanto, la calificación de los hechos que dan lugar a este pleito como “en acto de servicio” realizada en sede administrativa por la Prefectura Naval Argentina (y no “en y por acto del servicio”, como erróneamente consignó la cámara a fs. 831) no tiene necesariamente las mismas consecuencias que las que podría tener en el ámbito de la Policía Federal Argentina la calificación “en y por acto del servicio”, ni determina el rechazo de una pretensión indemnizatoria como la intentada en autos.

5°) En síntesis, resulta arbitraria la decisión de la cámara que sostiene que las lesiones padecidas por el actor mientras prestaba servicios ocurrieron en cumplimiento de misiones específicas de la fuerza y que, por ende, resultaba aplicable el precedente “Leston”. Al efectuar la subsunción del caso en la doctrina del citado precedente, la sentencia recurrida prescindió de las constancias objetivas de la causa y de las normas específicas que regían la función del actor.

En virtud de lo expuesto, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO
ROSATTI

Considerando:

Que las cuestiones aquí planteadas presentan sustancial analogía con las debatidas y resueltas en la causa “Goyenechea” (Fallos: 340:1296), disidencia del juez Rosatti, a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a las particularidades de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y —oportunamente— devuélvase al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

HORACIO ROSATTI.

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

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el pronunciamiento dictado en la causa

“Aragón” (Fallos: 330:5205) –disidencia de la jueza Highton de Nolasco y del juez Zaffaroni–, a cuyos fundamentos, en lo pertinente, corresponde remitir.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden habida cuenta la índole de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por **Valentín Artigas**, actor en autos, representado por el **Dr. Jorge Omar González**, con el patrocinio letrado del **Dr. Pablo Adrián González**.

Traslado contestado por la **Prefectura Naval Argentina**, parte demandada, representada por la **Dra. Natalia Seoane**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 2**.

B., C. B. Y OTRO c/ IOSPER Y OTROS s/ ACCIÓN DE AMPARO

OBRAS SOCIALES

A partir del dictado del decreto 883/2020 las obras sociales deben brindar cobertura para la adquisición de los derivados de la planta de cannabis a aquellos pacientes que cuenten con indicación médica según la propia letra del art. 3 inc. d.

OBRAS SOCIALES

No cabe duda que las obras sociales deben brindar la cobertura para la adquisición de los derivados de la planta de cannabis a aquellos pacientes que cuenten con indicación médica requerida y tal solución respeta

el mandato constitucional de un particular -tal su término exacto en el art. 75 inc. 23- deber de cuidado respecto de las personas con discapacidad que consagra la Carta Fundamental, especialmente desde la reforma de 1994, con la incorporación con jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 27.044 B.O. 22 de diciembre de 2014) (art. 75, incs. 22 y 23 C.N).

OBRAS SOCIALES

La obra social demandada debe brindar la cobertura del 100 % para la adquisición del aceite de cannabis, toda vez que fueron acreditadas las mejora sustanciales que produjo el medicamento en el estado de salud del paciente y en su calidad de vida, las cuales resultan consistentes con los estudios científicos realizados sobre la efectividad del mencionado aceite de cannabis en el tratamiento de la epilepsia refractaria, reconocida incluso por la auditora de la entidad accionada y que asimismo fueron uno de los motivos de la sanción de la ley 27.350.

SENTENCIA ARBITRARIA

Corresponde revocar la sentencia que encuadró la pretensión de la parte actora en las disposiciones de la ley 27.350 y, ante la ausencia de una cláusula que expresamente estipulara la obligación de las demandadas, juzgó improcedente la demanda destinada a que la obra social accionada cubra el 100% del aceite de cannabis para uso medicinal, pues la tésis que sustenta el fallo soslaya el análisis de la totalidad de las normas que concurren a dirimir la contienda, consagrando una interpretación fragmentaria del ordenamiento jurídico que contradice su finalidad última (Voto del juez Rosatti).

SENTENCIA ARBITRARIA

Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida contra una obra social y subsidiariamente contra una provincia para que se le brindara la cobertura integral de aceite de cannabis, indicado como alternativa terapéutica para tratar la epilepsia refractaria, toda vez que ha omitido ponderar las previsiones del art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que corresponde al Congreso Nacional legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio

de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad; los arts. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10, 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigentes por el reenvío del art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental; y, particularmente, la ley 24.901 que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Voto del juez Rosatti).

DISCAPACIDAD

La preferente tutela de la que goza el hijo de los actores por encontrarse incapacitado y ser paciente epiléptico, y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamentales, según se encuentra prescripto en el transcripto inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional, debió desterrar definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos, lo que ocurre cuando, se limita la cobertura de salud por una interpretación excesivamente amplia de las resoluciones reglamentarias de otra norma o la lisa y llana exclusión de la leyes orientadas a la específica protección de las personas discapacitadas, esto es, las leyes 24.901 y 25.404 (Voto del juez Rosatti).

OBRAS SOCIALES

Acreditada la prescripción médica, la falta de efectividad de los tratamientos convencionales, el consentimiento informado del paciente, las mejoras sustanciales del estado de salud y de la calidad de vida de éste, y la autorización otorgada por la ANMAT en el contexto del Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos, corresponde concluir que el joven cuyo amparo se reclama- para la cobertura de aceite de cannabis- tenía derecho a la cobertura integral del tratamiento, pesando sobre las demandadas - Obra social y Provincia- la obligación de asumir su costo conforme las disposiciones de la ley 24.901 y la ley 9891 de la Provincia de Entre Ríos (Voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

El individuo es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Voto del juez Rosatti).

DISCAPACIDAD

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), se ha reafirmado en los pronunciamientos de la Corte, el derecho a la preservación de la salud y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Voto del juez Rosatti).

INTERPRETACION DE LA LEY

Las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Voto del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal, como lo son aquellas que tutelan el derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal y, si en el transcurso del proceso, han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos revocó, por mayoría, la sentencia de grado y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo promovida por C B B y P F M, en representación de su hijo, A. M., contra el Instituto de Obra Social de la provincia de Entre Ríos (en adelante, IOSPER) y, en subsidio, contra esa provincia, a fin de obtener la cobertura médica y farmacológica -integral, regular, ininterrumpida y en un cien por ciento- de la alternativa terapéutica consistente en el uso de aceite de cannabis para tratar la epilepsia refractaria que padece el joven de acuerdo con las indicaciones de su médico neurólogo (fs. 325/330).

El tribunal señaló que los actores fundan su pretensión en la Ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus derivados.

Afirma que, a través de ella, el Estado Nacional se obligó a suministrar, en forma gratuita, aceite de cannabis en caso de cumplimiento de ciertas condiciones, como la inscripción en el registro creado en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación. Advirtió que se trata de un sistema riguroso que requiere la intervención de autoridades habilitadas e idóneas en la materia.

Expuso que esa ley no impone a las obras sociales la obligación de proveer aceite de cannabis ni incluye a la planta de cannabis y sus derivados en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Agregó que el artículo 7 del decreto reglamentario 738/2017 determina que los pacientes que no se encuentran incorporados al programa nacional y

tienen prescripto el uso de aceite de cannabis deben afrontar el costo. Destaca que ello es razonable puesto que se trata de una sustancia de uso experimental no aprobada para su comercialización, lo que justifica un intenso control estatal.

Concluyó que, aun sin desconocer el grave estado de salud del joven ni los beneficios terapéuticos del aceite de cannabis, la denegatoria de la obra social no es manifiestamente ilegítima, por lo que la acción de amparo debe ser rechazada.

-II-

Contra ese pronunciamiento, los accionantes interpusieron recurso extraordinario (fs. 335/350), que contestado (fs. 355/363 y 366/370) fue concedido por el *a quo* (fs. 379/380).

Los apelantes sostienen que existe cuestión federal puesto que se encuentran en juego los derechos a la vida, la salud y la integridad física consagrados en la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las leyes 23.661, 24.901 y 27.350. Alegan, además, que la decisión es arbitraria puesto que efectúa una interpretación restrictiva del ordenamiento legal que ampara a las personas con discapacidad.

Exponen que su hijo es una persona con discapacidad.

Destacan que padece de epilepsia refractaria, por lo que se acostumbra rápidamente a los fármacos suministrados para tratar las convulsiones, que, por ende, pierden efectividad. Aseveran que para ese tipo de epilepsia el suministro del aceite de cannabis es el tratamiento más efectivo. Puntualizan que su hijo recibe ese tratamiento desde el año 2016 y que desde entonces las convulsiones disminuyeron de 10/15 diarias a 3/4 semanales. Agregan que ello permitió reducir el uso de otros medicamentos y mejoró el peso de su hijo, el control de esfínteres y la respuesta a consignas simples y, en definitiva, su calidad de vida.

Reseñan que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción teniendo en cuenta que el uso del aceite de cannabis es una alternativa terapéutica. Agregan que, del mismo modo, el voto en minoría de la sentencia apelada destacó que está acreditada la efectividad de esa droga para disminuir las convulsiones en los casos de epilepsia refractaria.

Aducen que, en sentido contrario, el voto mayoritario se limitó a analizar la ley 27.350 con una visión parcializada de los derechos en

juego. Critican que no tuvo en cuenta que la ley 27.350 debe ser interpretada e integrada con la ley 24.901. Se agravian de que la sentencia reconoció el gravísimo estado de salud del joven pero no le otorgó tutela judicial efectiva.

Aclaran que la ley 27.350 y su reglamentación no liberan a la obra social de otorgar la cobertura de esa sustancia, pues no la eximen de las obligaciones de la ley 24.901. Apuntan que, a la fecha de interposición del recurso, la provincia de Entre Ríos no se encuentra adherida a la ley 27.350, por lo que no existe articulación entre la Nación y la provincia que permita acceder a las personas que padecen epilepsia refractaria a la provisión de la sustancia en cuestión con la urgencia que demanda la enfermedad.

Añaden que el hecho de que la reglamentación de la ley 27.350 no incluya la cobertura del aceite de cannabis dentro del PMO no impide acceder a la prestación requerida, pues este último es mutable a la luz de los avances científicos y, además, constituye el piso mínimo de las prestaciones a cargo de los agentes de salud. Afirman que la Organización Mundial de la Salud determinó que esa droga tiene alto potencial terapéutico.

-III-

El recurso extraordinario fue correctamente concedido puesto que se encuentra en tela de juicio la interpretación del derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud consagrado en normas de carácter federal (art. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 10, 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y leyes 24.901 y 27.350), y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 327:2127, “Martín”; 327:2413, “Lifschitz”; 335:168, “P. de C. M.”; y dictamen de esta Procuración General, causa L. 85, L. XLVII, “L. Edith Silvia c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo”, 28 de mayo de 2013). Además, el planteo de arbitrariedad debe ser tratado en forma conjunta en tanto se encuentra inescindiblemente relacionado con la cuestión federal.

-IV-

En el presente caso, corresponde determinar si A.M. -joven de 20 años con discapacidad- tiene derecho a que la obra social demandada

-y, en subsidio, la provincia de Entre Ríos- le cubra en forma integral la alternativa terapéutica consistente en el uso de aceite de cannabis indicada por su médico neurólogo para tratar la epilepsia refractaria.

A mi modo de ver, la sentencia apelada denegó la cobertura sobre la base de identificar en forma errada el régimen jurídico que dirime el conflicto. En concreto, decidió la suerte de la acción sobre la base de ponderar únicamente las previsiones de la Ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus derivados, sin analizar fundadamente el alcance de las restantes normas aplicables, esto es, el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 10, 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en particular, la ley 24.901 que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Esa visión fragmentada contradice precisamente el objeto de la ley 27.350, que consiste en garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1).

En tal sentido, entiendo que las reglas de cobertura integral de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad previstas en los artículos 1, 15 y 38 de la ley 24.901, interpretadas a la luz de las normas constitucionales mencionadas, obligan en las circunstancias de este caso a la obra social demandada a cubrir el tratamiento solicitado.

En efecto, el derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional en favor de las personas con discapacidad (Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos citados). Nuestro orden constitucional adoptó además un modelo social de la discapacidad a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ese modelo implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Furlan y Familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 133; y “González Lluy y otros vs. Ecuador”, sentencia del 1 de septiembre de 2015, párr. 237). Para superar esos obstáculos, la citada convención propicia la adopción de medidas tendientes a lograr que la persona alcance el más alto nivel posible de salud, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, garantizando la

inclusión y participación plena y efectiva en todos los aspectos de la vida (arts. 3, inc. e; 19; 24; 25 y 26).

La Corte Suprema destacó que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país y enfatizó los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (Fallos: 327:2127, “Martín” y 327:2413, “Lifschitz”). Agregó que los agentes de salud deben hacer su máximo esfuerzo por brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de esa condición (Fallos: 327:2127 cit. y 331:1449, “Segarra”).

En sentido coherente con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de igual jerarquía, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que IOSPER se encuentra compelido a cumplir en atención a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley provincial 9891 -texto sustituido por ley 9972-. Esa norma contempla prestaciones destinadas a cubrir un amplio espectro de las necesidades que pueden presentar las personas con discapacidad, pues no sólo busca dar respuesta a requerimientos de asistencia médica, sino a mejorar sus condiciones de vida y su relación con el entorno, teniendo como principal objetivo su habilitación y rehabilitación integral, en consonancia con el modelo social de discapacidad.

En concreto, el artículo 1 contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura “integral” a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.

El artículo 15 regula las prestaciones de rehabilitación, que define como aquellas que tienen por objeto la adquisición y restauración de aptitudes e intereses para que la persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social, a través de la recuperación de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y viscerales, “utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios”. La norma enfatiza que “[e]n todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”.

El carácter integral se manifiesta, también, en el artículo 38 que establece que “[e]n caso que una persona con discapacidad requiriere, en función de su patología, medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se le reconocerá el costo

total de los mismos”. En el dictamen emitido el 17 de marzo de 2014 en los autos C. 958, L. XLVII, “C. V., A. M. c/ Cemic s/ sumarísimo”, esta Procuración General entendió que, en consonancia con los principios que subyacen en la ley 24.901, esa norma prevé la cobertura cabal e integral de la terapia medicamentosa -de origen nacional y extranjero- que requiera una persona con discapacidad, aun cuando el medicamento no figure en la nómina del PMO.

A lo expuesto cabe agregar que las personas que padecen epilepsia, como ocurre en el caso, tienen una tutela específica adicional. En el ámbito nacional, la ley 25.404 establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4), y en la provincia de Entre Ríos, la ley 9705 dispone que “[l]a asistencia médica integral quedará integrada a los nomencladores de las obras sociales que operan en la Provincia, formando parte del plan básico obligatorio y gratuito para tratamientos crónicos y prolongados”. Estas leyes coadyuvan la cobertura integral prevista por las normas que garantizan el derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud.

La protección integral prevista por el marco normativo expuesto no fue modificada ni, menos aún, restringida por la sanción de la ley 27.350 -a la que adhirió recientemente la provincia de Entre Ríos a través de la ley 10.623-, cuyo objeto es, justamente, garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1). A través de esa norma, se creó un programa para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, que otorga acceso gratuito a los derivados del cannabis a todas las personas incorporadas a aquél (art. 3, inc. d).

Ese programa y los deberes asumidos por el Estado Nacional y por las provincias adheridas no alteran las previsiones de los artículos 1, 15 y 38 de la ley 24.901, según las cuales las obras sociales -entre ellas, IOSPER- se encuentran compelidas a otorgar a las personas con discapacidad la cobertura integral de las terapias de rehabilitación y medicamentosas -de origen nacional y extranjero- que requieran en función de las patologías que padecen, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante y la evidencia científica existente.

Ese marco de protección especial tampoco fue alterado por el dictado del decreto reglamentario 738/2017, que dispone que las personas no incluidas en el programa y que tuvieran prescripto el uso de aceite de cannabis “lo adquirirán bajo su cargo” (artículo 7). Tanto la ley como su reglamentación regulan la provisión gratuita por parte del Estado para aquellos pacientes que se encuentran incorporados

al programa, pero no contienen previsiones específicas que diriman la situación de las obras sociales frente a los afiliados que requieran el reconocimiento del costo del mencionado fármaco. De allí que esas entidades no pueden considerarse eximidas de las previsiones de la ley 24.901 en virtud de una interpretación restrictiva de la ley 27.350, que no encuentra sustento en el texto legal, contradice su finalidad tuitiva, y desatiende el resto del ordenamiento jurídico al cual dicha norma se integra.

Por otro lado, la ley 27.350 que vino a incrementar la protección del cuidado integral de la salud, no puede limitar las alternativas previstas en otros ordenamientos, como la de reclamar la cobertura a la obra social en los términos de la ley 24.901. En casos similares, la Corte Suprema postuló que, ante la urgencia que caracteriza los planteas vinculados a la salud, es desproporcionado imponerle al paciente la carga de acudir a otros medios para solicitar la cobertura de una prestación (doctr. Fallos: 327:2127, “Martín” y sus citas). Allí recordó que los jueces “deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso” (dictamen al que remitió la Corte Suprema en el caso cit.).

En consecuencia, no corresponde efectuar una exégesis de la ley 27.350 como la que propone el voto mayoritario de la sentencia apelada, pues restringe las prestaciones garantizadas por la ley 24.901 y, por ende, opera en desmedro de la habilitación y rehabilitación integral de las personas con discapacidad. En estos supuestos se debe propiciar una interpretación armónica del plexo legal en juego, optando por la lectura que mejor representa la voluntad del legislador respecto de la protección del derecho a la salud, conforme lo dispuesto por el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional (doctr. Fallos: 330:3725, “Cambiaso Péres de Nealón” y 337:471, “Duich”).

-V-

En este contexto normativo, cabe ponderar que, en función de la epilepsia refractaria que padece A.M. y de la falta de efectividad de los tratamientos convencionales, su médico neurólogo le prescribió el uso de aceite de cannabis a partir del año 2016 (fs. 114, 51152, 87/93, 154/157, 173/176, 204/206 y 228/231).

Con el aval de ese médico, el consentimiento informado del paciente y la autorización de la Administración Nacional de Medicamentos,

Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), los actores importaron ese aceite comercializado bajo el nombre Charlotte's Web en numerosos estados de los Estados Unidos (fs. 51193). La importación fue autorizada por la ANMAT en el marco del régimen de acceso de excepción a medicamentos regulado al momento de su otorgamiento por las disposiciones 840/1995 (fs. 174/176) y 10.401/2016 (fs. 51/53, 156/158, 205/207 y 229/231), que permiten el ingreso de medicamentos destinados al tratamiento de un paciente para el que no existe en el país una alternativa terapéutica adecuada. En la actualidad, el artículo 7 del decreto reglamentario de la ley 27.350 prevé expresamente que la ANMAT autoriza la importación, en el marco del acceso de excepción a medicamentos, a las personas no inscriptas en el programa y que tengan prescripto el uso de aceite de cannabis (decreto 738/20 17).

En las presentes actuaciones, se encuentra demostrado que, luego de un año de tratamiento, el uso del aceite de cannabis produjo mejoras sustanciales en el estado de salud y en la calidad de vida. No solo redujo notablemente las convulsiones sino que mejoró la alimentación, la movilidad, el control de esfínteres, la postura y la comunicación con el entorno, lo que implica una adquisición y restauración de aptitudes e intereses para lograr su integración social.

Su médico neurólogo describe los cambios más significativos del siguiente modo: “30 pastillas menos (epilepsia, inductores al sueño, estimuladores de apetito), han disminuido las crisis en cantidad y duración, hemos notado que está más conectado, más contento, recuperó el control de esfínteres, colabora con su aseo personal, volvió a vocalizar y a responder a preguntas simples con SI o NO, llama a su papa y a su mamá, expresa su estado de ánimo, pide salir a pasear, mejora su deglución y apetito, normalizó su función intestinal, duerme toda la noche” (fs. 4; además fs. 184).

A su vez, el informe neurokinésico afirma que “ha tenido progresos medibles y significativos desde el inicio de uso terapéutico de cannabis medicinal”, describe que las crisis convulsivas disminuyeron en intensidad, cantidad y duración y detalla los logros terapéuticos kinésicos obtenidos a partir de la administración de esa droga, cuyo tratamiento sugiere continuar (fs. 177/178). La médica nutricionista también informa que desde que comenzó el tratamiento aumentó su peso y apetito (fs. 17/19).

Además, el informe elaborado por la licenciada en terapia ocupacional da cuenta que a partir del uso de la droga Cannabidiol el joven padece menos convulsiones y mejoró su estado general (fs.

179/180). La fonoaudióloga describió progresos en la tonicidad muscular orofacial y en la intencionalidad de expresarse a través del lenguaje (fs. 181/182).

Finalmente, su grupo familiar relata que desde que usa la sustancia bajo análisis “el médico ha disminuido varias de sus drogas y suspendido permanentemente otras, sus crisis epilépticas han disminuido en un 50%...” (fs. 183). Agrega que percibieron mejoras en el habla, en el control de esfínteres, en el sueño, en la alimentación y en la relación con las personas.

Los progresos en cuestión son consistentes con los estudios científicos realizados en relación con la efectividad del aceite de cannabis en el tratamiento de la epilepsia refractaria.

En este sentido, la auditora de IOSPER sostuvo que la indicación médica de aceite de cannabis para la epilepsia refractaria es “una opción viable al tratamiento para este tipo de patologías, ya que hay aval científico que justifica el pedido de este producto” (fs. 190).

El aval científico de la droga para el tratamiento de la patología en cuestión fue ponderado en el Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre Cannabinoides y Epilepsia, elaborado en el marco del Programa de Evaluación de Tecnología Sanitaria y publicado por la ANMAT (“Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Cannabinoides y Epilepsia”, Programa de Evaluación de Tecnología Sanitaria; realizado el 21 de junio de 2017 y actualizado al 30 de mayo de 2017; código interno: IURETS013_20170621_ANMAT). En ese documento se concluyó que “[e]l uso de CBD en formulaciones estandarizadas y controladas (...) como tratamiento adyuvante en la epilepsia refractaria o fármacorresistente en niños y jóvenes, ha demostrado tener efecto anticonvulsivante principalmente en crisis motoras y debe considerarse como una opción efectiva y segura en el tratamiento de este tipo de pacientes. Más allá de su probada eficacia anticonvulsivante, permite en la mayoría de los casos reducir la dosis de otros fármacos anticonvulsivantes y sus efectos adversos, lo que resulta en mejoría de la calidad de vida de los pacientes y de sus cuidadores. El uso medicinal de los cannabinoides y sus compuestos no adictivos deben ser considerados dentro del arsenal terapéutico de uso controlado, en el tratamiento de la epilepsia refractaria” (pág. 35).

De hecho, la evidencia sobre la efectividad del aceite de cannabis para tratar diversas enfermedades y, en particular, la epilepsia refractaria, fue un motivo de la sanción de la ley 27.350 (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 21^ª reunión, 20^ª sesión ordinaria

(especial), 23 de noviembre de 2016, período 134, en especial, págs. 39, 41, 48, 49, 51, 52, 54, 55, 58, 61, 64, 67, 68, 74, 77, 78 y 84). Tal como destacaron los legisladores, numerosos países autorizaron el uso terapéutico del cannabis, como Alemania, Canadá, Bélgica, Chile, Israel, Colombia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Uruguay, Holanda, Gran Bretaña, Italia y la mayoría de los estados de los Estados Unidos (págs. 41, 43, 45, 60, 63 y 68), lo que corrobora su sustento científico.

Es más, la efectividad del tratamiento de aceite de cannabis para la patología de A.M. es avalada por la reglamentación de la ley 27.350 dictada por el Ministerio de Salud, que prevé expresamente que las personas que padezcan epilepsia refractaria pueden solicitar la inscripción al programa creada por esa ley (art. 1, anexo I, resolución 1537-E/2017).

En suma, considerando la prescripción médica, la falta de efectividad de los tratamientos convencionales, el consentimiento informado del paciente, las mejoras sustanciales del estado de salud y de la calidad de vida de A.M., la autorización otorgada oportunamente por la ANMAT en el marco del régimen de acceso de excepción a medicamentos, y la evidencia científica elaborada por la ANMAT y la ponderada por los legisladores al sancionar la ley 27.350 y por el Ministerio de Salud al dictar su reglamentación, entiendo que se encuentra acreditado que el tratamiento de aceite de cannabis es requerido en función de la patología que padece a fin de procurar su habilitación y rehabilitación integral. En estas circunstancias, la obra social demandada se encuentra obligada a otorgar su cobertura en los términos de los artículos 1, 15 y 38 de la ley 24.901. En atención a lo expuesto, estimo que es innecesario pronunciarse sobre el planteo subsidiario realizado por los amparistas.

-VI-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 6 de febrero de 2019. *Victor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo”.

Considerando:

1°) Que la jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo promovida por los padres de A.M., un joven con discapacidad, y, en consecuencia, ordenó al Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) y, en subsidio, a esa provincia, que reconocieran a favor de su hijo el costo del “aceite de cannabis”, cuyo nombre comercial es “Charlotte’s Web 5000 Everyday Advanced”, en jarabe de presentación de 100 ml, en la cantidad que el médico neurólogo lo indicara. Dispuso asimismo que se otorgara a los amparistas el asesoramiento necesario para cumplir con las exigencias administrativas requeridas para facilitar y perfeccionar la importación del medicamento.

Para decidir de esa manera, la jueza tuvo en cuenta –en síntesis– que, en atención al modo en que se había trabado la litis, la cuestión a decidir se circunscribía únicamente a determinar si las demandadas debían asumir el costo de la provisión de esa medicación. Concluyó en que la respuesta era afirmativa en virtud del deber legal de prestar cobertura integral a las personas con discapacidad y toda vez que A.M., además de contar con su certificado único de discapacidad, tenía probados beneficios terapéuticos por la ingesta de aceite de cannabidiol (fs. 267/274).

2°) Que, ante la apelación de ambas codemandadas, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos –por mayoría–, revocó el pronunciamiento y, en consecuencia, rechazó la acción.

La decisión halló sustento en que la pretensión se fundaba en la ley 27.350 sobre el Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus Derivados, a través de la cual el Estado Nacional se obligaba a suministrar, en forma gratuita, aceite de cannabis bajo ciertas condiciones, entre las que señala la inscripción en el registro creado para ello en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo, advirtió que se trataba de un sistema riguroso que requería la intervención de autoridades habilitadas e idóneas en la materia, a la par que dicha ley no imponía a las obras sociales la obligación de proveer aceite de cannabis a sus afiliados, ni incluía a la planta de cannabis y sus derivados en el Programa Médico Obligatorio (PMO). A ello agregó que en el art. 7° del decreto reglamentario 738/2017 se indicaba que los pacientes que tenían prescripto el uso de aceite de cannabis pero no se encontraban incorporados al programa nacional, debían afrontar su costo, dado que

se trataba de una sustancia de uso experimental, lo que justificaba el intenso control estatal. Finalmente, concluyó en que -aun sin desconocer el grave estado de salud del joven, ni los beneficios terapéuticos del aceite de cannabis- la denegatoria de la obra social no resultaba manifiestamente ilegítima, motivo por el cual correspondía rechazar la acción de amparo (fs. 325/330).

3°) Que, contra ese pronunciamiento, los actores interpusieron recurso extraordinario (fs. 335/350), que fue concedido (fs. 379/380), en el que cuestionan la interpretación de la ley 27.350 efectuada por el tribunal *a quo* por considerarla indebidamente restrictiva.

En ese sentido, expresan que dicha norma permite el uso de aceite de cannabis tanto a quienes se inscriban en el programa como a aquellos que no lo hagan, pues en su art. 7° se autoriza a estos últimos a importar la medicación mediante el régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos ante la ANMAT. Recuerdan la grave discapacidad que padece su hijo, la virulencia de sus convulsiones y el indisputado impacto terapéutico del aceite de cannabis en su calidad de vida y en su conexión con el entorno. Explican que si bien es cierto que la resolución del Ministerio de Salud 1537-E/2017 contempla que quienes padecen epilepsia refractaria pueden postularse a la inscripción en el Programa Nacional y acceder gratuitamente al aceite a través del Banco Nacional de Drogas Oncológicas, tal inclusión impondría cargas adicionales sobre su hijo A.M., quién sería “utilizado para evaluación y estudio”. Manifiestan que si el paciente no quiere acogerse al Programa “porque no desea ser objeto de estudio”, la ley únicamente se limita a afirmar que el Estado Nacional no se hará cargo del costo del medicamento pero que de ninguna manera ello permite a IOSPER abdicar de su obligación de prestar una cobertura integral a un afiliado con discapacidad de conformidad con la ley 24.901 (fs. 345 vta. y 346). Refutan la sentencia del superior tribunal local –que se asentó sobre el carácter especial de la ley 27.350 en tanto regula un medicamento en estadio experimental– al explicar dos cuestiones. En primer lugar, argumentan que no se trata de una regulación puramente experimental pues la propia ley 27.350 prevé la autorización de la importación y uso del aceite de cannabis a toda persona a quien se le prescriba médicamente y sin importar que sea parte de su programa de estudio e investigación. En segundo lugar, sostienen que la sentencia yerra al considerar únicamente que la ley 27.350 no dispone ningún deber expreso para las obras sociales pues en su caso –continúan– prevalece

la ley especial para personas con discapacidad 24.901 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que sí les impone ese deber a las referidas obras sociales (fs. 346 vta. y 349).

Se agravian de que la sentencia reconozca, por un lado, la gravísima situación de salud de su hijo y los beneficios terapéuticos del aceite de cannabis y que, simultáneamente, desconozca los efectos legales que ello tiene de acuerdo a la ley 24.901. Concluyen en que la decisión soslayó el conjunto de normas nacionales e internacionales que tutelan el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de las personas con discapacidad, que resultan aplicables al *sub lite*.

A fs. 388/399 la Defensora General de la Nación opinó que se debía hacer lugar al recurso y revocar la sentencia apelada. A su vez, a fs. 401/407, el Procurador Fiscal ante esta Corte dictaminó en el sentido de que correspondía declarar procedente el remedio federal y revocar la sentencia apelada.

4°) Que el recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal, como lo son aquellas que tutelan el derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48).

5°) Que no se encuentra discutido que, luego de un año de tratamiento, el uso del aceite de cannabis por parte de A.M., produjo mejoras sustanciales en su estado de salud y en su calidad de vida. En efecto, no solo redujo notablemente sus convulsiones, sino que -además- mejoró su alimentación, movilidad, control de esfínteres, postura, atención, interacción e incluso comunicación con el entorno, lo que implica una adquisición y restauración de aptitudes e intereses para lograr su integración social.

En este sentido, los actores reseñan que a los 6 años su hijo comenzó a manifestar un déficit de atención y convulsiones lo que llevó finalmente a un diagnóstico de Lipofuscinosis. En la causa no se controversió que a raíz de esta enfermedad neurodegenerativa, A.M. hoy “no ve, no camina, no habla” y que en virtud de la epilepsia refractaria que padece su cuerpo se vuelve resistente a múltiples y altas dosis farmacológi-

cas con el consiguiente deterioro para su sistema nervioso (fs. 1 y 103). Los padres de A.M. expresan que este cuadro se revirtió radicalmente cuando su neurólogo le prescribió el uso de aceite de cannabis a partir del año 2016 (fs. 114, 87/93, 154/157, 173/176, 204/206 y 228/231). Con ese aval médico, el consentimiento informado del paciente y la autorización de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), los actores importaron dicho aceite en el marco del Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos regulado al momento de su otorgamiento por las disposiciones 840/1995 (fs. 174/176) y 10.401/2016 (fs. 156/158, 205/207 y 229/231), que permiten el ingreso de medicamentos destinados al tratamiento de un paciente para el que no existe en el país una alternativa terapéutica adecuada. Detallan que en el primer pedido de importación de dos frascos de 100 ml de aceite medicinal el costo fue de U\$S 599.97 más los correspondientes aranceles.

Su médico neurólogo describe los cambios más significativos del siguiente modo: *“30 pastillas menos (epilepsia, inductores al sueño, estimuladores de apetito), han disminuido las crisis en cantidad y duración, hemos notado que está más conectado, más contento, recuperó el control de esfínteres, colabora con su aseo personal, volvió a vocalizar y a responder a preguntas simples con SI o NO, llama a su papá y a su mamá, expresa su estado de ánimo, pide salir a pasear, mejora su deglución y apetito, normalizó su función intestinal, duerme toda la noche”* (fs. 4; además fs. 184). Además diferentes profesionales de la salud informaron minuciosamente en el expediente que el aceite produjo en A.M. progresos en los ámbitos neurokinésico, nutricional, socioafectivo y fonoaudiológico.

6°) Que, con base en la mencionada plataforma fáctica, la cuestión a decidir se circunscribe entonces a determinar si la obra social o la provincia se encuentran obligadas a solventar el costo de la provisión requerida del aceite de cannabis para uso medicinal de una persona con discapacidad.

Tal y como fue planteada la cuestión federal, responder a tal pregunta exigía analizar el orden de prevalencia entre la ley 24.901 de “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilidad y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad” y la ley 27.350 de “Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados” y sus reglamentaciones (decreto reglamentario 738/2017 y resolución 1537-E/2017).

Sin embargo, mientras se hallaba la causa a estudio de esta Corte, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 883/2020 (B.O. 12 de noviembre de 2020), por el que aprobó la reglamentación de la ley 27.350 –que, como ANEXO, forma parte del mencionado decreto– (art. 1°), y derogó el anterior decreto 738/2017 (art. 2°). Vale recordar que en esta última disposición el superior tribunal local había apoyado –centralmente– su decisión de rechazar la pretensión solicitada en el *sub lite*.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la Provincia de Entre Ríos a través de la ley 10.623 adhirió a la ley 27.350.

7°) Que en el art. 3° del aludido Anexo se prevén los objetivos del Programa y entre ellos se menciona, en el apartado d): “Implementar medidas para proveer en forma gratuita por parte del Estado, derivados de la planta de Cannabis para aquellas y aquellos pacientes que cuenten con indicación médica con cobertura pública exclusiva. *En caso contrario, la cobertura deberán brindarla las Obras Sociales y Agentes del Seguro de Salud del Sistema Nacional, las demás obras sociales y organismos que hagan sus veces creados o regidos por leyes nacionales, y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, todo conforme la normativa vigente*” (el resaltado no pertenece al texto).

En concordancia con esta clara previsión, en el art. 7° se establece que “(l)os y las pacientes que tuvieren indicación médica para el uso de la planta de Cannabis y sus derivados podrán adquirir especialidades medicinales elaboradas en el país, importar especialidades medicinales debidamente registradas por la autoridad sanitaria o adquirir formulaciones magistrales elaboradas por farmacias autorizadas u otras presentaciones que en el futuro se establezcan. Aquellas personas que, además, no posean cobertura de salud y obra social, tienen derecho a acceder en forma gratuita, conforme la presente Reglamentación”.

8°) Que ante la indudable incidencia de la novedad reglamentaria en las pretensiones de las partes, oportunamente se les dio traslado del nuevo decreto. Las pertinentes contestaciones, que obran en el expediente en formato electrónico, fueron presentadas en fecha 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2020.

Cabe poner de resalto que ninguna de las demandadas objetó la constitucionalidad del decreto 883/2020. IOSPER reconoce la inci-

dencia del decreto en este tipo de pretensiones solo que limita su virtualidad a las “eventuales solicitudes que se formulen por los afiliados, desde su puesta en vigencia y a futuro”. La Provincia de Entre Ríos también limita la cuestión a decidir sobre la cobertura hacia el pasado e insiste en negar la prestación del uso del aceite de cannabis “atento su uso experimental”, circunstancias que a su entender “no se han modificado”.

9º) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte, sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal y, si en el transcurso del proceso, han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir (Fallos: 306:1160; 312:555; 325:28; 331:2628; 335:905; 339:349; 341:124 y 342:1747).

En virtud de esta pauta jurisprudencial, a partir del dictado del reseñado decreto 883/2020, las defensas de las aquí demandadas y en cuanto al caso particularmente incumbe, las obras sociales deben brindar cobertura para la adquisición de los derivados de la planta de cannabis a aquellos pacientes que cuenten con indicación médica según la propia letra del citado art. 3 inc. d.

En consecuencia, con los alcances definidos actualmente por las disposiciones vigentes, no se albergan dudas acerca de que la demandada debe brindar al hijo de los actores la cobertura de la prestación requerida.

10) Que solo a mayor abundamiento cabe indicar que la solución propuesta por la nueva normativa respeta el mandato constitucional de un *particular* –tal su término exacto en el art. 75 inc. 23- deber de cuidado respecto de las personas con discapacidad que consagra la Carta Fundamental, especialmente desde la reforma de 1994, con la incorporación con jerarquía constitucional de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (ley 27.044 B.O. 22 de diciembre de 2014) (art. 75, incs. 22 y 23). Vale precisar que en el art. 25 de ese instrumento internacional los estados se comprometen a asegurar “a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles

de la misma variedad y calidad que a las demás personas...;” y proporcionar “servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad *específicamente* como consecuencia de su discapacidad” (art. 25 incs. a y b de la citada Convención).

11) Que, por otra parte, no es ocioso recordar que los progresos del paciente anteriormente descriptos resultan consistentes con los estudios científicos realizados sobre la efectividad del aceite de cannabis en el tratamiento de la epilepsia refractaria, reconocida incluso por la auditora de IOSPER (fs. 190). El aval científico de la droga para el tratamiento de la patología en cuestión fue ponderado, además, en el Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre Cannabinoides y Epilepsia, elaborado en el marco del Programa de Evaluación de Tecnología Sanitaria y publicado por la ANMAT, en el que se concluyó que “el uso de CBD en formulaciones estandarizadas y controladas [...] como tratamiento coadyuvante en la epilepsia refractaria o fármacorresistente en niños y jóvenes, ha demostrado tener efecto anticonvulsivante principalmente en crisis motoras y debe considerarse como una opción efectiva y segura en el tratamiento de este tipo de pacientes. [...] El uso medicinal de los cannabinoides y sus compuestos no adictivos deben ser considerados dentro del arsenal terapéutico de uso controlado, en el tratamiento de la epilepsia refractaria” (Informe realizado el 21 de junio de 2017 y actualizado al 30 de mayo de 2017, pág. 35).

De hecho, la evidencia sobre la efectividad del aceite de cannabis para tratar diversas enfermedades y, en particular, la epilepsia refractaria, fue uno de los motivos de la sanción de la ley 27.350 (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 21^a reunión, 20^o sesión ordinaria (especial), 23 de noviembre de 2016, período 134, en especial, págs. 39, 41, 48, 49, 51, 52, 54, 55, 58, 61, 64, 67, 68, 74, 77, 78 y 84).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la acción de amparo (art. 16, segunda parte, de la ley 48). En consecuencia, se condena al IOSPER a cubrir el 100% del costo del “aceite de cannabis”, cuyo nombre comercial es “Charlotte’s Web 5000 Everyday Avanced” en las dosis que indique su médico neurólogo y en los términos del decreto 883/2020. Con costas, respecto de IOSPER en razón del modo en que se resuelve, y respecto de la Provincia de Entre Ríos, en atención a los

razonables motivos que la actora pudo tener para demandarla. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*) – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que los padres de A.M., un joven con discapacidad que padece epilepsia refractaria, promovieron en su representación acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) y, en subsidio, contra la Provincia de Entre Ríos, a fin de que se ordenara la cobertura farmacológica integral, regular e ininterrumpida, en un 100%, de la alternativa terapéutica que identificaron como “aceite de cannabis”, cuyo nombre comercial es “Charlotte’s Web 5000 Everyday Avanced”, droga Cannabidol, en jarabe de presentación de 100 ml, indicada por el médico neurólogo que asiste a su hijo.

El juzgado de primera instancia, ante el cual había tramitado un amparo previo entre las mismas partes por la cobertura de distintas prestaciones y tratamientos, con sentencia favorable del año 2008 que el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos dejó firme en 2017, hizo lugar a la demanda (fs. 267/274). En consecuencia, ordenó al IOSPER y, en subsidio, a la provincia, que reconocieran el costo del medicamento en la cantidad indicada por el profesional a cargo del tratamiento. Dispuso, además, que se otorgara a los amparistas el asesoramiento necesario para cumplir con las exigencias administrativas requeridas para facilitar y perfeccionar la importación del medicamento.

2º) Que, para decidir de esa manera, la magistrada descartó los argumentos de la obra social provincial que, en lo que aquí interesa, con cita de la ley 27.350, su decreto reglamentario 738/17 y la resolución 1537 E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, sostenían que ante la prescripción médica del “aceite de cannabis” las personas podían incorporarse voluntariamente al “programa de investigación” creado

por el nuevo régimen legal y recibir gratuitamente el medicamento. En caso de que no desearan incorporarse al programa mencionado, o no reunieran los requisitos para ello, el costo del medicamento quedaba a cargo del paciente, debiendo cumplir con las normas estipuladas por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para la importación de la droga. En idéntica perspectiva, la obra social afirmaba improcedente la cobertura por tratarse de un uso experimental en el caso concreto.

En otro orden, la jueza desestimó el planteo de inexistencia de cuestión constitucional deducido por las demandadas. En prieta síntesis, señaló que la cuestión sometida a decisión involucraba no solo a la salud sino también a la dignidad humana, ambos derechos fundamentales del individuo que -ante el rechazo de “su pretensión constitucional” por vía administrativa- ocurrió a la vía del amparo para revertir la respuesta denegatoria. Con sustento en las normas de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados y la Constitución provincial, concluyó que la persona discapacitada no solo tenía dignidad -a la que consideró intrínseca y constitutiva del ser humano- y derecho al libre desarrollo de su personalidad sino también derecho a la salud y, por su especial condición, derecho a la atención integral orientada a la prevención y su rehabilitación, en la medida de sus posibilidades, aun cuando sean mínimas o ínfimas.

En este marco, recordó que la ley provincial 9891 (reformada por la ley 9972) resultaba relevante en dos aspectos. El primero, en cuanto adhirió al sistema de Prestaciones Básicas y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad de la ley 24.901, norma nacional que estableció -a cargo del Estado- la asistencia total e integral, es decir, acciones de prevención, asistencia, promoción y protección del discapacitado. El segundo, en tanto el Estado provincial -por la citada ley local- delegó en la obra social estatal las obligaciones emergentes del régimen nacional. Juzgó entonces que el reconocimiento legal incluía el costo total de la prestación reclamada, por lo que la imposición de la carga a la parte actora atentaba contra la efectividad de la protección constitucional.

En lo que atañe a la plataforma fáctica del debate, con sustento en las historias clínicas acompañadas por la demandada como parte de los expedientes administrativos y la documental glosada en la causa, concluyó que el recurso del “aceite de cannabis” fue, en el

caso, una última alternativa posible -ante el fracaso de la medicación tradicional- que tuvo, transcurrido más de un año a la fecha de la sentencia, un efecto significativamente positivo y continuado. Destacó que la droga había sido prescrita por un médico que se desempeñaba en la Salud Pública (Hospital San Martín) y que el mejoramiento en la salud y la calidad de vida del joven A.M. demostró la eficacia de la sustancia para los padecimientos que lo aquejan. Por ello, consideró que el uso del “aceite de cannabis” resultaba en el caso una alternativa terapéutica y no un “uso compasivo” (complaciente) como postularon las demandadas.

3°) Que, ante la apelación de ambas codemandadas, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó el pronunciamiento y rechazó la acción (fs. 325/330). El voto de la mayoría consideró que no surgía de la ley 27.350 (Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus Derivados, B.O. 19 de abril de 2017), que la obra social demandada resultara un sujeto obligado a proveer el medicamento requerido a sus afiliados.

Para arribar a tal conclusión, se ponderó que el nuevo régimen legal estipulaba un riguroso sistema, con la intervención de las autoridades habilitadas e idóneas en la materia. Destacaron, en este aspecto, que es la ANMAT quien tiene a cargo autorizar la importación de aceite de cannabis y sus derivados ante el requerimiento de pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y que cuenten con la indicación médica pertinente, y que la ley solo fijó la provisión gratuita para quienes se incorporen al programa creado (art. 7°). A ello añadieron la cláusula del art. 8° por la que se creó un registro nacional voluntario para la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, a fin de proceder a la autorización dado el reproche penal que resultaba de la ley 23.737 (B.O. 11 de octubre de 1989).

De ambas cláusulas dedujo el fallo del superior tribunal la inexistencia de obligación legal de las demandadas de proveer el medicamento, máxime cuando el propio Estado Nacional se había autoimpuesto el deber de suministrarlo en forma gratuita. Señaló asimismo que la interpretación enunciada resultó convalidada por el decreto 738/2017 (B.O. 22 de septiembre de 2017); ello, pues, expresamente, estableció que “[a]quellos pacientes no inscriptos en el PROGRAMA que tuvieren como prescripción médica el uso de aceite de Cannabis

y sus derivados, lo adquirirán bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación” (art. 7°).

De la citada disposición reglamentaria el tribunal *a quo* concluyó la delimitación clara de los supuestos en que el Estado Nacional asumía el suministro gratuito y los casos en que estaba a cargo del paciente, sin que se estipulara ningún deber expreso para las obras sociales ni la incorporación del aceite de cannabis al programa médico obligatorio, régimen que consideraron razonable en cuanto se trataba de una sustancia de uso experimental no aprobada para su comercialización, y en etapa de investigación.

Finalmente, la sentencia del máximo tribunal provincial expresó que -aun sin desconocer el grave estado de salud del joven, ni los beneficios terapéuticos del aceite de cannabis- la denegatoria de la obra social no resultaba manifiestamente ilegítima, motivo por el cual correspondía rechazar la acción de amparo (fs. 325/330).

4°) Que, contra ese pronunciamiento, los actores interpusieron recurso extraordinario (fs. 335/350), que fue concedido (fs. 379/380), en el que cuestionan la interpretación de la ley 27.350 efectuada por el tribunal por considerarla indebidamente restrictiva.

En ese sentido, afirman soslayado por el *a quo* que dicha norma permite el uso de aceite de cannabis tanto a quienes se inscriban en el programa como a aquellos que no lo hagan, pues en su art. 7° se autoriza a estos últimos a importar la medicación mediante el régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos ante la ANMAT. En este punto, destacan la grave discapacidad que padece su hijo, la virulencia de sus convulsiones y el incontrovertido impacto terapéutico del aceite de cannabis en su calidad de vida y en su conexión con el entorno.

En orden a las normas inferiores reglamentarias, manifiestan que si bien es cierto que la resolución 1537-E/2017 contempla que quienes padecen epilepsia refractaria pueden postularse a la inscripción en el Programa Nacional y acceder gratuitamente al aceite a través del Banco Nacional de Drogas Oncológicas, tal inclusión impondría cargas adicionales sobre su hijo A.M., quién sería “utilizado para evaluación y estudio”. En este punto, sostienen que si el paciente no quiere acogerse al Programa “porque no desea ser objeto de estudio”, el decreto

reglamentario únicamente se limita a afirmar que el Estado Nacional no se hará cargo del costo del medicamento pero que de ninguna manera ello permite a IOSPER abdicar de su obligación de prestar una cobertura integral a un afiliado con discapacidad de conformidad con la ley 24.901 (fs. 345 vta. y 346).

Objetan la sentencia del superior tribunal local –que se asentó sobre el carácter especial de la ley 27.350 por regular un medicamento en estadio experimental– en dos órdenes independientes. En primer término, argumentan que no se trata de una regulación puramente experimental pues la propia ley 27.350 prevé la autorización de la importación y uso del aceite de cannabis a toda persona a quien se le prescriba medicamento y sin importar que sea parte de su programa de estudio e investigación. En segundo lugar, sostienen que la sentencia yerra al considerar que el deber expreso para las obras sociales solo puede estar explicitado en la ley 27.350, pues en su caso prevalece la ley especial para personas con discapacidad 24.901 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que sí les impone ese deber a las referidas obras sociales (fs. 346 vta. y 349).

Se agravan de que la sentencia reconozca, por un lado, la gravísima situación de salud de su hijo y los beneficios terapéuticos del aceite de cannabis y que, simultáneamente, desconozca los efectos legales que ello tiene de acuerdo con la ley 24.901. Concluyen en que la decisión soslayó el conjunto de normas nacionales e internacionales que tutelan el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de las personas con discapacidad, que resultan aplicables al *sub lite*.

5°) Que a fs. 388/399 la señora Defensora General de la Nación opinó que se debía hacer lugar al recurso y revocar la sentencia apelada. A su vez, a fs. 401/407, el señor Procurador Fiscal ante esta Corte dictaminó en el mismo sentido.

6°) Que el recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal, como lo son aquellas que aseguran a las personas con discapacidad el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes (art. 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional, ley 24.901), y la decisión del superior tribunal de la

causa es contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48).

7°) Que, previo a dirimir la interpretación del plexo jurídico llamado a resolver el caso, cabe hacer una breve referencia a los aspectos fácticos y normativos que llegan firmes a esta instancia.

No se encuentra discutido que, luego de un año de tratamiento, el uso del aceite de cannabis por parte de A.M., produjo mejoras sustanciales en su estado de salud y en su calidad de vida.

En efecto, no solo redujo notablemente sus convulsiones, sino que -además- mejoró su alimentación, movilidad, control de esfínteres, postura, atención, interacción e incluso comunicación con el entorno, lo que implica una adquisición y restauración de aptitudes e intereses para lograr su integración social.

En este sentido, los actores reseñaron que a los 6 años su hijo comenzó a manifestar un déficit de atención y convulsiones lo que llevó finalmente a un diagnóstico de Lipofuscinosis. En la causa no se controvertió que, a raíz de esta enfermedad neurodegenerativa, A.M. hoy “no ve, no camina, no habla” y que, en virtud de la epilepsia refractaria que padece, su cuerpo se vuelve resistente a múltiples y altas dosis farmacológicas con el consiguiente deterioro para su sistema nervioso (fs. 1 y 103).

Los padres de A.M. expresaron que este cuadro se revirtió radicalmente cuando su neurólogo le prescribió el uso de aceite de cannabis a partir del año 2016 (fs. 87/93, 154/157, 173/176, 204/206 y 228/231). Con ese aval médico, el consentimiento informado del paciente y la autorización de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), los actores importaron dicho aceite en el marco del Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos regulado al momento de su otorgamiento por las disposiciones 840/1995 (fs. 174/176) y 10.401/2016 (fs. 156/158, 205/207 y 229/231), que permiten el ingreso de medicamentos destinados al tratamiento de un paciente para el que no existe en el país una alternativa terapéutica adecuada.

De las constancias de la causa resulta que en el primer pedido de importación de dos frascos de 100 ml de aceite medicinal el costo fue de U\$S 599.97 más los correspondientes aranceles.

El médico neurólogo tratante describió los cambios más significativos en los siguientes términos: “30 pastillas diarias menos (*epilepsia, inductores al sueño, estimuladores de apetito*), han disminuido las crisis en cantidad y duración, hemos notado que está más conectado, más contento, recuperó el control de esfínteres, colabora con su aseo personal, volvió a vocalizar y a responder a preguntas simples con SI o con NO, llama a su papá y a su mamá, expresa su estado de ánimo, pide salir a pasear, mejora su deglución y apetito, normalizó su función intestinal, duerme toda la noche” (fs. 4 y 184).

Diferentes profesionales de la salud informaron minuciosamente en el expediente que el aceite produjo en A.M. progresos en los ámbitos neurokinésico, nutricional, socioafectivo y fonoaudiológico.

En el plano normativo, se encuentra fuera de debate que por ley provincial 9891 (reformada por la ley 9972) la Provincia de Entre Ríos adhirió al sistema de Prestaciones Básicas y Rehabilitación Integral a favor de las personas con Discapacidad de la ley 24.901, norma nacional que estableció -a cargo del Estado- la asistencia total e integral, es decir, acciones de prevención, asistencia, promoción y protección del discapacitado. Mediante la citada ley local, además, el Estado provincial delegó en la obra social estatal aquí demandada las obligaciones emergentes del régimen nacional.

8°) Que, puestos en este juicio, la cuestión a decidir se circunscribe entonces a determinar si la obra social o la provincia se encuentran obligadas a solventar el costo de la provisión requerida del aceite de cannabis para uso medicinal de una persona con discapacidad.

De los términos en que quedó planteada la cuestión federal resulta, entonces, controvertido que, como sostuvo el *a quo*, la sanción de la ley 27.350 (y sus normas reglamentarias) excluyó al aceite de cannabis requerido por los padres de A.M. de las prestaciones que aseguraba la ley 24.901 a las personas con discapacidad.

Toda vez que resulta una reiterada pauta jurisprudencial de esta Corte que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal y que si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis la decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas

por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir (Fallos: 306:1160; 312:555; 325:28; 331:2628; 335:905; 339:349; 341:124 y 342:1747), cabe hacer mención a las novedades normativas en la materia.

Encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 883/2020 (B.O. 12 de noviembre de 2020), por el que aprobó la Reglamentación de la ley 27.350 –que, como ANEXO, forma parte del mencionado decreto– (art. 1°), y derogó el anterior decreto 738/2017 (art. 2°), del que había hecho mérito el *a quo* para rechazar la pretensión de los amparistas.

Asimismo, la resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación fue abrogada por el art. 1° de la resolución 800/2021 de la misma repartición gubernamental (B.O. 12 de marzo de 2021).

La resolución 654/2021 (B.O. 18 de febrero de 2021) del Ministerio de Salud de la Nación, por su parte, aprobó un nuevo Régimen de Acceso de Excepción a productos que contengan cannabinoides o derivados, con arreglo a los lineamientos internacionales actuales y a los establecidos por el decreto 883/2020.

Dos aspectos destacan de la resolución citada. El primero, que conforme sus fundamentos reglamenta tanto la ley 27.350 como la ley 16.463 sobre Importación y Exportación de Medicamentos (B.O. 8 de agosto de 1964); es decir, el régimen sancionado distingue y admite la importación realizada en el marco de la ley 27.350 con fines de investigación de la que se efectúa para el uso individual de las personas, ambas sujetas al régimen general.

El segundo, que adecua la reglamentación interna a las novedades surgidas en el marco regulatorio internacional. En efecto, el cannabis está sujeto a la fiscalización estatal por la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, ambos instrumentos celebrados en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El pasado 2 de diciembre de 2020, luego de una revisión crítica del cannabis realizada por el Comité de Expertos en Farmacodependencia, la Comisión de Estupefacientes (CND) aprobó la propuesta de la Organización Mundial de la Salud de retirar el cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV de la Convención Única sobre Estupefacien-

tes de 1961, permaneciendo sujetos a los niveles de control de la Lista I. Ello supone que el cannabis seguirá considerado como una sustancia adictiva, sometida a las medidas de fiscalización previstas por la Convención Única, pero con una aplicación que permite su uso medicinal y científico siempre bajo el control de las autoridades de cada país que decida llevar a cabo un programa regulatorio.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la Provincia de Entre Ríos adhirió, a través de la ley 10.623, a la ley 27.350.

9°) Que, dado las consideraciones expuestas en la sentencia apelada, las defensas opuestas por las demandadas al trabarse la contienda y la pauta jurisprudencial antes enunciada, corresponde destacar que el art. 3° del aludido Anexo del decreto 883/2020 dispone entre los objetivos del Programa el de *“Implementar medidas para proveer en forma gratuita por parte del Estado, derivados de la planta de Cannabis para aquellas y aquellos pacientes que cuenten con indicación médica con cobertura pública exclusiva. En caso contrario, la cobertura deberán brindarla las Obras Sociales y Agentes del Seguro de Salud del Sistema Nacional, las demás obras sociales y organismos que hagan sus veces creados o regidos por leyes nacionales, y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, todo conforme la normativa vigente”* (apartado d).

En concordancia con esta clara previsión, en el art. 7° se establece que *“[l]os y las pacientes que tuvieran indicación médica para el uso de la planta de Cannabis y sus derivados podrán adquirir especialidades medicinales elaboradas en el país, importar especialidades medicinales debidamente registradas por la autoridad sanitaria o adquirir formulaciones magistrales elaboradas por farmacias autorizadas u otras presentaciones que en el futuro se establezcan. Aquellas personas que, además, no posean cobertura de salud y obra social, tienen derecho a acceder en forma gratuita, conforme la presente Reglamentación”*.

En suma, y en lo que atañe a uno de los argumentos en que se fundó la corte provincial para sostener una interpretación restrictiva de la ley 27.350, es claro que a partir del dictado del reseñado decreto 883/2020 se ha hecho explícita la obligación legal que pesa sobre las obras sociales de brindar cobertura para la adquisición de los derivados de la planta de cannabis a aquellos pacientes que cuenten con indicación médica.

Por otra parte, al responder las demandadas el traslado conferido ante la novedad reglamentaria (que obran en el expediente en formato electrónico, presentadas en fecha 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2020), ninguna objetó la constitucionalidad del decreto 883/2020. IOS-PER reconoce la incidencia del decreto en este tipo de pretensiones solo que limita su virtualidad a las “eventuales solicitudes que se formulen por los afiliados, desde su puesta en vigencia y a futuro”.

La Provincia de Entre Ríos también limita la cuestión a decidir sobre la cobertura hacia el pasado e insiste en negar la prestación del uso del aceite de cannabis “atento su uso experimental”, circunstancias que a su entender “no se han modificado”.

Luego, subsiste interés en el pronunciamiento sobre la interpretación de la ley 27.350 (arts. 7° y 8°) que realizó la corte provincial en cuanto se ha requerido la cobertura desde el inicio del tratamiento de A.M. y las demandadas -si bien con matices- mantienen su reticencia a otorgar la prestación.

10) Que, tal como se refirió en la reseña de los antecedentes, el último tribunal interviniente encuadró la pretensión de la parte actora en las disposiciones de la ley 27.350 y, ante la ausencia de una cláusula que expresamente estipulara la obligación de las demandadas, juzgó improcedente la demanda. La télesis que sustenta el fallo soslaya el análisis de la totalidad de las normas que concurren a dirimir la contienda, consagrando una interpretación fragmentaria del ordenamiento jurídico que contradice su finalidad última.

Como ha dicho esta Corte “[l]as leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial” (Fallos: 343:848, disidencia del juez Rosatti).

En efecto, se ha omitido ponderar, en concreto, las previsiones del art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que corresponde al Congreso Nacional “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y

de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”; los arts. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10, 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigentes por el reenvío del art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental; y, particularmente, la ley 24.901 que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

En este preciso marco constitucional se inscriben las disposiciones de la ley 24.901 que, en su art. 1° instituye el “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad” estableciendo la creación de un régimen de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. En cumplimiento de ese cometido, el art. 2° de ese estatuto dispone que: “*Las obras sociales (...) tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas*”. Las disposiciones de los arts. 15 (prestaciones de rehabilitación) y 38 (cobertura total de medicamentos o productos específicos) de la citada ley, iluminadas por las normas constitucionales que se han enumerado, completan el plexo jurídico tutelar que sin duda asistía a A.M.

A las previsiones de la ley 24.901 debió aditarse la protección específica y adicional que la ley 25.404 estipuló para el paciente epiléptico al disponer el derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4°). Es dable memorar la ley provincial 9705 en cuanto estipuló que “*la asistencia médica integral quedará integrada a los nomencladores de las obras sociales que operan en la Provincia, formando parte del Plan Básico Obligatorio y Gratuito para Tratamiento Crónicos y Prolongados*”.

11) Que la preferente tutela de la que goza el hijo de los actores por encontrarse incapacitado y ser paciente epiléptico, y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamen-

tales, según se encuentra prescripto en el transcripto inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional, debió desterrar definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos (Fallos: 332:2454), lo que ocurre cuando, como en el caso, se limita la cobertura de salud por una interpretación excesivamente amplia de las resoluciones reglamentarias de otra norma o la lisa y llana exclusión de las leyes orientadas a la específica protección de las personas discapacitadas, esto es, las leyes 24.901 y 25.404 (conf. doctrina de Fallos: 343:848, voto del juez Rosatti).

Este Tribunal ha considerado, reiteradamente, que el individuo es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 323:3229 *in re* “Campodónico de Beviacqua”; 321:1684; 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten), agregando que no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona (CCF 12922/2006/CA2-CS1 “S., J. L. c/ COMISION NAC ASESORA PARA LA INT DE PERSONAS DISCAPAC y otro s/ amparo”, sentencia del 5 de diciembre de 2017, voto del juez Rosatti).

12) Que, en suma, acreditada la prescripción médica, la falta de efectividad de los tratamientos convencionales, el consentimiento informado del paciente, las mejoras sustanciales del estado de salud y de la calidad de vida de A.M., y la autorización otorgada por la ANMAT en el contexto del Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos, el joven cuyo amparo se reclama tenía derecho a la cobertura integral del tratamiento, pesando sobre las demandadas la obligación de asumir su costo conforme las disposiciones de la ley 24.901 y la ley provincial 9891.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia

apelada y se hace lugar a la acción de amparo (art. 16, segunda parte, de la ley 48). En consecuencia, se condena al IOSPER a cubrir el 100% del costo del “aceite de cannabis”, cuyo nombre comercial es “Charlotte’s Web 5000 Everyday Avanced” en las dosis que indique su médico neurólogo. Con costas, respecto de IOSPER en razón del modo en que se resuelve, y respecto de la Provincia de Entre Ríos, en atención a los razonables motivos que la actora pudo tener para demandarla. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **C. B. B. y P. F. M.**, en representación de su hijo, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Soledad Price**.

Traslado contestado por la **Provincia de Entre Ríos**, representada por el **Dr. Sebastián Miguel Trinadori** y por el **Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos**, representado por el **Dr. Pablo José Testa**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 4 de Paraná**.

B., E.M. s/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN

ADOPCIÓN

Corresponde revocar la decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, toda vez que la misma no luce respetuosa del principio cardinal del interés superior del niño, en tanto al modificar la situación socio-afectiva que mantenía -y mantiene- la infante por más de 9 años con principal apoyo en la obligación de respetar el debido proceso legal y la sujeción a las normas adjetivas específicas del proceso de que se trata, importó en el caso dar preeminencia a aspectos formales que, aun cuando exigibles, no revestían al tiempo de su valoración la entidad pretendida; ello, en desmedro de la ponderación de otras cuestiones que en las particulares circunstancias del asunto adquirirían una especial consideración a la hora de definir el contenido del citado concepto y, por lo tanto, permitían dar una respuesta que, dentro de las posibles, resolvía el asunto del mejor modo para los intereses de la niña.

ADOPCION

Cabe revocar la decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues la circunstancia de que la madre no hubiera contado con asistencia técnica al tiempo de decidir dar a su hija en adopción ni tampoco en oportunidad de la audiencia celebrada posteriormente, no podía llevar, sin más, a restar validez a esa voluntad inicial que fue mantenida en el tiempo y, en consecuencia, autorizar la decisión apelada, en tanto dicha intención -formulada por una persona de entonces 35 años de edad y con dos hijos- fue ratificada en sede judicial tres años después de encontrarse ya la niña bajo el cuidado de los guardadores, ocasión en la que admitió haber contado con asesoramiento jurídico del defensor de menores sobre el alcance de su postura -la que manifestó comprender-, reconoció que la entrega de la niña fue voluntaria en la inteligencia de que era lo más beneficioso para ella, y dicha expresión de voluntad fue reiterada nuevamente casi dos años después durante el trámite del juicio de adopción donde expresamente afirmó que no quería perjudicar a su hija y que no era su deseo sacarla del domicilio de los guardadores.

ADOPCION

Corresponde revocar la decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues las razones que, pasado un lapso de tiempo considerable, habrían motivado un cambio de criterio respecto de la adopción por parte de la madre biológica no podrían echar por tierra las consecuencias de una clara declaración de voluntad inicial formulada por una persona adulta que no sólo no lucía afectada de un grave vicio susceptible de tornarla inválida, sino que, primordialmente, dio lugar a la creación de un vínculo afectivo cuya modificación -en el estadio actual- traería consecuencias inevitables en sus componentes, en especial en la niña; máxime cuando no se han invocado otros motivos de entidad que sustenten una solución diferente.

ADOPCION

Cabe revocar la decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues la entrega directa de la niña como la falta de inscripción de los guardadores en el registro pertinente no adquieren en el caso entidad suficiente para sustentar, por sí solos, el pronunciamiento apelado.

ADOPCIÓN

Si bien no cabe duda de que el respeto al debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales que rigen el instituto de la adopción constituyen premisas fundamentales que no pueden ser soslayadas ni desconocidas tanto por quienes la solicitan como por quienes deben decidir al respecto, en resguardo del citado debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica que deben regir en todo pleito (arts. 18 de la Constitución Nacional), frente a situaciones de marcada excepcionalidad a la hora de decidir, la satisfacción del interés superior del niño exige atender a una visión de conjunto.

ADOPCIÓN

Si bien las irregularidades - no contar la madre con asistencia letrada al momento de dar su hija en adopción, entrega directa de la niña y falta de inscripción de los guardadores en el registro pertinente- constituyen conductas no solo sumamente reprochables sino prohibidas por el ordenamiento de fondo (conf. art. 318 del anterior Código Civil y art. 611 del actual Código Civil y Comercial de la Nación), susceptibles - incluso- de poner en serio riesgo el instituto de la guarda y la adopción de tornarse habituales, la corte local al revocar la guarda y rechazar la adopción no pudo restar entidad a las consecuencias que se derivaban de su sujeción en el caso en concreto, en tanto conllevaban necesariamente a modificar una situación de estabilidad afectiva y social que se mantenía inalterable hace años y en la que, según expresó la niña, deseaba permanecer, sin evaluar, con el grado de rigurosidad que es exigible en razón de los intereses en juego, la incidencia que dicha modificación podría traer aparejada para la infante.

ADOPCIÓN

Más allá de la relevancia que adquiere la existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad, resulta inadmisibles que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva, que como en el caso, existe entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, quienes han demostrado, en principio, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fuera confiada.

ADOPCION

La ausencia de una declaración previa de adoptabilidad de la niña no puede justificar en el caso la resolución que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues el proceso de guarda pre-adoptiva fue iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ordenamiento que expresamente prevé con carácter previo la necesidad de un proceso autónomo de declaración de adoptabilidad de los infantes (conf. arts. 607 a 610 de dicho ordenamiento), por lo que el referido proceso de guarda preadoptiva se ajustó a las disposiciones entonces vigentes.

ADOPCION

Es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues la corte local no pudo negar o neutralizar la importancia y efectos que el paso del tiempo tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación, desde que es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose en un factor que adquiere una consideración especial a la hora de determinar su interés superior en el caso en concreto que, como tal, no debe ser desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea ya que su tutela es no sólo el motivo de la inserción judicial sino la finalidad permanente de toda esta clase de procesos.

ADOPCION

Es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues una adecuada consideración del principio del interés superior del niño exigía ponderar que la niña ha transcurrido prácticamente toda su vida -o toda la que recuerda- en el hogar del matrimonio guardador, producto de la voluntad inicial de la madre que, obviamente, le fue ajena; que está totalmente integrada a la familia de los guardadores en su status de hija y, en forma refleja, considera a éstos como a sus padres; que es feliz de poder integrar su historia manteniendo vínculos con su familia de origen y que no ha dudado en manifestar querer vivir con aquéllos.

ADOPCION

Corresponde revocar la sentencia que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues no se trata de convalidar o purgar los defectos procesales advertidos ni de propiciar conductas indeseadas o irregulares, sino de evaluar si en las circunstancias particulares del caso -teñidas de una larga permanencia en un ambiente socioafectivo por una decisión que le es ajena a la infante- una sentencia que se asiente en tales aspectos luce respetuosa del principio del interés superior del niño, teniendo como premisa el deber inexcusable de los jueces de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles.

ADOPCION

Frente a la inexistencia de circunstancias excepcionales que desajearan la permanencia de la niña en el núcleo familiar de sus guardadores pre adoptivos o que demostraran que su estadía generaría un trauma mayor al que se deriva de todo cambio de guarda, no resulta admisible confirmar la decisión que revocó la guarda preadoptiva y rechazó la adopción en cuanto importó modificar la situación de estabilidad -social y afectiva- en la que se encuentra la niña con la posibilidad cierta de someterla a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo, sin certeza sobre sus consecuencias, máxime frente a lo que habría manifestado la infante.

ADOPCION

La decisión que considera arbitraria la sentencia que revocó la guarda preadoptiva y rechazó la adopción solicitada no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados lazos de sangre y el derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia que ejerce la guarda con fines de adopción desde hace ya 11 años respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta y mucho menos estigmatizar -de modo expreso o solapado- a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso, sino por el contrario, se trata de considerar, entre todos los intereses en juego -legítimos desde cada óptica- el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección de modo que en

el juicio de ponderación de ellos la medida de no satisfacción de uno dependa del grado de importancia de satisfacción del otro.

ADOPCION

Corresponde descalificar la sentencia apelada que rechazó la adopción solicitada y ordenar mantener la guarda con fines de adopción a fin de dar una respuesta definitiva a una situación de incertidumbre que se ha mantenido por demasiados años, en tanto se presenta, entre las posibles, como la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, que es la niña; y en ese marco de actuación, recurrir a lo que se ha denominado el “triángulo adoptivo-afectivo”, como una alternativa saludable para todos los involucrados y, obviamente, para el sujeto de preferente tutela, en tanto permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo, ello, claro está, en la medida en que resulte beneficioso para la infante a quien, oportunamente, deberá oírse y darse debida participación habida cuenta la dinámica que domina este tipo de procesos.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

En consonancia con la finalidad protectora del interés superior del niño que guía la decisión, la Corte exhorta a todas las partes intervinientes a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos y, principalmente, a profundizar sus esfuerzos para garantizar a la niña el derecho a crecer en el seno de una familia, a conocer su realidad biológica y a preservar -en su caso- sus vínculos con su familia de origen, los que no cabe admitir que puedan verse lesionados como consecuencia de los comportamientos de quienes tienen la obligación de protegerla. Constituye su deber primordial extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo (conf. arts. 3°, 9°, 10 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11 de la ley 26.061).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La protección del interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares del caso.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Los conflictos que atañen a los infantes deben ser resueltos a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La consideración del interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucren a los infantes en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Los niños tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aún frente al de sus progenitores; dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infra-constitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el actual art. 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación, así como en la ley de la Provincia de Río Negro 4109 (art.10).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La configuración del interés superior del niño exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real del infante.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar.

SENTENCIA

A la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ellas a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar, conclusiones que adquieren ribetes especiales cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

SENTENCIA

Los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, particularmente en esta materia, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los planteos de los recurrentes atinentes a la inadecuada apreciación del caso bajo el principio del interés superior del niño, suscitan cuestión federal para su examen en la vía extraordinaria, desde que ponen en tela de juicio la inteligencia de una norma de naturaleza federal como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 3 de la ley 26.061 y la sentencia apelada es contraria al derecho que la apelante funda en ella.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Toda vez que los agravios vinculados con la arbitrariedad de sentencia en punto a la errónea valoración de las circunstancias particulares del caso, a un apego excesivo a las formas y a la omisión de ponderar los informes especializados obrantes en la causa como la opinión de la niña en un asunto que la afecta, se encuentran inescindiblemente ligados con los referentes a la inteligencia de una norma federal, por lo cual resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario a fin de dar una respuesta que contemple las concretas particularidades que se evidenciaron con posterioridad a dicha oportunidad procesal con entidad para incidir en la resolución del conflicto sometido a su conocimiento, de manera de hacer efectivo un adecuado servicio de justicia.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la Defensora General subrogante de Río Negro (CSJ 241/2019/RH1) y por C., C.A y R., C.L (CSJ 242/2019/RH1) en la causa B., E.M. s/ reservado s/ adopción s/ casación”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el 3 de julio de 2018, en el marco de un proceso de adopción, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro hizo lugar al recurso de casación deducido por la madre biológica de la niña E.M.B. y revocó la decisión de la cámara. En tales condiciones, confirmó la sentencia de primera instancia que había dejado sin efecto la guarda con fines de adopción otorgada el 8 de agosto de 2013 al matrimonio C.L.R Y C.A.C, rechazado la demanda de adopción solicitada

por dicho matrimonio y ordenado la restitución de la niña -quien desde los 9 meses vivía con los guardadores- a su madre biológica, sin perjuicio de establecer un régimen de comunicación con los guardadores y su familia extensa. Asimismo, dispuso un tratamiento psicológico para todos los involucrados (fs. 270/283 del expediente principal).

Contra dicho pronunciamiento el matrimonio guardador y la Defensora De Pobres y Ausentes n° 5 de la 1° Circunscripción Judicial de la provincia de Río Negro dedujeron sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen a las presentes quejas.

2°) Que para decidir de ese modo, el superior tribunal destacó que en el caso se habían denunciado inobservancias de forma y de fondo en la tramitación de la causa que tenían severo impacto en la promoción y goce de los derechos humanos tanto de la madre biológica como de su hija.

Después de efectuar una extensa referencia al marco normativo convencional, constitucional y legal aplicable, afirmó que la cámara al otorgar la adopción simple a pesar de que el trámite de la guarda con fines de adopción estuvo viciado en su origen, había desconocido el debido proceso legal y uno de sus pilares básicos: el derecho de defensa técnica eficaz.

A tal efecto, destacó que se había convalidado la entrega directa de la niña mediante escritura pública, como así también la guarda pre-adoptiva a quienes no estaban inscriptos en el Registro Único de Adoptantes con apoyo en el consentimiento dado por la progenitora en la audiencia a la que había concurrido sin contar con asistencia letrada. Entendió que la ausencia de dicha defensa técnica llevaba a admitir que por su condición de vulnerabilidad -producto de su situación socio-económica y cultural- su voluntad se encontrara viciada por un error esencial, pues la madre desconocía la naturaleza, los alcances y los efectos del acto al que contribuyó a formalizar con su aquiescencia, lo que había tenido claro una vez que contó con defensa técnica y se presentó ante la justicia a fin de requerir que se revocara la decisión adoptada (confr. actas de fs. 40 y 69 del expediente principal).

3°) Que, a renglón seguido, la Corte local consideró que el desconocimiento de la garantía del debido proceso a la madre había afectado el mismo derecho de la niña, lesionado su superior interés y sus dere-

chos de identidad y a no ser separada de su familia de origen por razones fundadas en limitaciones materiales de su progenitora, cuestión esta última que, según sostuvo, había justificado la entrega directa y la guarda pre-adoptiva. Destacó que al margen de que no había existido declaración previa del estado de adoptabilidad, lo que debía, por sí solo, llevar a la nulidad absoluta de la decisión que otorgó la adopción, ninguno de los supuestos establecidos por el código de fondo a tal fin se presentaban en el caso, y que dicho ordenamiento era categórico en cuanto a la prohibición de entrega directa en guarda de niños, sea por escritura pública o por acto administrativo (conf. arts. 607, 611 y 634, inciso g, del Código Civil y Comercial de la Nación).

En esa línea de razonamiento, afirmó que la consolidación de lazos afectivos de la niña con los guardadores en atención a su convivencia y crianza desde sus primeros meses de vida, junto a la garantía de estabilidad y centro de vida, como premisas para dar preeminencia al principio nodal del interés superior del niño, claramente había importado hacer valer el transcurso del tiempo como convalidante de un procedimiento irregular, a fuerza de anteponer la ponderación socio-afectiva en términos de estabilidad.

4°) Que asimismo, adujo que la presentación espontánea de los guardadores para confirmar la guarda de hecho no funcionaba como una suerte de dispensa para relevar al juez del deber de ingresar en el análisis de su origen ni de efectuar la correspondiente valoración a la luz del interés de la niña, desde que la prevalencia de dicho interés involucraba el derecho de aquélla a la vida familiar, a preservar su identidad y a ser protegida y asistida por el Estado, a más de que se cumplieran con las reglas procedimentales (arts. 7.1, 8.1, 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Expresó que ante la disyuntiva que se planteaba entre mantener el “status quo” o su reversión, la jurisdicción debía anclar la decisión en principios de peso como el de legalidad, orden público, derechos a la identidad e interés superior del niño y que debía encontrar una solución conforme a derecho, como podría ser otorgar un régimen comunicacional que no separara a la niña de los afectos forjados con los guardadores (art. 556 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por último, sin perjuicio de reconocer la importancia que en estos juicios cobraba el derecho de la pequeña a ser oída, la corte local entendió que lo manifestado por ésta a sus 8 años de edad a la época del

fallo apelado, no podía ser interpretado y utilizado como fundamento de su interés superior o de su deseo de ser adoptada, pues sólo había expresado, en ese momento de su historia, que deseaba vivir con los guardadores.

5°) Que encontrándose comprometidos los intereses de la niña, este Tribunal dio vista de las actuaciones al Defensor Oficial General adjunto ante la Corte quien dictaminó en el sentido de que correspondía dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto había revocado la guarda pre-adoptiva (confr. fs. 229/241 de la queja CSJ 241/2019/RH1 y fs. 62/63 de la queja CSJ 242/2019/RH1).

6°) Que los planteos de los recurrentes atinentes a la inadecuada apreciación del caso bajo el principio del interés superior del niño, suscitan cuestión federal para su examen en la vía intentada, desde que ponen en tela de juicio la inteligencia de una norma de naturaleza federal como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 3 de la ley 26.061 y la sentencia apelada es contraria al derecho que la apelante funda en ella (art. 14, inciso 3°, ley 48; Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307; 341:1733, entre otros).

El principio liminar que las normas mencionadas prevén, la protección del “interés superior del niño” -que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares del caso-, ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que, en este aspecto, sirven de fundamento al recurso (art. 15 de la ley 48).

Por otro lado, en tanto los agravios vinculados con la arbitrariedad de sentencia en punto a la errónea valoración de las circunstancias particulares del caso, a un apego excesivo a las formas y a la omisión de ponderar los informes especializados obrantes en la causa como la opinión de la niña en un asunto que la afecta, se encuentran inescindiblemente ligados con los referentes a la inteligencia de una norma federal, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 328:1883; 330:3471, 3685 y 4331; y 342:584 y 2100, entre muchos otros).

7°) Que con carácter previo al examen de la causa, deviene pertinente puntualizar que al decidir la controversia este Tribunal no puede

dejar de ponderar que -como ha sido reiterado en numerosas ocasiones- sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 316:1824; 321:865; 330:642; entre otros), a fin de dar una respuesta que contemple las concretas particularidades que se evidenciaron con posterioridad a dicha oportunidad procesal con entidad para incidir en la resolución del conflicto sometido a su conocimiento, de manera de hacer efectivo un adecuado servicio de justicia.

8°) Que para una mejor comprensión del asunto corresponde recordar que la niña E.M.B. nació el 14 de enero de 2009 y fue entregada por su progenitora el 14 de octubre de 2009, es decir a los 9 meses de edad, al matrimonio C.L.R y C.A.C. a fin de que pudieran cuidarla frente a su imposibilidad de hacerlo.

El 8 de agosto de 2013 la jueza de grado admitió el pedido de guarda judicial solicitada por dicho matrimonio, con apoyo en lo manifestado en la audiencia por la madre en punto a que la entrega fue voluntaria, a que se asesoró y consultó en la Defensoría sobre la situación, a su deseo de dejarla a los guardadores pero que mantuviera contacto con sus hermanos y a que se le había informado sobre las consecuencias del trámite de adopción y prestaba conformidad por entender que era lo más beneficioso para su hija. Asimismo, hizo mérito de las declaraciones testimoniales y del informe social elaborado en el caso (confr. fs. 20, 23/27, 32 y 55 del expediente n° 957/2012).

El 18 de noviembre de 2013 el matrimonio guardador solicitó la adopción de la niña; el 26 de agosto de 2014 la progenitora manifestó que se oponía a la adopción de su hija, pese a que no deseaba perjudicarla ni sacarla del domicilio de aquéllos, y con posterioridad expresó que se arrepentía y quería recuperarla. El 4 de julio de 2016 la jueza de grado, después de disponer un régimen de encuentros entre la niña, su madre y sus hermanos con supervisión del equipo interdisciplinario y de oír a todas las partes, dejó sin efecto la guarda pre-adoptiva, rechazó la demanda de adopción y ordenó la restitución de la infante -a ese entonces de 7 años de edad- a su madre, de forma gradual acorde a sus necesidades y respetando sus tiempos. Asimismo, dispuso que cumplida la restitución se fijara un sistema de comunicación con la familia guardadora (fs. 10/12, 40, 47, 69, 92, 96, 100, 104, 120 y 126/139 del expediente principal).

El 21 de marzo de 2017 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro revocó dicha sentencia e hizo lugar parcialmente a la demanda al otorgar a los guardadores la adopción simple respecto de la niña E.M.B.; mantuvo el derecho de comunicación con su familia biológica y recomendó a todos los involucrados la realización de un tratamiento psicológico para trabajar la situación familiar. En términos generales, sostuvo que el cambio de guarda decidido -en tanto importaba modificar la situación de hecho en la que se encontraba la pequeña- solo podía ser convalidado si tendía a una efectiva protección de su interés superior y, al valorar los argumentos que sustentaron el fallo apelado, concluyó que el referido interés encontraba concreción en el mantenimiento de su centro de vida junto a los guardadores y en la vinculación con su familia de origen (confr. fs. 203/219 del citado expediente principal).

Finalmente, el 3 de julio de 2018 el Superior Tribunal de Justicia de la referida provincia, al admitir el recurso de casación deducido por la madre, revocó la sentencia y confirmó el pronunciamiento de primera instancia, decisión ésta que es objeto de examen.

9°) Que en situaciones que guardan cierta analogía con el asunto bajo examen, la Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los conflictos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente (confr. doctrina Fallos: 328:2870; 341:1733 y CSJ 2209/2019/CS1 “L.M. s/ abrigo”, sentencia del 7 de octubre de 2021).

En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucren a los infantes en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental).

Ello así, pues los niños tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el inte-

rés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aún frente al de sus progenitores (conf. doctrina Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733). Dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infra-constitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el actual art. 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación, así como en la ley local 4109 (art.10).

La configuración de ese “interés superior” exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real del infante. Este Tribunal ha subrayado con especial intensidad que aquél principio no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, desde que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se lo satisface (confr. Fallos: 330:642).

10) Que bajo esa premisa, una apreciación conjunta y armoniosa de las particulares circunstancias que presenta el caso como de la situación actual en la que se encuentra inserta la niña E.M.B. conduce a revocar la decisión de la corte local en cuanto dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, desde que no luce respetuosa del mencionado principio cardinal y, con el alcance que surge de este pronunciamiento, admitir ambas pretensiones.

Ello así, pues la decisión de considerar satisfecho el interés superior del niño a partir de modificar la situación socio-afectiva que mantenía -y mantiene- la infante por más de 9 años con principal apoyo en la obligación de respetar el debido proceso legal y la sujeción a las normas adjetivas específicas del proceso de que se trata, importó en el caso dar preeminencia a aspectos formales que, aun cuando exigibles, no revestían al tiempo de su valoración la entidad pretendida; ello, en desmedro de la ponderación de otras cuestiones que en las particulares circunstancias del asunto adquirirían una especial consideración a la hora de definir el contenido del citado concepto y, por lo tanto, permitían dar una respuesta que, dentro de las posibles, resolvía el asunto del mejor modo para los intereses de la niña.

Este Tribunal ha señalado que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar (Fallos: 331:147, 2047, entre otros). Del mismo modo, ha destacado que a la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ellas a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar (confr. doctrina Fallos: 326:3593; 328:4818 y 331:1262), conclusiones que -valga remarcar- adquieren ribetes especiales cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

11) Que la circunstancia de que la madre no hubiera contado con asistencia técnica al tiempo de decidir dar a su hija en adopción ni tampoco en oportunidad de la audiencia celebrada posteriormente, no podía llevar, sin más, a restar validez a esa voluntad inicial que fue mantenida en el tiempo y, en consecuencia, autorizar la decisión apelada.

Ello así, pues dicha intención -formulada por una persona de entonces 35 años de edad y con dos hijos- fue ratificada en sede judicial tres años después de encontrarse ya la niña bajo el cuidado de los guardadores, ocasión en la que admitió haber contado con asesoramiento jurídico del defensor de menores sobre el alcance de su postura -la que manifestó comprender-, reconoció que la entrega de la niña fue voluntaria en la inteligencia de que era lo más beneficioso para ella, incluso cuando se le hubiera proporcionado una casa ya que no podía cuidarla, y que quería dejársela al matrimonio guardador (confr. fs. 20 del expediente 957/2012). Dicha expresión de voluntad fue reiterada nuevamente casi dos años después durante el trámite del presente juicio de adopción donde expresamente afirmó que no quería perjudicar a su hija y que no era su deseo sacarla del domicilio de los guardadores (conf. fs. 40 del expediente principal).

Las razones que, pasado un lapso de tiempo considerable, habrían motivado un cambio de criterio respecto de la adopción -las que parecerían, prima facie, haber obedecido a que no se habría respetado lo convenido en punto al uso del apellido materno y a la vinculación con sus hermanos, o a un “arrepentimiento”, según sus propias manifes-

taciones (confr. fs. 40 y 69 de la citada causa)-, no podrían echar por tierra las consecuencias de una clara declaración de voluntad inicial formulada por una persona adulta que no sólo no lucía afectada de un grave vicio susceptible de tornarla inválida, sino que, primordialmente, dio lugar a la creación de un vínculo afectivo cuya modificación -en el estadio actual- traería consecuencias inevitables en sus componentes, en especial en la niña. Máxime cuando no se han invocado otros motivos de entidad que sustenten una solución diferente.

12) Que tampoco la entrega directa de la niña como la falta de inscripción de los guardadores en el registro pertinente adquieren en el caso entidad suficiente para sustentar, por sí solos, el pronunciamiento apelado.

No cabe duda de que el respeto al debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales que rigen el instituto de la adopción constituyen premisas fundamentales que no pueden ser soslayadas ni desconocidas tanto por quienes la solicitan como por quienes deben decidir al respecto, en resguardo del citado debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica que deben regir en todo pleito (arts. 18 de la Constitución Nacional). No obstante, frente a situaciones de marcada excepcionalidad como la de autos, a la hora de decidir, la satisfacción del interés superior exige atender a una visión de conjunto.

Este Tribunal ha señalado en distintas oportunidades que los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, particularmente en esta materia, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión (conf. arg. Fallos: 302:1611, 304:1919, 315:992, 323:3139, 326:3593, 328:4818 y 331:1262, entre otros).

En esa línea de razonamiento, si bien es cierto que las irregularidades señaladas constituyen conductas no solo sumamente reprochables sino prohibidas por el ordenamiento de fondo (conf. art. 318 del anterior Código Civil y art. 611 del actual Código Civil y Comercial de la Nación), susceptibles -incluso- de poner en serio riesgo el instituto de

la guarda y la adopción de tornarse habituales -tarea en la que todos los operadores judiciales deben comprometer sus esfuerzos para evitarlas-, la corte local no pudo restar entidad a las consecuencias que se derivaban de su sujeción en el caso en concreto, en tanto conllevaban necesariamente a modificar una situación de estabilidad afectiva y social que se mantenía inalterable hace años y en la que, según expresó la niña, deseaba permanecer (confr. fs. 120) , sin evaluar, con el grado de rigurosidad que es exigible en razón de los intereses en juego, la incidencia que dicha modificación podría traer aparejada para la infante.

Análogas consideraciones cabe formular respecto de la falta de inscripción de los guardadores en el Registro Único de Adoptantes. Este Tribunal ha reafirmado el criterio según el cual “más allá de la relevancia que adquiere la existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad, resulta inadmisibile que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva como la aquí considerada entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, quienes han demostrado, en principio, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fuera confiada” (cfr. doctrina de Fallos: 331:147 y 2047; 341:1733).

13) Que no alteran las conclusiones precedentes la ausencia de una declaración previa de adoptabilidad de la niña. Además de que el proceso de guarda pre-adoptiva fue iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ordenamiento que expresamente prevé con carácter previo la necesidad de un proceso autónomo de declaración de adoptabilidad de los infantes (conf. arts. 607 a 610 de dicho ordenamiento), el referido proceso de guarda pre-adoptiva se ajustó a las disposiciones entonces vigentes que, en sustancia, han sido receptadas por el referido código en el Título VI, Capítulos 1 a 6. De ahí que la omisión procesal que se endilga no presenta la entidad que se pretende asignarle a los fines de justificar la resolución que se adopta.

14) Que a más de las consideraciones señaladas, la Corte local no pudo negar o neutralizar la importancia y efectos que el paso del tiempo tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación, desde que es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose en un factor que adquiere una consideración especial

a la hora de determinar “*su interés superior*” en el caso en concreto que, como tal, no debe ser desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea. Su tutela es no sólo el motivo de la inserción judicial sino la finalidad permanente de toda esta clase de procesos.

No se trata de convalidar o purgar los defectos procesales aquí advertidos ni de propiciar conductas indeseadas o irregulares, sino de evaluar si en las circunstancias particulares del caso -teñidas de una larga permanencia en un ambiente socioafectivo por una decisión que le es ajena a la infante- una sentencia que se asiente en tales aspectos luce respetuosa del principio del interés superior del niño, teniendo como premisa el deber inexcusable de los jueces de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina Fallos: 328:2870). Ello así, pues los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el citado principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten.

Una adecuada consideración del citado principio exigía ponderar que la niña ha transcurrido prácticamente toda su vida -o toda la que recuerda- en el hogar del matrimonio guardador, producto de la voluntad inicial de la madre que, obviamente, le fue ajena; que está totalmente integrada a la familia de los guardadores en su status de hija y, en forma refleja, considera a éstos como a sus padres; que es feliz de poder integrar su historia manteniendo vínculos con su familia de origen y que no ha dudado en manifestar querer vivir con aquéllos (confr. fs. 23, 25/27, 120, 196, 285/286, 299 del expte. principal).

La convivencia de la niña con dicho matrimonio ya lleva 11 años, en una etapa -como ya se enfatizó- de particular trascendencia para su formación y donde sus necesidades vitales excedían en mucho las meramente materiales ya que apuntaban al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual. En efecto, se encuentra inserta en el núcleo social que reconoce como primario desde los 9 meses a los 11 años en la actualidad, de modo que no puede ignorarse que ello ha dado origen a una constelación de hechos e imágenes, hábitos y afectos, que la infante ha hecho propios y que forman parte de su personalidad.

15) Que en ese escenario, y frente a la inexistencia de circunstancias excepcionales que desaconsejaran su permanencia en ese núcleo familiar o que demostraran que su estadía generaría un trauma mayor al que se deriva de todo cambio de guarda, no resulta admisible confirmar la decisión apelada en cuanto importó modificar la situación de estabilidad -social y afectiva- en la que se encuentra la niña con la posibilidad cierta de someterla a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo, sin certeza sobre sus consecuencias. Máxime frente a lo señalado por la defensora con posterioridad a la sentencia acerca de lo que le habría manifestado la infante (conf. Fallos: 330:642 y 1671; 331:2047; fs. 360, 371, 372 del expte. principal).

Una decisión en tal sentido no importa -como lo ha sostenido esta Tribunal en distintas oportunidades- soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia que ejerce la guarda con fines de adopción desde hace ya 11 años respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar -de modo expreso o solapado- a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata de considerar, entre todos los intereses en juego -legítimos desde cada óptica- el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección de modo que en el “juicio de ponderación” de ellos la medida de no satisfacción de uno dependa del grado de importancia de satisfacción del otro (confr. Fallos: 341:1733 y sus citas).

16) Que en tales condiciones, corresponde descalificar la sentencia apelada y mantener la guarda con fines de adopción en el matrimonio C.L.R-C.A.C. y, a fin de dar una respuesta definitiva a una situación de incertidumbre que se ha mantenido por demasiados años, otorgar la guarda de la niña a dicho matrimonio con el alcance que surge de la sentencia de cámara, en tanto se presenta, entre las posibles, como la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, que es la niña.

En ese marco de actuación y en circunstancias especiales como las examinadas, este Tribunal ha admitido la necesidad de recurrir a lo que se ha denominado el “triángulo adoptivo-afectivo”, como una alternativa saludable para todos los involucrados y, obviamente, para el sujeto de preferente tutela, en tanto permite la preservación de los

distintos vínculos que conforman parte de su universo. Ello, claro está, en la medida en que resulte beneficioso para la infante a quien, oportunamente, deberá oírse y darse debida participación habida cuenta la dinámica que domina este tipo de procesos.

Frente a las manifestaciones del matrimonio guardador sobre su conformidad para que el vínculo con la familia biológica se mantenga y continúe en el futuro por resultar beneficioso no solo para la niña sino para su familia de sangre, así como respecto de su colaboración para que dicho vínculo pueda llevarse a cabo (conf. fs. 57, 115, 162 vta., 164 del citado expte.), la propuesta se exhibe como una respuesta que permite conjugar las realidades de la niña de un modo que atiende a “su interés superior”, en su acepción más amplia, sin que las circunstancias destacadas con posterioridad a la sentencia que se cuestiona (conf. fs. 365) puedan eliminar la solución que, al presente y en el contexto de la decisión que se adopta, luce -prima facie- como la más respetuosa de los derechos fundamentales de la infante.

Oportunamente, los jueces de la causa, dentro del marco de actuación que les es propio, deberán adoptar las medidas pertinentes para, a más de, como se señaló, oírlos. La ley 26.061, como el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, contemplan expresamente la opinión del niño como derecho fundamental, receptando de ese modo lo dispuesto por el art. 12 de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.

17) Que por último, en consonancia con la finalidad protectora del interés superior del niño que guía la decisión que se adopta, el Tribunal exhorta a todas las partes intervinientes a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos y, principalmente, a profundizar sus esfuerzos para garantizar a la niña el derecho a crecer en el seno de una familia, a conocer su realidad biológica y a preservar -en su caso- sus vínculos con su familia de origen, los que no cabe admitir que puedan verse lesionados como consecuencia de los comportamientos de quienes tienen la obligación de protegerla. Constituye su deber primordial extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo (conf. arts. 3°, 9°, 10 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11 de la ley 26.061).

18) Que atento a la solución propuesta, resulta inoficioso examinar los agravios planteados en la queja CSJ 241/2019/RH1 vinculados con la tempestividad del recurso extraordinario.

Por ello, habiendo tomado intervención el señor Defensor General adjunto, el Tribunal resuelve: 1°) declarar admisible la queja CSJ 242/2019/RH1 y procedente el recurso extraordinario deducido a fs. 292/297 del expediente principal y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia apelada; 2°) hacer lugar parcialmente a la demanda, mantener la guarda, y otorgar la adopción simple de la niña E.M.B. al matrimonio C.L.R.-C.A.C., todo ello con el alcance previsto en el art. 627 del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 16 de la ley 48); 3°) desestimar la queja CSJ 241/2019/RH1, y 4°) Exhortar a las partes en los términos del considerando 16. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja CSJ 242/2019/RH1 al principal con copia del dictamen de fs. 229/241 de la queja CSJ 241/2019/RH1. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recursos de queja interpuestos por los actores C. L. R. y C. A. C., patrocinados por el Dr. Jorge Daniel Palma, y la menor E. M. B., representada por la Defensora General subrogante de la Provincia de Río Negro.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

Tribunales intervinientes con anterioridad: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería, y el Juzgado de Familia n° 5, ambos de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

FUNDACIÓN CIUDADANOS INDEPENDIENTES c/ SAN
JUAN, PROVINCIA DE; ESTADO NACIONAL Y OTROS s/ ACCIÓN
AMBIENTAL MERAMENTE DECLARATIVA

MEDIO AMBIENTE

El hecho de que la demandante invoque la responsabilidad del Estado Nacional por ser el emprendimiento Pascua-Lama de carácter binacional, no funda per se la competencia originaria en razón de la materia, pues dicha jurisdicción procede tan solo cuando la acción entablada se basa “directa y exclusivamente” en prescripciones constitucionales de

carácter nacional, ley del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa, pero no cuando, como sucede en el caso, se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes como son los atinentes a la protección ambiental de la provincia afectada.

MEDIO AMBIENTE

El carácter binacional de la explotación minera “Pascua-Lama” no altera las reglas de competencia previstas en la legislación nacional para cuestiones ambientales, pues en lo relativo a dichas cuestiones quedó expresamente convenido en el Tratado sobre Integración y Complementación Minera, que rige el emprendimiento mencionado, que las partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina, según corresponda (arts. 12 del Tratado y 46 del Protocolo Adicional Especifico), por lo cual queda descartada la incidencia de los instrumentos internacionales suscriptos oportunamente por la República de Chile y la República Argentina.

MEDIO AMBIENTE

En la acciones de recomposición del daño ambiental colectivo, la competencia corresponde a los tribunales de justicia ordinarios, y solo excepcionalmente a los del fuero federal, en aquellos casos en los que se encuentran afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones (art. 7°, ley 25.675).

MEDIO AMBIENTE

No se encuentra habilitada la competencia federal si no está acreditada la afectación de recursos ambientales interjurisdiccionales, con suficiente convicción en grado de verosimilitud, tal como lo requiere la norma de la Ley General del Ambiente.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción por daño ambiental si no se ha demostrado que la actividad desarrollada por las empresas demandadas pudiera afectar al ambiente más allá de los límites territoriales de una provincia.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La competencia originaria procede en aquellos casos en que, además de una provincia, es parte un ciudadano extranjero siempre que se trate de una causa civil en los términos del art. 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58, extremo que no se verifica en el caso - demanda por daño ambiental iniciada contra una provincia y una empresa con domicilio en Canadá- en tanto se trata de un litigio que habrá de resolverse -fundamentalmente- sobre la base de actos y normas que forman parte del derecho público local, por lo cual en estos supuestos, la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial, de manera de no perturbar su administración interna.

MEDIO AMBIENTE

La acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar la actora contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, resulta inadmisibles a la luz de las razones expuestas en la causa "Mendoza" (Fallos: 329:2316), toda vez que ninguno de ellos es aforado en forma autónoma a la instancia de la Corte, ni existen motivos suficientes para concluir en que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto el hecho de que se atribuya responsabilidad al Estado Nacional, sobre la base de que con su omisión en el dictado del inventario de glaciares contribuye a que las autoridades competentes no puedan ejercer los controles ambientales necesarios, no exige que ambas cuestiones deban ser acumuladas en un único proceso, ya que no se advierte razón para afirmar que no se puedan pronunciar dos sentencias útiles, una en cada uno de los expedientes que se instruya como consecuencia del criterio emergente del caso citado

MEDIO AMBIENTE

Los procesos colectivos ambientales son sumamente dinámicos y cambiantes, susceptibles de modificaciones frente a hechos sobrevinientes, y deben ser resueltos, con ductilidad, en clave del principio de sustentabilidad, para el fortalecimiento de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental, las que se deben integrar de manera equilibrada, y mejorar la aplicación de medidas, según lo recalca de manera expresa, el documento final de la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible” -conocida como “Río + 20”- de Río de Janeiro, Brasil, 20-22 junio 2012.

MEDIO AMBIENTE

La acción iniciada contra la Provincia de San Juan y las concesionarias de las explotaciones mineras “Pascua-Lama” y “Veladero” tendiente a hacer cesar y -en su caso- recomponer el daño ambiental que se pudiere producir como consecuencia de la actividad, así como a obtener la contratación de un seguro ambiental, deberá tramitar ante los tribunales de dicho estado provincial y las pretensiones dirigidas contra el Estado Nacional en el marco de la ley 26.639, podrán ser interpuestas de manera autónoma en su contra, por la vía y forma que corresponda.

MEDIO AMBIENTE

Conforme lo dispone la ley 26.639 -Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial- en su artículo 1 se tutela a estos bienes colectivos ambientales, como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico, así los glaciares constituyen bienes de carácter público.

MEDIO AMBIENTE

La preservación de los glaciares y ambiente periglacial, según lo declara en sus considerandos el decreto 207/2011, reglamentario de la ley 26.639, implica la conservación y protección de los mismos, y por ende la

prohibición de actividades que puedan afectar su condición natural o las funciones como reservas estratégicas.

CITACION DE TERCEROS

La aplicación del instituto procesal de la citación de tercero es de interpretación restrictiva, especialmente cuando mediante su resultado podría quedar librado al resorte de los litigantes la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte, que es de carácter excepcional.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la Fundación Ciudadanos Independientes dedujo acción meramente declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de San Juan; el Ingeniero Felipe Nelson Saavedra (titular de la Secretaría de Estado de Minería); las empresas Minera Argentina Gold Sociedad Anónima (MAGSA), Barrick Exploraciones Argentina S.A. (BEASA) y Exploraciones Mineras Argentina Sociedad Anónima (EMASA) en su carácter de concesionarias y afiliadas para la explotación del Proyecto Minero Veladero - Pascua Lama; la empresa Minas Argentina Sociedad Anónima (MASA) en su carácter de concesionaria para la explotación del proyecto minero Gualcamayo; la empresa Intrepid Minerals Corporation (I.M.C.S.A.) como concesionaria de la explotación del proyecto minero CASPOSO; y el Estado Nacional.

Su demanda tuvo por objeto obtener certeza acerca de la legalidad de las autorizaciones para explotar los proyectos mineros señalados, todos ellos ubicados en la zona cordillerana donde -según sostuvo- existen glaciares que requieren protección, y hacer cesar la actividad minera hasta tanto se determine la inexistencia de riesgo o peligro para la salud y la vida de las personas.

Alegó que la Provincia de San Juan habría autorizado la explotación minera en los tres emprendimientos sin considerar el daño ambiental que produce la actividad en los cuerpos de agua en estado sólido, así como en el aire y en el agua dulce que aprovechan otras provincias y naciones. Cuestionó tales actos administrativos, en tanto no se habría cumplido con el procedimiento de aprobación de los Informes de Impacto Ambiental tanto para la exploración como para la explotación minera, no se habría dado participación mediante audiencia pública a los vecinos del área afectada, que no se habría permitido el libre acceso a la información pública ambiental referida a tales proyectos ni a los vecinos ni a las distintas jurisdicciones involucradas y, finalmente, no se les habría exigido a dichas empresas –que calificó de insolventes– la constitución de un seguro ambiental. Afirmó, además, que la provincia no ha reglamentado la ley de acceso a la información pública 25.831.

Entendió que la omisión legislativa del Estado Nacional en el dictado de la ley de protección de glaciares permitió que la provincia autorizara la actividad minera en la zona, y lo responsabilizó por tal motivo.

Solicitó la citación como terceros de las provincias de San Luis, Mendoza, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires por considerar que el impacto ambiental de la actividad minera en los glaciares, en el suelo y en el agua, alteran el componente y la cantidad de agua en estado líquido que circula por cauces ubicados en territorio de dichas provincias.

Por último, requirió el dictado de una medida cautelar de no innovar hasta tanto el Tribunal designe profesionales con conocimiento de la especialidad para que vigilen, controlen y analicen los componentes ambientales (en especial agua, aire, suelo) su evolución o detracción, e informen las modificaciones, alteraciones, mutaciones y destrucciones directas, irreversibles o no de aquellos en las zonas de la actividad minera denunciada.

2º) Que a fs. 119/170 la actora amplió y modificó la demanda, pidió que la acción tramite como una acción colectiva de daño ambiental en los términos de la ley 25.675, y solicitó el dictado de medidas urgentes.

Aclaró que el alcance de la pretensión colectiva queda limitado a obtener una sentencia de condena que disponga: a) el cese de la explotación minera en el emprendimiento Veladero-Pascua Lama, o en caso de decidirse su continuidad, que esta Corte determine las condiciones

en las que dicha explotación se debe realizar a fin de no generar daños al medio ambiente, la salud y la vida de la población que habita dicha zona geográfica; b) la recomposición del ambiente dañado a cargo de las empresas demandadas solidariamente con la Provincia de San Juan y el Estado Nacional; c) el deber de las empresas de contratar un seguro de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva.

Desistió de continuar la acción contra ciertos demandados; expresó que la demanda queda enderezada únicamente contra el Estado Nacional, la Provincia de San Juan, Barrick Exploraciones Argentina S.A. (BEASA), Minera Argentina Gold S.A. (MAGSA), Exploraciones Mineras de Argentina S.A. (EMASA); e incorporó como demandada a la empresa Barrick Gold Corporation (BGC).

3º) Que cabe recordar que en esta causa CSJ 121/2009 (45-F)/CS1 “Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/ incidente de medida cautelar”, están involucrados los emprendimientos mineros “Pascua Lama” y “Veladero”, y que la determinación sobre la competencia originaria fue supeditada, mediante el pronunciamiento del 1º de septiembre de 2015, al cumplimiento de las medidas dispuestas en la misma fecha en la causa “Vargas, Ricardo Marcelo” (Fallos: 338:811), vinculadas al proyecto denominado “Pascua-Lama”.

4º) Que con posterioridad, la actora denunció dos hechos nuevos.

El primero de ellos se vincula con la contaminación, por derrame de cianuro y metales pesados, ocurrida en la Mina Veladero el 13 de septiembre de 2015 y la situación social de desconocimiento de los efectos provocados por él.

El segundo hecho denunciado se relaciona con el dictado, luego del inicio de la demanda, de la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos para la Preservación de Glaciares 26.639 y su decreto reglamentario que prohibieron la actividad minera en la zona de glaciares y ambiente periglacial.

En tal contexto, responsabilizó al Estado Nacional por no realizar el inventario de glaciares y geoformas periglaciales y sostuvo que, ante esta omisión, tanto la Provincia de San Juan, como el

propio Estado Nacional, se ven imposibilitados de controlar que la explotación minera sea efectuada sin afectar recursos estratégicos y esenciales para el país.

Por otra parte, manifestó que la Provincia de San Juan dictó su propia ley de protección de glaciares (ley 8144), a la que calificó de inconstitucional en tanto establece en el art. 17 que las actividades que estuvieran en ejecución a la entrada en vigencia de esa ley continuarán su desarrollo, sometidas a los controles ambientales existentes. Argumentó que dicha ley viola la Constitución Nacional, la ley 25.675 y la ley de presupuestos mínimos nacional que prohíbe la actividad minera en la zona glaciar y periglacial.

Denunció la posible contaminación hídrica y la afectación de glaciares y ambientes periglaciales por la construcción de un túnel transnacional con el objeto de comunicar Chile con Argentina en el proyecto Pascua-Lama, y destacó el carácter binacional de este último emprendimiento y sus potenciales efectos contaminantes transfronterizos.

A continuación, solicitó que, en forma previa a disponer el traslado de la demanda, esta Corte proceda a dictar las medidas urgentes, que detalla.

5º) Que la actora fundó su derecho en el art. 41 de la Constitución Nacional, en las leyes 20.284, 23.919, 24.295, 24.375, 24.585, 25.675, 25.688 y 26.639, así como en diversos tratados y normas internacionales; y la competencia originaria del Tribunal en razón de las personas demandadas, así como en el carácter interjurisdiccional de la afectación de recursos naturales, en tanto Pascua Lama es un proyecto minero binacional, y la contaminación provocada por las demandas sobre los cursos de agua y glaciares denunciados genera la necesaria afectación de recursos naturales de los estados provinciales citados como terceros.

6º) Que la Corte resolvió una contienda de competencia positiva que guarda relación con la presente causa, suscitada entre el Juzgado Letrado de Jáchal, Provincia de San Juan y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 de esta ciudad, donde se investigaba el derrame de solución cianurada en el río Potrerillos que se produjo desde la mina “Veladero”, ubicada en el Departamento de Iglesia de la Provincia de San Juan, y operada por la empresa “Barrick Gold”.

Por la cual, sobre la base de lo expuesto, decidió escindir la investigación por la presunta infracción a la ley 24.051 respecto de los directivos de la empresa “Barrick Gold” y de los funcionarios locales, para declarar que de los autos “Actuaciones remitidas por Fiscalía Única de Jáchal con motivo de la denuncia de Saúl Argentino Zeballos y denuncia de Fiscalía de Estado – Denuncia Defensoría del Pueblo” deberá entender el titular del Juzgado Letrado de Jáchal, Provincia de San Juan (Fallos: 339:602).

7º) Que con posterioridad, la actora informó que el 8 de septiembre de 2016 se produjo un nuevo derrame de solución cianurada en el valle de lixiviación de la mina “Veladero”. En función de ello, reiteró las peticiones concretadas anteriormente en la causa, insistió en el dictado de una medida cautelar y solicitó que se disponga un requerimiento de información relativo a los hechos denunciados.

8º) Que frente a los incidentes denunciados por la actora ocurridos en la mina “Veladero”, esta Corte -sin perjuicio de la decisión que pudiera recaer en el momento de expedirse sobre la procedencia de su competencia- requirió en su resolución del 20 de septiembre de 2016 a la Provincia de San Juan, que en el plazo de veinte (20) días informe al Tribunal: I) Si ha requerido a las demandadas MAGSA y BEASA información relativa a la existencia y alcance de los derrames de solución cianurada y metales pesados que se denuncian como ocurridos en la mina Veladero los días 13 de septiembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016. II) Si ha puesto en conocimiento de los habitantes potencialmente afectados, la existencia y alcance de los derrames referidos. III) En su caso, indique el contenido de dicha información, en especial si ha comunicado: i) las consecuencias que de tales hechos podrían eventualmente derivarse para la salud y la vida de los habitantes de la zona; y ii) las medidas concretas que la comunidad debería adoptar para prevenir los riesgos o combatir eventuales problemas de salud que de ellos se deriven (fs. 230/233).

9º) Que la Provincia de San Juan contestó el requerimiento y acompañó el expediente administrativo 1000-1759/2016 del registro de la Fiscalía de Estado, que contiene un informe producido por el Ministro de Minería local respecto de cada uno de los incidentes y documentación relacionada.

Afirmó que como consecuencia de estos hechos no se generó impacto ambiental en ningún recurso, ni afectación a la salud de las

personas y que, en consecuencia, no se provocó una contaminación al ambiente en general con peligro para la salud.

Respecto del incidente acontecido el 13 de septiembre de 2015, precisó que como consecuencia de este hecho, se iniciaron -además del correspondiente sumario administrativo- actuaciones judiciales en las cuales se adoptaron una serie de medidas, como la inspección ocular del lugar del hecho, el secuestro del material comprometido, y la suspensión de los trabajos en la mina que tuvieran que ver con la utilización de cianuro.

Agregó que también se ordenó el estudio de las aguas y de todo elemento que pudiera dar información sobre las consecuencias del derrame de solución cianurada, y que para ello contó con el auxilio de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA), la División de Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina y el Centro de Investigación para la Prevención de Contaminación Ambiental Minero Industrial (CIP-CAMI), entre otros.

Señaló que, ante la evidencia científica de la ausencia de peligro para la salud de las personas y de riesgo ambiental, el juez interviniente habilitó la continuación de las tareas habituales en la mina.

Con relación al incidente del 8 de septiembre de 2016, la autoridad minera señaló que, en la misma fecha, la empresa puso en su conocimiento que *“material contactado con solución rica había deslizado fuera del canal secundario de contingencia producto del desacople de cañería que transporta por gravedad aquella solución; que el evento no constituía un derrame de solución cianurada fresca; que, a su vez, no tuvo contacto con ningún curso de agua, ni flora y fauna porque se había depositado en el camino secundario de servicio; que se había procedido a levantar el material contactado y vuelto a ingresar mecánicamente al Valle de Lixiviación; que se había remediado la zona y se estaban haciendo monitoreos de aguas superficiales y subterráneas con resultado negativo respecto de la presencia de cianuro”*.

Afirmó que, como consecuencia de lo expuesto, el Gobernador de la Provincia de San Juan dio a conocer públicamente la suspensión de las actividades en la mina Veladero hasta tanto se garantizara la

seguridad pública; y la autoridad minera ordenó, entre otras, las siguientes medidas: a) limpieza de la zona afectada; b) levantamiento de berma impermeabilizada con membrana; c) corrección y verificación de los acoplamientos de las cañerías corrugadas; d) toma de muestras de agua.

Asimismo, explicó que se recorrió la zona del evento y la zona de influencia y se constató que no hubo vinculación del material contactado con los cursos de agua, que el más cercano era el canal sur que está a más de doscientos metros del lugar del incidente y a una cota superior a la del valle de lixiviación; asimismo, informó que se tomaron muestras de agua que fueron analizadas por el Centro de Investigación para el Control Ambiental Minero Industrial (CIPCAMI) y Departamento de Hidráulica de la provincia, sin resultado positivo de presencia de cianuro.

Finalmente, señaló que en ambos casos la ausencia de riesgo para la salud de las personas y la inexistencia de daño ambiental fue informada a la población mediante avisos oficiales y a través de los medios masivos de comunicación.

10) Que en una nueva presentación, el 24 de febrero de 2017, la parte actora denunció como hecho nuevo que el gerente de mantenimiento de Barrick Gold Corporation habría sido desvinculado de la firma luego de advertir, entre otras cuestiones, sobre el mal estado en que se encontraban la planta y equipamiento en la mina Veladero. Asimismo, solicitó al Tribunal que se expida en relación a la medida cautelar propuesta y sobre la procedencia de su competencia para intervenir en la causa por la vía del art. 117 de la Constitución Nacional (fs. 271/282).

11) Que a posteriori, la actora denunció la ocurrencia el 28 de marzo de 2017 de un nuevo derrame de sustancias contaminantes en la mina Veladero, que no fue comunicado por la firma Barrick Gold, y respecto del cual se desconocían los efectos que podría haber producido. Además denunció que –de acuerdo con lo informado por el diario BAE Negocios-, Barrick Gold Corporation habría vendido el 50% de su participación en la mina Veladero a una empresa china.

En esa oportunidad, solicitó al Tribunal que dé intervención a la Procuración General de la Nación a fin de que produzca un nuevo dictamen y solicitó como medida cautelar que se ordene la conformación

de un cuerpo colegiado integrado por expertos y organizaciones de la sociedad civil para que elaboren e implementen un sistema de monitoreo permanente sobre la explotación de la mina Veladero, a fin de evitar la ocurrencia de nuevos incidentes como los acontecidos con anterioridad (fs. 285/289).

12) Que el 11 de diciembre de 2017 la actora solicitó al Tribunal que resuelva el pedido de medida cautelar y se expida en relación a su competencia (fs. 291/292) y, luego el 5 de julio de 2019 solicitó la acumulación de la presente causa a los autos “Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental” (CSJ 175/2007 (43-V)/CS1). Además, requirió la intervención del Ministerio Público de la Defensa y denunció como hecho nuevo que el 4 de junio de 2019 y el 11 de junio de 2019 esta Corte dictó sentencia, respectivamente, en las causas “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (CSJ 140/2011 (47-B)/CS1) y “Pachón S.A. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (CSJ 2/2011 (47-X)/CS1) (fs. 294/295 vta.).

13) Que en este contexto, resulta de relevancia señalar que de los hechos denunciados por la demandante, resulta que hubo un primer derrame de cianuro y metales pesados el 13 de septiembre de 2015 en el emprendimiento “Veladero”, extremo que ha sido advertido de manera expresa en el pronunciamiento del Tribunal del 16 de febrero de 2016, en el incidente de medida cautelar de esta misma causa (CSJ 121/2009 (45-F)/CS1).

Que luego, la actora informó la existencia de un nuevo derrame de solución cianurada en el valle de lixiviación de la mina Veladero, que habría ocurrido el 8 de septiembre de 2016, por el que este Tribunal decidió mediante la sentencia del 20 de septiembre de 2016 (fs. 230/233), requerir a la Provincia de San Juan un amplio informe, sobre ambos incidentes, medidas adoptadas, conforme se detalla en este mismo pronunciamiento.

14) Que el 4 de junio de 2019 esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechazó las demandas interpuestas por Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A., y la demanda interpuesta por la Provincia de San Juan, en los autos caratulados, CSJ 140/2011 (47-B)/CS1 “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucio-

nalidad” (Fallos: 342:917), y en la misma fecha, rechazó la demanda interpuesta por la actora en la causa CSJ 185/2011 (47-M)/CS1 “Minera Argentina Gold S.A. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, por las que se habían planteado la nulidad y en subsidio, la inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares.

Para así decidir, el Tribunal, en el voto de la mayoría, sostuvo que no se había demostrado que la Ley de Glaciares causara un agravio discernible respecto de una cuestión justiciable. Explicó respecto de este punto que el planteo referido a la violación del debido proceso legislativo en el proceso de sanción de la Ley de Glaciares no superaba el estándar de revisión establecido en “Soria Guerrero” (Fallos: 256:556). Preciso que para configurar la justiciabilidad de la cuestión, resultaba dirimente que la demanda acreditase el incumplimiento “de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”, máxime cuando los actores reeditaban una cuestión que había sido tratada en el debate del Senado y desestimada a la luz del reglamento de esta cámara y de los antecedentes legislativos que señalaron los legisladores.

Ello, sin perjuicio de observar –agregó el Tribunal- que tampoco surgía de la demanda la existencia de un agravio –en los términos en que lo exigen los presupuestos de admisibilidad de una acción declarativa- causado por un “acto en ciernes” ya sea respecto de la impugnación del procedimiento legislativo o respecto de la aplicación de la ley (conf. voto de la mayoría, “Barrick”, Fallos: 342:917 -ver también los argumentos desarrollados respecto de la ausencia de caso o controversia en los considerandos 5° y 6° en el voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco-).

15) Que del relato efectuado, surge que la causa identificada como CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 caratulada “Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental”, de trámite por ante esta misma competencia originaria de la Corte Suprema, resuelta en la fecha, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad, resulta sustancialmente análoga a la presente causa -porque asimismo tiene por objeto la explotación del proyecto minero binacional denominado “Pascua-Lama”-.

Que todo lo expuesto, da cuenta de las singulares características del emprendimiento minero “Pascua-Lama”, y del emprendimiento

minero “Veladero” que forman parte del objeto procesal de la presente demanda, lo cual ha motivado en los casos de referencia, sucesivas intervenciones de carácter instructoria del Tribunal en el marco de las atribuciones que establece el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675.

16) Que se reitera, se trata en ambos casos, de litigios policéntricos (Fallos: 342:917, 2136), que exceden el conflicto bilateral, porque son numerosos los derechos afectados.

Asimismo, deberá tomarse en consideración que los procesos colectivos ambientales de este tipo, son sumamente dinámicos y cambiantes, susceptibles de modificaciones frente a hechos sobrevinientes, y deben ser resueltos, con ductilidad, en clave del principio de sustentabilidad, para el fortalecimiento de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental, las que se deben integrar de manera equilibrada, y mejorar la aplicación de medidas, según lo recalca de manera expresa, el documento final de la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible” -conocida como “Río + 20”- de Río de Janeiro, Brasil, 20–22 junio 2012.

17) Que en especial deberá ponderarse en el caso, que conforme lo dispone la referida Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, artículo 1º, se tutela a estos bienes colectivos ambientales, como “reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico. Los glaciares constituyen bienes de carácter público”.

18) Que en ese sentido, la preservación de los glaciares y ambiente periglacial, según lo declara en sus considerandos el decreto 207/2011, reglamentario de la ley 26.639, “implica la conservación y protección de los mismos, y por ende la prohibición de actividades que puedan afectar su condición natural o las funciones como reservas estratégicas”.

Que por resolución del entonces Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2016-365-APN-MAD (B.O. 3 de octubre de 2016), conforme el “Procedimiento de Validación Técnica” del Inventario Nacional de Glaciares, implementado por resolución 1141/2015 de la Se-

cretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, se aprobó la publicación del Inventario Nacional de Glaciares de las subcuencas del Río de los Patos, Río Castaño y Río Blanco de la cuenca del Río San Juan, las subcuencas del Río de la Palca y Río Blanco Inferior de la cuenca del Río Jáchal, todas ellas correspondientes a la Provincia de San Juan.

Surge de dicha documentación que existen glaciares que se están retrogradando en espesor y volumen.

19) Que el 7 de junio de 2018, por resolución 2018-354-APN-MAD, se compiló e integró la información de todas las sub-cuencas del Inventario Nacional de Glaciares, a los fines de contar con una representación cartográfica del conjunto del territorio relevado, y cuantificar la cantidad y superficie total de la cubierta por los glaciares y geoformas periglaciales.

Que la amplitud de actuaciones cumplidas y la copiosa información incorporada a ambas causas, ha servido para clarificar el alcance de la presente demanda y poder concluir, por las razones y fundamentos que seguidamente se expondrán, que su conocimiento no corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 117 de la Constitución Nacional).

20) Que con la información incorporada a la causa no se advierten razones que justifiquen –actualmente- que esta Corte mantenga la intervención de carácter precautorio asumida anteriormente. Ello determina que el Tribunal deba, en esta oportunidad, expedirse sobre su competencia para conocer el caso en instancia originaria (art. 117 de la Constitución Nacional).

Que por las razones y fundamentos que a continuación se expondrán, la presente causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

21) Que el hecho de que la demandante invoque la responsabilidad del Estado Nacional por ser el emprendimiento Pascua-Lama de carácter binacional, no funda *per se* la competencia originaria en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan solo cuando la acción entablada se basa “directa y exclusivamente” en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del Congreso o tratados, de

tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244; 331:1312, entre otros), pero no cuando, como sucede en el caso, se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales (Fallos: 240:210; 249:165; 259:343; 277:365; 291:232; 292:625 y 331:1312), como son los atinentes a la protección ambiental de la provincia afectada (Fallos: 318:992; 331:1312).

En ese marco, cabe recordar que en el pronunciamiento del 24 de abril de 2012, recaído en la causa CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 “Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental”, el Tribunal señaló que el carácter binacional de la explotación minera “Pascua-Lama” no altera las reglas de competencia previstas en la legislación nacional para cuestiones ambientales como la aquí involucrada.

Ello fue así, con fundamento en que dicho emprendimiento se rige por el “Tratado sobre Integración y Complementación Minera” celebrado entre los Estados de Chile y Argentina el 29 de diciembre de 1997, y de su “Protocolo Complementario” firmado el 20 de agosto de 1999, aprobados mediante la ley nacional 25.243. En ese marco, y en orden a lo dispuesto en los arts. 21 del Tratado y 6° de su Protocolo Adicional, “las Partes” celebraron el 13 de agosto de 2004 el “Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero ‘Pascua-Lama’” (B.O. n° 30.491 del 23 de septiembre de 2004), en cuyo artículo 1° estipularon que “El Proyecto’ y las actividades asociadas a éste en el Área de Operaciones se llevarán a cabo con sujeción a las disposiciones del Tratado, de su Protocolo Complementario, del presente Protocolo Adicional Específico y a la legislación interna de ‘las Partes’”. A su vez, en lo relativo a las cuestiones ambientales quedó expresamente convenido que “Las Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina, según corresponda” (arts. 12 del Tratado y 46 del Protocolo Adicional Específico).

22) Que, descartada la incidencia de los instrumentos internacionales suscriptos oportunamente por la República de Chile y la República Argentina, corresponde señalar que en hipótesis como la del *sub lite*, que tienen por fin la recomposición del daño ambiental colectivo, la competencia corresponde a los tribunales de justicia ordinarios, y solo excepcionalmente a los del fuero federal, en aquellos casos en los

que se encuentran afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones (art. 7°, ley 25.675).

23) Que no existen en la causa elementos de juicio que configuren el presupuesto precedentemente señalado para habilitar la competencia federal, pues no está acreditada la afectación de “recursos ambientales interjurisdiccionales”, con suficiente convicción en grado de verosimilitud, tal como lo requiere la norma de la Ley General del Ambiente antes citada.

En efecto, en este caso, no se ha demostrado que la actividad desarrollada por las empresas demandadas pudiera afectar al ambiente más allá de los límites territoriales de la Provincia de San Juan.

24) Que, por lo demás, cabe recordar que el Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario a habilitar su conocimiento por la vía prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en conflictos ambientales ocurridos en la mina “Veladero” (Fallos: 330:4234 y causa CSJ 107/2009 (45-Z)/CS1 “Zeballos, Saúl Argentino c/ San Juan, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, sentencia del 1° de septiembre de 2015).

25) Que tampoco surge en el caso la competencia originaria del Tribunal con fundamento en la pretensión de la actora para que se extiendan los efectos de la eventual condena que pudiera resultar de este proceso a Barrick Gold Corporation (BGC), con domicilio en Canadá, en su calidad de controlante de las sociedades emplazadas.

Al respecto, cabe señalar que la competencia originaria procede en aquellos casos en que, además de una provincia, es parte un ciudadano extranjero siempre que se trate de una “causa civil” en los términos del art. 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58, extremo que no se verifica en el *sub lite*, en tanto se trata de un litigio que habrá de resolverse – fundamentalmente – sobre la base de actos y normas que forman parte del derecho público local. En estos supuestos, la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial, de manera de no perturbar su administración interna (Fallos: 328:1231; 336:1336).

26) Que, por otra parte, la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar la actora contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, resulta inadmisibles a la luz de las razones expues-

tas en la causa “Mendoza” (considerando 16, Fallos: 329:2316), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad, toda vez que ninguno de ellos es aforado en forma autónoma a esta instancia, ni existen motivos suficientes para concluir en que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el hecho de que se atribuya responsabilidad al Estado Nacional, sobre la base de que con su omisión en el dictado del inventario de glaciares contribuye a que las autoridades competentes no puedan ejercer los controles ambientales necesarios, no exige que ambas cuestiones deban ser acumuladas en un único proceso, ya que no se advierte razón para afirmar que no se puedan pronunciar dos sentencias útiles, una en cada uno de los expedientes que se instruya como consecuencia del criterio emergente del caso “Mendoza”. Las diversas conductas a juzgar impiden concluir que los sujetos procesales pasivos estén legitimados sustancialmente en forma inescindible, de modo tal que la sentencia de mérito deba ser pronunciada indefectiblemente frente a todos ellos (Fallos: 331:1312).

27) Que, por último, en lo que respecta a la citación de las provincias de San Luis, Mendoza, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires, tal como ha quedado expuesto, con los elementos aportados al expediente y razones aducidas, no se justifica la admisión del planteo.

En efecto, no se configura en el caso una comunidad de controversia que justifique su incorporación al proceso, en tanto no surge de los elementos aportados al expediente que la explotación minera hubiese causado impacto ambiental sobre alguna de las jurisdicciones referidas.

No se advierte en tal contexto, cuál sería la relación sustantiva entre las partes en juicio y los sujetos mencionados precedentemente; a la par que el Tribunal ha decidido en reiteradas oportunidades que sobre quien pide la citación del tercero pesa la carga de acreditar que se trata de alguno de los supuestos que la habilitan (Fallos: 313:1053; 322:1470).

Al respecto, es pertinente señalar que la aplicación del instituto procesal de la citación de tercero es de interpretación restrictiva, especialmente cuando mediante su resultado podría quedar librado al resorte de los litigantes la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte, que es de carácter excepcional (Fallos: 327:4768).

28) Que, en las condiciones señaladas, la acción iniciada contra la Provincia de San Juan y las concesionarias de las explotaciones mineras “Pascua-Lama” y “Veladero” tendiente a hacer cesar y –en su caso- recomponer el daño ambiental que se pudiere producir como consecuencia de la actividad, así como a obtener la contratación de un seguro ambiental, deberá tramitar ante los tribunales de dicho estado provincial.

Por otro lado, las pretensiones dirigidas contra el Estado Nacional en el marco de la ley 26.639, podrán ser interpuestas de manera autónoma en su contra, por la vía y forma que corresponda.

29) Que, en su caso, el art. 14 de la ley 48 permitirá la consideración de las cuestiones federales que puede comprender este litigio, y consolidará el verdadero alcance de la jurisdicción provincial, preservando así el singular carácter de la intervención de este Tribunal, reservada para después de agotada la instancia local (Fallos: 180:87; 258:116; 283:429; 312:606; 322:617; 329:2469, entre muchos otros).

Por ello y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en estos autos por vía de su competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*) – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1º) Que la Fundación Ciudadanos Independientes dedujo acción meramente declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de San

Juan; el Ingeniero Felipe Nelson Saavedra (titular de la Secretaría de Estado de Minería); las empresas Minera Argentina Gold Sociedad Anónima (MAGSA), Barrick Exploraciones Argentina S.A. (BEASA) y Exploraciones Mineras Argentina Sociedad Anónima (EMASA) en su carácter de concesionarias y afiliadas para la explotación del Proyecto Minero Veladero - Pascua Lama; la empresa Minas Argentina Sociedad Anónima (MASA) en su carácter de concesionaria para la explotación del proyecto minero Gualcamayo; la empresa Intrepid Minerals Corporation (I.M.C.S.A.) como concesionaria de la explotación del proyecto minero CASPOSO; y el Estado Nacional.

Su demanda tuvo por objeto obtener certeza acerca de la legalidad de las autorizaciones para explotar los proyectos mineros señalados, todos ellos ubicados en la zona cordillerana donde -según sostuvo- existen glaciares que requieren protección, y hacer cesar la actividad minera hasta tanto se determine la inexistencia de riesgo o peligro para la salud y la vida de las personas.

Alegó que la Provincia de San Juan habría autorizado la explotación minera en los tres emprendimientos sin considerar el daño ambiental que produce la actividad en los cuerpos de agua en estado sólido, así como en el aire y en el agua dulce que aprovechan otras provincias y naciones. Cuestionó tales actos administrativos, en tanto no se habría cumplido con el procedimiento de aprobación de los Informes de Impacto Ambiental tanto para la exploración como para la explotación minera, no se habría dado participación mediante audiencia pública a los vecinos del área afectada, que no se habría permitido el libre acceso a la información pública ambiental referida a tales proyectos ni a los vecinos ni a las distintas jurisdicciones involucradas y, finalmente, no se les habría exigido a dichas empresas la constitución de un seguro ambiental. Afirmó, además, que la provincia no ha reglamentado la ley de acceso a la información pública 25.831.

Entendió que la omisión legislativa del Estado Nacional en el dictado de la ley de protección de glaciares permitió que la provincia autorizara la actividad minera en la zona, y lo responsabilizó por tal motivo.

Solicitó la citación como terceros de las provincias de San Luis, Mendoza, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires por considerar que el impacto ambiental de la actividad minera en los glaciares, en el suelo y

en el agua, alteran el componente y la cantidad de agua en estado líquido que circula por cauces ubicados en territorio de dichas provincias.

Por último, requirió el dictado de una medida cautelar de no innovar hasta tanto el Tribunal designe profesionales con conocimiento de la especialidad para que vigilen, controlen y analicen los componentes ambientales (en especial agua, aire, suelo) su evolución o detracción, e informen las modificaciones, alteraciones, mutaciones y destrucciones directas, irreversibles o no de aquellos en las zonas de la actividad minera denunciada.

2º) Que a fs. 119/170 la actora amplió y modificó la demanda, pidió que la acción tramite como una acción colectiva de daño ambiental en los términos de la ley 25.675, y solicitó el dictado de medidas urgentes.

Aclaró que el alcance de la pretensión colectiva queda limitado a obtener una sentencia de condena que disponga: a) el cese de la explotación minera en el emprendimiento Veladero-Pascua Lama, o en caso de decidirse su continuidad, que esta Corte determine las condiciones en las que dicha explotación se debe realizar a fin de no generar daños al medio ambiente, la salud y la vida de la población que habita dicha zona geográfica; b) la recomposición del ambiente dañado a cargo de las empresas demandadas solidariamente con la Provincia de San Juan y el Estado Nacional; c) el deber de las empresas de contratar un seguro de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva.

Desistió de continuar la acción contra ciertos demandados; expresó que la demanda queda enderezada únicamente contra el Estado Nacional, la Provincia de San Juan, Barrick Exploraciones Argentina S.A. (BEASA), Minera Argentina Gold S.A. (MAGSA), Exploraciones Mineras de Argentina S.A. (EMASA); e incorporó como demandada a la empresa Barrick Gold Corporation (BGC).

A continuación denunció dos hechos nuevos.

El primero de ellos se vincula con la contaminación, por derrame de cianuro y metales pesados, ocurrida en la Mina Veladero el 13 de septiembre de 2015 y la situación social de desconocimiento de los efectos provocados por él.

El segundo hecho denunciado se relaciona con el dictado, luego del inicio de la demanda, de la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos para la Preservación de Glaciares 26.639 y su decreto reglamentario que prohibieron la actividad minera en la zona de glaciares y ambiente periglacial.

En tal contexto, responsabilizó al Estado Nacional por no realizar el inventario de glaciares y geoformas periglaciales y sostuvo que, ante esta omisión, tanto la Provincia de San Juan, como el propio Estado Nacional, se ven imposibilitados de controlar que la explotación minera sea efectuada sin afectar recursos estratégicos y esenciales para el país.

Por otra parte, manifestó que la Provincia de San Juan dictó su propia ley de protección de glaciares (ley 8144), a la que calificó de inconstitucional en tanto establece en el art. 17 que las actividades que estuvieran en ejecución a la entrada en vigencia de esa ley continuarán su desarrollo, sometidas a los controles ambientales existentes. Argumentó que dicha ley viola la Constitución Nacional, la ley 25.675 y la ley de presupuestos mínimos nacional que prohíbe la actividad minera en la zona glaciar y periglacial.

Denunció la posible contaminación hídrica y la afectación de glaciares y ambientes periglaciales por la construcción de un túnel transnacional con el objeto de comunicar Chile con Argentina en el proyecto Pascua-Lama, y destacó el carácter binacional de este último emprendimiento y sus potenciales efectos contaminantes transfronterizos.

A continuación, solicitó que, en forma previa a disponer el traslado de la demanda, esta Corte proceda a dictar las medidas urgentes que detalla.

3º) Que la actora fundó su derecho en el art. 41 de la Constitución Nacional, en las leyes 20.284, 23.919, 24.295, 24.375, 24.585, 25.675, 25.688 y 26.639, así como en diversos tratados y normas internacionales; y la competencia originaria del Tribunal en razón de las personas demandadas, así como en el carácter interjurisdiccional de la afectación de recursos naturales, en tanto Pascua Lama es un proyecto minero binacional, y la contaminación provocada por las demandadas sobre los cursos de agua y glaciares denunciados genera la necesaria afectación de recursos naturales de los estados provinciales citados como terceros.

4°) Que con posterioridad, la actora informó que el 8 de septiembre de 2016 se produjo un nuevo derrame de solución cianurada en el valle de lixiviación de la mina “Veladero”. En función de ello, reiteró las peticiones concretadas anteriormente en la causa, insistió en el dictado de una medida cautelar y solicitó que se disponga un requerimiento de información relativo a los hechos denunciados.

5°) Que frente a los incidentes denunciados por la actora en la mina “Veladero”, esta Corte ordenó las medidas de fs. 230/233 con fundamento en la Ley General del Ambiente (25.675), sin perjuicio de la decisión que pudiera recaer en el momento de expedirse sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

Como consecuencia del requerimiento efectuado, la Provincia de San Juan acompañó el expediente administrativo 1000-1759/2016 de la Fiscalía de Estado, que contiene un informe producido por el Ministro de Minería de dicho estado local respecto de cada uno de los incidentes y documentación relacionada.

6°) Que con la información incorporada a la causa no se advierten razones que justifiquen –actualmente– que esta Corte mantenga la intervención de carácter precautorio asumida anteriormente. Ello determina que el Tribunal deba, en esta oportunidad, expedirse sobre su competencia para conocer el caso en instancia originaria (art. 117 de la Constitución Nacional).

7°) Que por las razones y fundamentos que a continuación se expondrán, la presente causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

8°) Que el hecho de que la demandante invoque la responsabilidad del Estado Nacional por ser el emprendimiento Pascua-Lama de carácter binacional, no funda *per se* la competencia originaria en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan solo cuando la acción entablada se basa “directa y exclusivamente” en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244; 331:1312, entre otros), pero no cuando, como sucede en el caso, se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales (Fallos: 240:210; 249:165; 259:343;

277:365; 291:232; 292:625 y 331:1312), como son los atinentes a la protección ambiental de la provincia afectada (Fallos: 318:992; 331:1312).

En ese marco, cabe recordar que en el pronunciamiento del 24 de abril de 2012, recaído en la causa CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 “Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental”, el Tribunal señaló que el carácter binacional de la explotación minera “Pascua-Lama” no altera las reglas de competencia previstas en la legislación nacional para cuestiones ambientales como la aquí involucrada.

Ello fue así, con fundamento en que dicho emprendimiento se rige por el “Tratado sobre Integración y Complementación Minera” celebrado entre los Estados de Chile y Argentina el 29 de diciembre de 1997, y de su “Protocolo Complementario” firmado el 20 de agosto de 1999, aprobados mediante la ley nacional 25.243. En ese marco, y en orden a lo dispuesto en los arts. 21 del Tratado y 6° de su Protocolo Adicional, “las Partes” celebraron el 13 de agosto de 2004 el “Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero ‘Pascua-Lama’” (B.O. 30.491 n° del 23 de septiembre de 2004), en cuyo artículo 1° estipularon que “El Proyecto’ y las actividades asociadas a éste en el Área de Operaciones se llevarán a cabo con sujeción a las disposiciones del Tratado, de su Protocolo Complementario, del presente Protocolo Adicional Específico y a la legislación interna de ‘las Partes’”. A su vez, en lo relativo a las cuestiones ambientales quedó expresamente convenido que “Las Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina, según corresponda” (arts. 12 del Tratado y 46 del Protocolo Adicional Específico).

9°) Que, descartada la incidencia de los instrumentos internacionales suscriptos oportunamente por la República de Chile y la República Argentina, corresponde señalar que en hipótesis como la del *sub lite*, que tienen por fin la recomposición del daño ambiental colectivo, la competencia corresponde a los tribunales de justicia ordinarios, y solo excepcionalmente a los del fuero federal, en aquellos casos en los que se encuentran afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones (art. 7°, ley 25.675).

10) Que no existen en la causa elementos de juicio que configuren el presupuesto precedentemente señalado para habilitar la competencia federal, pues no está acreditada la afectación de “recursos ambientales interjurisdiccionales”, tal como lo requiere la norma de la ley general del ambiente antes citada.

En efecto, en este caso, no se ha demostrado que la actividad desarrollada por las empresas demandadas pudiera afectar al ambiente más allá de los límites territoriales de la Provincia de San Juan.

11) Que, por lo demás, cabe recordar que el Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario a habilitar su conocimiento por la vía prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en conflictos ambientales ocurridos en la mina “Veladero” (Fallos: 330:4234 y causa CSJ 107/2009 (45-Z)/CS1 “Zeballos, Saúl Argentino c/ San Juan, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, sentencia del 1° de septiembre de 2015).

12) Que tampoco surge en el caso la competencia originaria del Tribunal con fundamento en la pretensión de la actora para que se extiendan los efectos de la eventual condena que pudiera resultar de este proceso a Barrick Gold Corporation (BGC), con domicilio en Canadá, en su calidad de controlante de las sociedades emplazadas.

Al respecto, cabe señalar que la competencia originaria procede en aquellos casos en que, además de una provincia, es parte un ciudadano extranjero siempre que se trate de una “causa civil” en los términos del art. 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58, extremo que no se verifica en el *sub lite*, en tanto se trata de un litigio que habrá de resolverse – fundamentalmente- sobre la base de actos y normas que forman parte del derecho público local. En estos supuestos, la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial, de manera de no perturbar su administración interna (Fallos: 328:1231; 336:1336).

13) Que, por otra parte, la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar la actora contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, resulta inadmisibile a la luz de las razones expuestas en la causa “Mendoza” (considerando 16, Fallos: 329:2316), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad, toda vez que ninguno de ellos es aforado en forma autónoma a esta instancia, ni existen motivos suficientes para concluir en que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal

Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el hecho de que se atribuya responsabilidad al Estado Nacional, sobre la base de que con su omisión en el dictado del inventario de glaciares contribuye a que las autoridades competentes no puedan ejercer los controles ambientales necesarios, no exige que ambas cuestiones deban ser acumuladas en un único proceso, ya que no se advierte razón para afirmar que no se puedan pronunciar dos sentencias útiles una en cada uno de los expedientes que se instruya como consecuencia del criterio emergente del caso “Mendoza”. Las diversas conductas a juzgar impiden concluir que los sujetos procesales pasivos estén legitimados sustancialmente en forma inescindible, de modo tal que la sentencia de mérito deba ser pronunciada indefectiblemente frente a todos ellos (Fallos: 331:1312).

14) Que, por último, en lo que respecta a la citación de las provincias de San Luis, Mendoza, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires, tal como ha quedado expuesto, con los elementos aportados al expediente y razones aducidas, no se justifica la admisión del planteo.

En efecto, no se configura en el caso una comunidad de controversia que justifique su incorporación al proceso, en tanto no surge de los elementos aportados al expediente que la explotación minera hubiese causado impacto ambiental sobre alguna de las jurisdicciones referidas.

No se advierte en tal contexto, cuál sería la relación sustantiva entre las partes en juicio y los sujetos mencionados precedentemente; a la par que el Tribunal ha decidido en reiteradas oportunidades que sobre quien pide la citación del tercero pesa la carga de acreditar que se trata de alguno de los supuestos que la habilitan (Fallos: 313:1053; 322:1470).

Al respecto, es pertinente señalar que la aplicación del instituto procesal de la citación de tercero es de interpretación restrictiva, especialmente cuando mediante su resultado podría quedar librado al resorte de los litigantes la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte, que es de carácter excepcional (Fallos: 327:4768).

15) Que, en las condiciones señaladas, la acción iniciada contra la Provincia de San Juan y las concesionarias de las explotaciones mineras “Pascua-Lama” y “Veladero” tendiente a hacer cesar y –en su caso- recomponer el daño ambiental que se pudiere producir como

consecuencia de la actividad, así como a obtener la contratación de un seguro ambiental, deberá tramitar ante los tribunales de dicho estado provincial.

Por otro lado, las pretensiones dirigidas contra el Estado Nacional en el marco de la ley 26.639, podrán ser interpuestas de manera autónoma en su contra, por la vía y forma que corresponda.

16) Que, en su caso, el art. 14 de la ley 48 permitirá la consideración de las cuestiones federales que puede comprender este litigio, y consolidará el verdadero alcance de la jurisdicción provincial, preservando así el singular carácter de la intervención de este Tribunal, reservada para después de agotada la instancia local (Fallos: 180:87; 258:116; 283:429; 312:606; 322:617; 329:2469, entre muchos otros).

Por ello y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en estos autos por vía de su competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Parte actora: **Fundación Ciudadanos Independientes**, representada por su presidenta, **Silvia Beatriz Villalonga**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Eduardo Oteiza** y **Francisco Verbic**.

Parte demandada: **Estado Nacional, Provincia de San Juan, Barrick Exploraciones Argentina S.A. (BEASA), Minera Argentina Gold S.A. (MAGSA), Exploraciones Mineras de Argentina S.A. (EMASA); empresa Barrick Gold Corporation (BGC) (no presentadas)**.

IMPLANTES SRL c/ SMITH & NEPHEW INC. s/ DAÑOS
Y PERJUICIOS

PRORROGA DE LA COMPETENCIA

Es arbitraria la sentencia que declaró la incompetencia de los jueces argentinos para conocer en la acción de daños y perjuicios en atención a la prórroga de jurisdicción prevista por las partes en favor de tribunales extranjeros, pues la sentencia omitió tratar los agravios vinculados a la nulidad de la citada cláusula de prórroga de jurisdicción; planteo que fue realizado oportunamente por la actora en su recurso de apelación, donde de modo principal, sostuvo que ese pacto era nulo por ser abusivo y solo beneficiar a la sociedad extranjera, frustándose así la garantía de defensa en juicio y el debido proceso adjetivo.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las decisiones en materia de competencia son ajenas al recurso extraordinario en razón de su índole no definitiva, cabe hacer excepción a dicha regla cuando la decisión impugnada importa privar a la recurrente de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus derechos y, por ende, de obtener el eventual acceso a la instancia federal frente a agravios de orden constitucional.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la procedencia de la excepción interpuesta por la demandada y declaró la incompetencia de los jueces argentinos para conocer en la acción promovida por Implantes SRL contra Smith & Nephew Inc en atención a la prórroga de jurisdicción prevista por las partes en favor de tribunales extranjeros (fs. 290/294 del ex-

pediente digital principal, al que me referiré de aquí en adelante, salvo aclaración en contrario).

De modo preliminar, relató que las partes celebraron contratos de distribución internacional de mercaderías y pactaron en la cláusula 10.E la jurisdicción de los tribunales del Estado de Tennessee de los Estados Unidos para todos los conflictos vinculados a la interpretación y aplicación de los contratos. Apuntó que del escrito de demanda surge que la empresa accionante pretende obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la empresa extranjera Smith & Nephew Inc a raíz de la supuesta apropiación indebida de mercaderías, que habían sido pagadas por la actora y enviadas por la demandada bajo la modalidad *free on board*. Agregó que la actora sostiene que las mercaderías se encontraban en la zona franca de la Aduana Argentina y fueron devueltas por la transportista a la demandada sin causa.

En ese marco, ponderó que los artículos 1 y 2 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación prevén la posibilidad de que las partes prorroguen la jurisdicción en favor de tribunales extranjeros en asuntos patrimoniales de índole internacional. Destacó la relevancia de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. Consideró que el objeto de la acción es la devolución de la mercadería o del precio pagado, más allá de que la actora denuncie la existencia de un ilícito civil. Señaló que ambos son aspectos de la relación contractual que existió entre las partes, por lo que es aplicable la prórroga de jurisdicción expresamente pactada en el contrato.

-II-

Contra ese pronunciamiento, Implantes SRL interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por la cuestión federal y denegado por la arbitrariedad, lo que dio origen al recurso de queja, que también se encuentra a examen de esta Procuración General (fs. 302/320, 322/331 y 334 del expediente principal, y presentación del 4 de agosto de 2020, 9.33hs, del expediente FRO 12721/2014/1/RH, “Implantes SRL c/ Smith & Nephew Inc s/ daños y perjuicios”).

En primer lugar, la apelante sostiene que la sentencia recurrida es definitiva porque declara la incompetencia de los jueces argentinos y deniega el fuero federal.

En segundo lugar, alega que existe cuestión federal en los términos del artículo 14, inciso 3, de la ley 48. Postula que la decisión vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción, a la defensa en juicio, a la propiedad y al debido proceso porque le impide tramitar el reclamo ante los

tribunales argentinos, donde tramita su concurso preventivo y donde se configuró la apropiación indebida de mercadería de su propiedad. Arguye que la sentencia desconoce las normas que regulan la competencia federal al ser demandada una persona extranjera, en particular, el artículo 116 de la Constitución Nacional.

En tercer lugar, plantea que la sentencia es arbitraria. Afirma que el *a quo* desconoce los fundamentos fácticos y jurídicos esgrimidos en la demanda.

Relata que es una pyme local que adquirió prótesis para cirugías traumatológicas a una empresa estadounidense multinacional. Expone que las adquisiciones fueron pagadas al proveedor extranjero y las mercaderías fueron enviadas con cláusula *free on board*. Aduce que las mercaderías quedaron en la zona franca de la Aduana y no pudieron ser retiradas en virtud de un embargo. Asevera que se presentó en concurso preventivo en Rosario y que, mientras tramitaba ese proceso universal, la empresa Fedex devolvió las mercaderías a Smith & Nephew Inc, a pesar de que eran de su propiedad. Señala que la empresa extranjera se presentó en el concurso preventivo con posterioridad y procuró legitimar esa apropiación a través de la verificación de crédito. Enfatiza que la verificación fue rechazada por el juez concursal y esa decisión no fue apelada. Sostiene que el crédito reclamado por la empresa extranjera es infundado, y que ningún acreedor puede cobrar su crédito al margen de la solución colectiva.

Además sostiene que el objeto de la demanda es reclamar los daños y perjuicios, incluido el daño moral, derivados del ilícito cometido por la demandada, a saber, la apropiación indebida de bienes de su propiedad. Destaca que ello sucedió tiempo después de culminadas y agotadas las obligaciones derivadas de la relación contractual. Agrega que la apropiación se consolidó con la decisión del juez concursal que rechazó la verificación. Aclara que el sustento jurídico de su pretensión son los artículos 1073, 1077, 1078 y 1083 del Código Civil. Sostiene que ello torna aplicable el artículo 5, inciso 4, del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación.

Finalmente, aduce que el sentenciante omitió tratar el planteo de invalidez de la prórroga de jurisdicción. Refiere que se trata de un contrato con cláusulas predispuestas y que en su carácter de PYME no pudo negociar con la empresa multinacional demandada. Postula que la cláusula es abusiva y viola el derecho a la igualdad. Apunta que la prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales estadounidenses solo beneficia a la demandada, quien puede optar por demandar a Implantables SRL en otra jurisdicción.

-III-

Si bien las decisiones en materia de competencia son ajenas al recurso extraordinario en razón de su índole no definitiva, cabe hacer excepción a dicha regla cuando la decisión impugnada importa, como aquí ocurre, privar a la recurrente de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus derechos y, por ende, de obtener el eventual acceso a la instancia federal frente a agravios de orden constitucional (Fallos: 310:1861, “Narbaiz, Guillermo”; 327:4622, “Royal & Sun Alliance Seguros Uruguay SA”; S.C., G. 2600, L. XXXVIII, “Goijman Mario Daniel c/ Gomer SACI s/ordinario”, 11 de mayo de 2004, entre otros).

Tal como paso a exponer, la recurrente no ha logrado acreditar que la sentencia apelada sea arbitraria en cuanto entendió que es aplicable al *sub lite* la cláusula 10.E inserta en los contratos de distribución celebrados entre las partes donde se estipula la prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales estadounidenses. Sin embargo, la sentencia apelada omitió tratar el planteo de nulidad de esa convención contractual realizado en forma oportuna por la impugnante.

En primer lugar, el tribunal confirmó la incompetencia de los tribunales argentinos para conocer en la presente acción de daños y perjuicios sobre la base de considerar la exposición de hechos relatados en el escrito de demanda, la cláusula de prórroga de jurisdicción prevista en los contratos celebrados entre las partes, y los artículos 1 y 2 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación. De este modo, las cuestiones controvertidas se circunscriben a la ponderación que hizo el juez de la causa en torno a elementos de hecho y derecho común y a la exégesis de la voluntad de las partes (Fallos: 325:468, “Planetario SRL”).

No se encuentra discutido que las partes celebraron contratos de distribución internacional de mercaderías y que previeron la competencia de los tribunales extranjeros para los asuntos vinculados a su interpretación y aplicación. Tampoco se encuentra debatido que el objeto de la acción es la reparación de los daños y perjuicios que, a criterio de la actora, surgen de la apropiación indebida de mercadería que había sido adquirida y pagada por la actora, y enviada por la demandada bajo la modalidad *free on board*. Finalmente, la mercadería que se encontraba en la Aduana Argentina fue devuelta por FedEx a la vendedora. Las partes no están de acuerdo con relación a la licitud de ese hecho.

En esas circunstancias, la recurrente no acreditó que la decisión recurrida se aparte de las constancias de la causa -en particular, el escrito de demanda- y del derecho aplicable -arts. 1 y 2 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación-, o bien haya asignado a la cláusula

de prórroga de jurisdicción un alcance reñido con la literalidad de sus términos y con la clara intención de las partes (doctr. Fallos: 338:1252, “Fernández” y sus citas). En efecto, el tribunal entendió que la controversia sobre la licitud o ilicitud de la conducta de la demandada requiere analizar la relación contractual, que unía a las partes y sobre la base de la cual la actora adquirió la mercadería en cuestión. Destacó la relevancia de la autonomía de las partes para pactar la competencia de los tribunales en los asuntos patrimoniales de índole internacional.

Esa conclusión no se ve conmovida por el hecho de que el accionante se haya presentado en concurso preventivo ante la justicia en lo civil y comercial de la provincia de Santa Fe. El fuero de atracción opera con relación a los juicios deducidos contra el concursado (Fallos: 329:3834 “Gatic SA”, 329:5094 “Correo Argentino”, entre otros) pero la presente acción es promovida por la concursada. No veo razones vinculadas al orden público concursal para apartarse de esa regla, considerando que el planteo central de la demanda no está relacionado con el incumplimiento de las normas que rigen el procedimiento colectivo de insolvencia ni con la afectación de la masa de acreedores. De hecho, la actora no invoca la ley 24.522 en el escrito bajo estudio sino el Código Civil de la Nación. Tampoco se ha presentado en el *sub lite* el síndico en representación de los supuestos acreedores perjudicados por el eventual cobro del crédito al margen del concurso preventivo. Todo ello revela que se trata, al menos en los términos en que fue planteada la acción, de un conflicto entre partes donde se debaten sus intereses individuales.

Para más, el concurso preventivo se encuentra en una etapa avanzada. Tal como informó el Juzgado de 1° instancia en lo Civil y Comercial de la 1° Nominación el 29 de octubre de 2020, Implantas SRL obtuvo la homologación del acuerdo preventivo el 31 de agosto de 2017 y éste se encuentra actualmente en etapa de cumplimiento.

En segundo lugar, asiste razón a la impugnante en cuanto a que la sentencia apelada omitió tratar sus agravios vinculados a la nulidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción. Ese planteo fue realizado oportunamente por la actora en su recurso de apelación, donde, de modo principal, sostuvo que la cláusula 10.E de los contratos no son aplicables a la presente acción y, en subsidio, que ese pacto es nulo puesto que es abusivo y solo beneficia a la sociedad extranjera (en especial, punto II.5 de su memorial de agravios).

Tras confirmar la aplicación de la cláusula al caso, el tribunal debió tratar la nulidad planteada. Sin embargo, se limitó a efectuar, en abstracto, enunciaciones genéricas sobre la interpretación de las pró-

rrogas de jurisdicción (punto 2.2 *in fine* de la sentencia), sin realizar ningún análisis de los hechos de la causa ni ponderar los argumentos concretos formulados por la accionante. Por ello, entiendo que la sentencia recurrida, al no dar un adecuado tratamiento a una cuestión conducente que había sido planteada en forma oportuna, frustró la garantía de defensa en juicio y el debido proceso adjetivo, por lo que corresponde su descalificación como acto judicial válido. Tal como lo ha establecido la Corte Suprema, es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que sean fundados, exigencia que no se satisface cuando las decisiones atacadas no proveen un estudio razonado de cuestiones introducidas oportunamente y que resultan conducentes para la dilucidación de la causa (Fallos: 330:1451, “Theseus”; 341:526, “Benitez”; dictamen emitido en la causa CCF 8806/2009/CS1, “La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA c/ Delta Air Lines s/ faltante y/o avería de carga transporte aéreo”, 13 de marzo de 2019, y sus citas).

En atención a la solución que propongo, es innecesario tratar los restantes agravios vinculados a la vulneración de cláusulas constitucionales.

-IV-

Por las razones expuestas, entiendo que el recurso extraordinario fue bien concedido y corresponde dejar sin efecto la decisión apelada y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2020. *Abramovich Cosarín Víctor Ernesto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Implantes SRL c/ Smith & Nephew Inc. s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

Que contra la sentencia de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, que al confirmar el fallo de primera instancia, declaró la incompetencia de la justicia de la República Argentina para conocer en el caso, la actora interpuso recurso extraordinario que fue parcialmen-

te concedido y, denegado en cuanto a la tacha de arbitrariedad invocada, motivó la promoción del recurso de hecho que corre conjuntamente.

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

TELEPIU S.A. s/ INCIDENTE ART. 250

CONCURSO PREVENTIVO

Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto la medida dictada por el juez concursal relativa a la apertura de una cuenta bancaria inembargable para el pago de sueldos a nombre de la concursada que se dedicó a brindar servicios de comunicación audiovisual, pues el juez cuenta con facultades fundadas en la Ley de Concursos y Quiebras y en la Constitución Nacional para disponer una medida particular que apunta a resguardar el objeto del concurso preventivo que comprende la continuidad de la empresa, así como los derechos afectados por la insolvencia: el derecho al trabajo y la libertad de prensa, por lo cual la decisión apelada no constituye una derivación razonada del régimen de la ley 24.522 con aplicación a las circunstancias concretas del caso y, más grave aún, es incompatible con las normas constitucionales que lo rigen (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

CONCURSO PREVENTIVO

El juez concursal no se exorbitó de sus competencias al dictar una medida que procura asegurar que determinados fondos de la concursada sean destinados al pago de los sueldos, contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de las relaciones laborales -apertura de cuenta bancaria inembargable-, pues se trata de una disposición que protege los fines propios del concurso preventivo: el pago de las obligaciones laborales indispensable para la conservación de la empresa y para el mantenimiento de la fuente de trabajo y a la vez, protege la integralidad del patrimonio del deudor (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

CONCURSO PREVENTIVO

Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto la medida dictada por el juez concursal relativa a la apertura de una cuenta bancaria inembargable para el pago de sueldos a nombre de la concursada, pues la preservación de la continuidad de la empresa, que brinda servicios de comunicación audiovisual, adquiere mayor trascendencia si se repara en que la medida dispuesta por el juez de primera instancia contribuye además a garantizar la libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva (arts. 14 y 32, Constitución Nacional y art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

CONCURSO PREVENTIVO

Al ponderar la razonabilidad de la tutela adoptada por el juez concursal -apertura de una cuenta bancaria inembargable para el pago de sueldos a nombre de la concursada, dedicada a brindar servicios de comunicación audiovisual- cabe tener en cuenta que los medios de comunicación desarrollan una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar

informaciones, ideas y opiniones” (art. 2, ley 26.522) (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

CONCURSO PREVENTIVO

Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto la medida dictada por el juez concursal relativa a la apertura de una cuenta bancaria inembargable para el pago de sueldos a nombre de la concursada, pues en aras de preservar los fines del concurso preventivo, y de cumplir los mandatos constitucionales, adoptó una medida de protección razonable para garantizar la continuidad de la empresa concursada y además, estableció recaudos procedimentales suficientes -deberes de información a cargo de la concursada y de control a cargo del síndico y del juez para preservar el cumplimiento de ese propósito (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

CONCURSO PREVENTIVO

Corresponde revocar la sentencia que dejó sin efecto la medida dictada por el juez concursal relativa a la apertura de una cuenta bancaria inembargable para el pago de sueldos a nombre de la concursada, dedicada a brindar servicios de comunicación audiovisual, pues la medida no tiene por objeto impedir que los acreedores posconcursoales persigan el cobro de sus créditos, quienes más allá de la restricción parcial que establece, pueden cobrar sus deudas nacidas con posterioridad al concurso preventivo de los restantes activos de la concursada, sin que pueda obviarse aquí que todo proceso colectivo implica una postergación de intereses individuales en aras de alcanzar la mejor solución colectiva, y que ninguna instancia estatal puede desatender los deberes constitucionales relativos a la protección del trabajo y de la prensa (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

CONCURSO PREVENTIVO

Ante la crisis económica y financiera de una empresa es mayor la necesidad de proteger el empleo y el salario de los trabajadores, en tanto este objetivo de interés social está específicamente contemplado en la ley 24.522 y de hecho, las reformas introducidas por la ley 26.684 no solo acentuaron significativamente la protección de los derechos individuales de los trabajadores afectados por la insolvencia (arts. 14, incs. 10 y 13, y 19 in fine, entre otros), sino que además incrementaron la tutela del derecho al trabajo (en especial, arts. 48, 48 bis, 189 y 203) (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

LIBERTAD DE EXPRESION

La libertad de expresión en su faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención en este ámbito se intensifica con el propósito de robustecer el debate público y en este sentido, ciertas situaciones exigen al Estado -lo que comprende al Poder Judicial- intervenir en el marco de la ley en resguardo del adecuado funcionamiento de los medios de comunicación; pauta que fue expresamente recogida por la Ley 25.750 de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales, que contiene un tratamiento diferenciado a favor de los medios de comunicación que se encuentran en estado de insolvencia y que no han logrado un acuerdo preventivo (art. 5) (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

INTERPRETACION DE LA LEY

La interpretación de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de los derechos en juego, y de prescindirse de esa regla cardinal, se incurriría en una interpretación de las normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional en virtud de lo dispuesto en el art 31 de la Constitución Nacional (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHO DEL TRABAJO

La preservación de la fuente de trabajo tiene una relación directa con el derecho al trabajo (arts. 14 bis y 75, inc. 19, Constitución Nacional; arts. 6 y 7, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 6 y 7 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que impone al Estado deberes de respeto y también la obligación de adoptar medidas positivas concretas y orientadas a su realización, como medio para asegurar condiciones de vida digna y también el derecho a la retribución justa (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto por la fiscal general fue mal denegado puesto que la Constitución Nacional (art. 120), la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148 (arts. 1, 2, incs. a, b, e, d y g, y 31, incs. b, c y e) y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (art. 276) reconocen su legitimación para impugnar la sentencia que pone en riesgo la conservación de la empresa concursada, el mantenimiento de la fuente de trabajo y la continuidad del servicio de comunicación (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

MINISTERIO PÚBLICO

En consonancia con la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, los jueces no pueden suplir la determinación del fiscal sobre la existencia de intereses generales de la sociedad que demanden su intervención ni sobre el alcance o la modalidad de su actuación, pues de otro modo, se afecta la adecuada prestación del servicio de justicia que, de acuerdo con la Constitución Nacional, está estructurada sobre la base de la separación orgánica y funcional de jueces y fiscales (-Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

MINISTERIO PUBLICO

Aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

La sentencia que denegó el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General sobre la base de la inexistencia de intereses generales, suplió la determinación de aquél cuando ello es su resorte exclusivo, como se encuentra previsto en la Constitución Nacional y en la ley 27.148 (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General está mal denegado, pues éste en ejercicio de su independencia y autonomía funcional, entendió al articular la vía federal que la sentencia apelada no involucraba únicamente los intereses patrimoniales e individuales de los trabajadores, sino intereses colectivos de la sociedad vinculados al mantenimiento de la fuente de trabajo y a la conservación la empresa concursada, lo que sustenta su legitimación para petitionar (art. 276, ley 24.522, arts. 2 y 31, ley 27.148 y arto 120, Constitución Nacional) y consideró además que la decisión realizaba una interpretación de las normas concursales que amenazaba la vigencia de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales, en especial, en cuanto protegen al trabajo, lo que también justifica su legitimación en los términos del artículo 2 de la ley 27.148 (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General está mal denegado, pues el interés público en la conservación de la empresa concursada se ve acentuado puesto que presta servicios de comunicación audiovisual, que la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual define como una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y revocó la resolución del juez de primera instancia, que había ordenado la apertura de una cuenta bancaria inembargable e incautelable a nombre de la concursada TELEPIU S.A. con el objeto de que se depositen sumas destinadas a sueldos, contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de las relaciones laborales de esa empresa (fs. 35/38).

La cámara afirmó que el acuerdo preventivo comprende solo las obligaciones de causa o título anterior al concurso, mientras que las nacidas con posterioridad quedan fuera de ese acuerdo y deben cumplirse de manera regular. Argumentó que, por ello, el juez concursal tiene amplias facultades ordenatorias e instructorias con respecto a aspectos patrimoniales anteriores a la presentación en concurso. Enfatizó que esas facultades no comprenden a las obligaciones de carácter posconcurso, como las que motivaron la apertura de la cuenta bancaria cuestionada por la AFIP.

Destacó que la apertura de una cuenta bancaria inembargable e incautelable no tiene sustento legal ni justificación. Afirmó que la

concesión de medidas cautelares que impiden el ejercicio de las facultades del Fisco como acreedor deben evaluarse con carácter restrictivo puesto que pueden afectar el erario público y el funcionamiento del Estado. Recalcó que la AFIP reclama el cobro de acreencias posconcursoales.

Agregó que en el caso no hay un conflicto de prelación en el cobro entre los créditos laborales y los fiscales, por lo que no es aplicable lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra”. Precisó que lo que se encuentra controvertido es la posibilidad de limitar el poder de agresión de acreedores posconcursoales. Apuntó que, aun cuando la solución adoptada dificulte el pago de los salarios, que tienen naturaleza alimentaria, la alternativa concursal elegida por Telepiú supone el pago de esas obligaciones laborales sin menoscabar el derecho de otros acreedores posconcursoales, como la AFIP.

Finalmente, expuso que la actividad desarrollada por la concursada y el valor de la libertad de expresión carecen de relevancia en esta etapa del concurso preventivo donde aún no se obtuvo un acuerdo preventivo.

Señaló que la conservación de la empresa, aún si es un medio audiovisual, no puede lograrse sin atender al pasivo posconcursoal.

-II-

Contra esa decisión, la Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial interpuso recurso extraordinario, que fue denegado en tanto el tribunal entendió que el Ministerio Público carece de legitimación en un asunto patrimonial que afecta en forma exclusiva a los particulares, esto es, la concursada y los trabajadores que persiguen el cobro de créditos posconcursoales (fs. 39/58 y 167/175). Ello motivó la presente queja (fs. 177/181).

Sostiene que tiene legitimación para interponer un recurso extraordinario federal conforme a la Constitución Nacional, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148, la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y la doctrina de la Corte Suprema. Afirma que el caso compromete la defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, y de los derechos constitucionales y supralegales de los trabajadores. Enfatiza que la sentencia afecta el orden jurídico en su integridad y no solo intereses patrimoniales. Destaca que es el fiscal quien, en ejercicio de su autonomía funcional, decide cuándo existe un interés público que amerite su intervención.

Relata que la concursada presta y explota servicios y licencias de radiodifusión y televisión. Asevera que el síndico informó que cualquier medida cautelar que se trabase sobre las cuentas de la empresa impediría el pago de los salarios y comprometería el giro normal de la empresa y, en definitiva, su conservación. En esas circunstancias, alega que la sentencia apelada prescindió de verificar la compatibilidad de las normas concursales con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que establecen una protección especial a favor de los trabajadores. Sostiene que la apertura de una cuenta destinada al pago de salarios, contribuciones y cargas sociales tiene sustento en los artículos 14 bis y 75, incisos 19, 22 y 23, de la Constitución Nacional, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Convenios 95, 173 y 180 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Además, sostiene que la sentencia es arbitraria. Afirma que la decisión no valora cuestiones conducentes; en particular, el origen laboral de los créditos que se pretenden satisfacer con la cuenta bancaria. Alega que no es una derivación razonada del derecho vigente puesto que desconoce la especial protección de los créditos laborales prevista en normas supraleales. Agrega que la cámara prescindió de la finalidad de la norma concursal.

Señala que hay un conflicto de prelación entre las acreencias posconcursoales de la AFIP y los créditos pre y posconcursoales de los trabajadores.

Cita la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “Pinturerías y Revestimientos Aplicados S.A. s/quiebra” (Fallos: 337:315), según la cual los créditos de los trabajadores deben ser satisfechos con anterioridad a cualquier crédito fiscal en virtud de lo dispuesto en los Convenios 173 y 180 de la OIT.

Destaca que el concurso preventivo implica el riesgo de la quiebra, por lo que es irrazonable que se permita a los créditos fiscales cobrarse de activos líquidos transformando en letra muerta la protección prevista en favor de los trabajadores en los artículos 183, inciso 2, 198 y 246, inciso 1, de la ley 24.522 y en los convenios de la OIT.

Sostiene que el juez concursal tiene facultades para dictar una medida como la aquí controvertida puesto que se relaciona con la conservación de la empresa y de la fuente de trabajo. Agrega que la ley 24.522 regula diversas cuestiones posconcursoales. Argumenta que la medida

no impide que los créditos fiscales puedan ser perseguidos y ejecutados mediante el embargo de otros bienes o ingresos posconcursoales no destinados al pago de salarios, lo cual permitiría evitar que peligre la continuidad de la explotación.

Subraya que el principio protectorio exige aplicar las normas más favorables al trabajador e interpretar su alcance en el sentido más beneficioso para éste. Considera que, a la luz de ese principio y de los instrumentos internacionales supra citados, el trabajador es un sujeto de preferente tutela.

Enfatiza que la medida adoptada por el juez de primera instancia es consistente con esa protección.

Alega que la sentencia reviste gravedad institucional porque se encuentra en juego un derecho fundamental para la democracia, esto es, la libertad de expresión. Destaca que la concursada es un medio de comunicación de alcance nacional por lo que la conservación de la empresa se vincula con la dimensión colectiva de ese derecho y con la existencia de una pluralidad de voces.

Agrega que esa cuestión fue ponderada en la homologación del acuerdo preventivo de "Editorial Perfil" confirmada por la cámara.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario interpuesto por la fiscal general fue mal denegado puesto que la Constitución Nacional (art. 120), la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148 (arts. 1, 2, incs. *a*, *b*, *c*, *d* y *g*, y 31, incs. *b*, *c* y *e*) y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (art. 276) reconocen su legitimación para impugnar la sentencia que pone en riesgo la conservación de la empresa concursada, el mantenimiento de la fuente de trabajo y la continuidad del servicio de comunicación.

El artículo 120 de la Constitución Nacional dispone que el Ministerio Público es un organismo independiente y autónomo que tiene una función específica en la administración de justicia, a saber, "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad".

Esos principios son ampliamente receptados por la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. En el mismo sentido, los instrumentos internacionales abogan por la defensa de la independencia y la autonomía de los fiscales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia.

Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas”, 5 de diciembre de 2003, párrafo 35 y ss.; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012, especialmente, párrs. 26, 37 y 98; Naciones Unidas, Directrices sobre la Función de los Fiscales, adoptadas durante el Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 1990).

En consonancia con la independencia y autonomía funcional de este organismo, los jueces no pueden suplir la determinación del fiscal sobre la existencia de intereses generales de la sociedad que demanden su intervención ni sobre el alcance o la modalidad de su actuación. De otro modo, se afecta la adecuada prestación del servicio de justicia que, de acuerdo con la Constitución Nacional, está estructurada sobre la base de la separación orgánica y funcional de jueces y fiscales.

Esta concepción fue acogida por la Corte Suprema en diversos precedentes.

Incluso con anterioridad a la consagración constitucional del Ministerio Público como un organismo independiente y autónomo en el año 1994, la Corte Suprema advirtió que el cumplimiento de la misión de este organismo requiere que los fiscales no estén sujetos a las instrucciones de los jueces. En este sentido, en el caso “Lamparter” (Fallos: 315:2255), ese tribunal resolvió que “el representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa, que es ínsita de la magistratura que aquel ejercita y que configura una condición insoslayable que es reconocida a dicho Ministerio como presupuesto esencial para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su integridad” (considerando 6°). Además, aseveró que los jueces no pueden gobernar los criterios hermenéuticos adoptados por el Ministerio Público para la determinación de la existencia de intereses que demandan su actuación, “materia cuya incumbencia es de exclusivo resorte de éste” (considerando 7°).

Con posterioridad, en el caso “Quiroga” (Fallos: 327:5863), la Corte Suprema enfatizó que la independencia del Ministerio Público consagrada por el artículo 120 de la Constitución Nacional prohíbe a los jueces dar instrucciones a los fiscales sobre cómo deben actuar, lo que implicaría desconocer el sentido de la separación entre jueces y fiscales “como instrumento normativo básico para el aseguramiento

del derecho de defensa” (considerando 10°). Expuso que el Ministerio Público no sólo es independiente del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial y que “...el deber del Ministerio de actuar ‘en coordinación con las demás autoridades de la República no puede ser convertido en subordinación, a riesgo de neutralizar el sentido mismo de su existencia...” (considerando 34°).

La Corte Suprema advirtió que “aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar” (considerando 23°).

Estas últimas consideraciones realizadas por la Corte Suprema en el ámbito del proceso penal son aplicables a las causas civiles. En ambos casos, el Ministerio Público es concebido como un organismo independiente con una función constitucional específica -”promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”-. Esa misión, que difiere de la de los jueces, es justamente la que justifica su existencia y, para que ella sea alcanzada deben ser los fiscales quienes gobiernen su actuación sin sujeción a otros poderes del Estado.

En suma, al denegar el recurso extraordinario sobre la base de la inexistencia de intereses generales, el *a quo* suplió la determinación de la fiscal general, cuando ello es su resorte exclusivo, como se encuentra previsto en la Constitución Nacional y en la ley 27.148, y como resolvió la Corte Suprema en el precedente “Lamparter”.

La determinación de la fiscal general es, además, consistente con la ley 27.148, que le atribuye al Ministerio Público Fiscal la facultad de intervenir en los casos donde se cuestione la vigencia de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales (art. 2); en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos (art. 2, inc. e), cuando esté en juego el interés general de la sociedad o una política pública trascendente o normas de orden público (arts. 2, inc. d y 31, incs. b y e), o se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas (art. 2, inc. e y art. 31, inc. b); y en los casos donde estén afectados los consumidores (art. 31, inc. d).

El artículo 31 de la ley 27.148 precisa que en esos casos los fiscales no penales tienen facultades para petitionar (b) y, más específicamen-

te, para interponer recursos de apelación (e). Ello comprende la apelación extraordinaria federal.

Cabe agregar que la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 prevé expresamente la intervención del Ministerio Público puesto que los concursos y las quiebras no son meros conflictos entre particulares (arts. 51 y 276). Por el contrario, son procedimientos colectivos que involucran intereses generales de la sociedad en, al menos, la conservación de la fuente productiva, el mantenimiento de la fuente de trabajo, la protección del crédito y evitar la crisis en cadena de otros agentes económicos. Estos intereses colectivos justifican que sean procedimientos regulados por normas de orden público (Fallos: 327:1002, “Florio”) donde interviene el Ministerio Público Fiscal.

En el caso registrado en Fallos: 336:908, “Clínica Marini”, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que denegaba el recurso extraordinario interpuesto por la fiscal general sobre la base de que carecía de legitimación para intervenir en defensa de los acreedores laborales. La magistrada recurrente alegó que el tribunal confundió la protección de los intereses de los acreedores laborales con la defensa del interés general que la habilitaba a impugnar. La Corte Suprema afirmó que “asiste razón a la recurrente, pues ha decidido este Tribunal que el Fiscal de Cámara tiene legitimación para recurrir la sentencia por la vía federal, ya que tanto la Constitución Nacional en su art. 120, como la ley que rige su actuación, encomiendan al Ministerio Público la función de defender el orden jurídico en su integridad (Fallos: 319:1855 y sus citas)” (considerando 4°; en el mismo sentido S.C. A. 113, L. XLVI, “AESA Aceros Especiales SA s/ quiebra s/ incidente de apelación”, sentencia del 1 de agosto de 2013; S.C. D. 231, L. XLIV, “Dolce Pasti SA s/ quiebra”, sentencia del 1 de agosto de 2013).

En el presente caso, la fiscal general, en ejercicio de su independencia y autonomía funcional, entendió al articular la vía federal que la sentencia apelada no involucra únicamente los intereses patrimoniales e individuales de los trabajadores, sino intereses colectivos de la sociedad vinculados al mantenimiento de la fuente de trabajo y a la conservación de la empresa concursada, lo que sustenta su legitimación para peticionar (art. 276, ley 24.522, arts. 2 y 31, ley 27.148 y art. 120, Constitución Nacional). A su vez, la fiscal general consideró que la sentencia apelada realizó una interpretación de las normas concursales que amenaza la vigencia de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales, en especial, en cuanto protegen al trabajo, lo que también justifica su legitimación en los términos del artículo 2 de la ley 27.148.

Más aún, en el caso de Telepiú, el interés público en la conservación de la empresa se ve acentuado puesto que presta servicios de comunicación audiovisual, que la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual define como “una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones” (art. 2).

Nada de esto fue ponderado por la cámara de apelaciones al arrojarse las facultades del ministerio público de determinar la existencia de intereses que demandan su actuación. En efecto, no sólo no se expidió sobre las facultades previstas expresamente en la Constitución Nacional y en la ley 27.148, sino que denegó la legitimación sobre la base de una distinción entre acreedores concursales y posconcursoales que no repara en que la fiscal interviene en protección de los intereses generales en la conservación de la empresa concursada y de la fuente de trabajo en el marco de un proceso colectivo de insolvencia.

En conclusión, la denegatoria del recurso desconoce la independencia y autonomía funcional conferidas a este Ministerio Público por la Constitución Nacional y la ley orgánica, así como sus atribuciones para requerir la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad.

-IV-

Por lo demás, considero que, tal como lo sostuvo el a qua al conceder los recursos extraordinarios interpuestos por el Sindicato Argentino de Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos, diversos delegados y trabajadores y por la concursada (fs. 167/175), el recurso extraordinario es formalmente admisible.

Por un lado, la decisión recurrida es equiparable a una sentencia definitiva en tanto es susceptible de producir un daño de imposible reparación ulterior al poner en riesgo la conservación de la fuente de trabajo y, por ende, de la empresa dedicada a prestar una actividad de interés público y “de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población” (art. 2, ley 26.522).

Por el otro, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal toda vez que controvierten la validez de la interpretación que efectuó el *a quo* respecto de la ley 24.522, objetándola como violatoria de garantías reconocidas en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales (art. 14, inc. 3, ley 48; doct. Fallos: 307:398, “Complejo Textil Bernalesa SRL”; 329:5266, “Asociación Lucha por la Identidad

Travestí”, dictámenes de la Procuración General de la Nación, CSJ 1255/2013 (49-A)/CS1, “Arregui, Diego M. c/ Estado Nacional- PFA y otros s/ daños y perjuicios”, 27 de marzo de 2015; CNT 57589/201211/RH1, “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ despido”, 13 de noviembre de 2017).

Por lo tanto, el recurso de queja es procedente.

-V-

A los fundamentos desarrollados por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a los que me remito y doy por reproducidos en beneficio de la brevedad, estimo conveniente agregar las siguientes consideraciones.

Tal como relata la fiscal general, el Sindicato Argentino de Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos se presentó en el concurso preventivo de Telepiú denunciando la grave situación en la que se encuentran los trabajadores de la empresa concursada en atención a la falta de pago de los sueldos. El informe del síndico, invocado por la magistrada, afirmó que “cualquier medida cautelar que pudiera trabarse sobre las cuentas de la empresa, impediría el pago de los salarios, con el consiguiente perjuicio que ello irrogaría a los trabajadores, y por consiguiente, el giro normal de la actividad” (fs. 47). Por ello, el síndico postuló que “dado el carácter alimentario de las remuneraciones del personal dependiente, y a fin de mantener incólume el principio de conservación de la empresa”, era “prudente ordenar a la concursada la apertura de una cuenta destinada al exclusivo pago de los salarios” (fs. cit.).

El juez que interviene en el concurso preventivo de Telepiú juzgó que las circunstancias del caso requerían adoptar una medida que asegure el pago de sueldos, contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de las relaciones laborales y, en definitiva, la conservación de la empresa. Con ese propósito, ordenó la apertura de una cuenta inembargable hasta disposición en contrario. Además, obligó a la concursada informar mensualmente todos los movimientos de la cuenta a fin de posibilitar el conocimiento y el control por parte de la sindicatura, los acreedores y el juez. Entiendo que el juez concursal cuenta con facultades fundadas en la Ley de Concursos y Quiebras y en la Constitución Nacional para disponer una medida particular que apunta a resguardar el objeto del concurso preventivo que comprende la continuidad de la empresa, así como los derechos aquí afectados por la insolvencia: el derecho al trabajo y la libertad de prensa. De allí que

la cámara revocó la medida sobre la base de una interpretación de las normas concursales que no es una derivación razonada del régimen de la ley 24.522 con aplicación a las circunstancias concretas del caso y, más grave aún, es incompatible con las normas constitucionales que lo rigen. Tal como destacó la Corte Suprema, la interpretación de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de los derechos en juego, y de prescindirse de esa regla cardinal, se incurriría “en una interpretación de las normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución Nacional” (Fallos: 329:5266, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti”, considerando 13° y sus citas; además, Fallos: 200:180, “Provincia de Buenos Aires”; 337:1174, “Rodríguez”; en sentido similar, Fallos: 337:315, “Pinturas y Revestimientos Aplicados”; 342:459, “Institutos Médicos Antártida”).

En efecto, el estado de cesación de pagos de una empresa afecta una pluralidad de derechos e intereses. Entre ellos, el derecho de los acreedores a percibir sus créditos en tiempo y forma, el derecho de los trabajadores a mantener su fuente de trabajo, y los intereses generales de la sociedad en la preservación de la fuente productiva, en eludir la crisis en cadena de otros agentes económicos y en las repercusiones sobre la existencia y el acceso al crédito.

Ello justifica la existencia de un proceso de insolvencia en el que se consideren en forma centralizada todos los derechos e intereses implicados a fin de alcanzar la mejor solución colectiva. De otro modo, los acreedores, en aras de perseguir la satisfacción de su crédito individual, se encontrarían librados a una carrera de depredación que es perjudicial para los propios acreedores (Thomas H. Jackson, “Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors’ Bargain”, *The Yale Law Journal*, vol 91, nro. 5, 1982), y para los restantes derechos e intereses comprometidos en la insolvencia (doctr. Fallos: 327:1002, “Florío y Compañía I.C.S.A.”). La Ley de Concursos y Quiebras confía al juez concursal la dirección y administración del proceso colectivo de la insolvencia y de los derechos allí implicados y, para ello, le otorga facultades ordenatorias e instructorias excepcionales (art. 274, ley 24.522).

En forma previa a la declaración de la quiebra y a la liquidación del patrimonio del deudor, las soluciones preventivas -como el acuerdo preventivo judicial- procuran satisfacer esos derechos a través de la recuperación del deudor en crisis. Tal como advirtió la Corte Suprema, las finalidades económico-sociales del concurso preventivo son la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo

y la satisfacción de los derechos crediticios (Fallos: 327:1002, “Florio y Compañía I.C.S.A.”; 330:834, “Arcángel Maggio”; 340:1663, “Oil Combustibles”; entre otros).

En gran medida, las disposiciones que regulan el concurso preventivo están estructuradas a fin de alcanzar la conservación de la empresa. Con ese objeto, la ley permite que el concursado mantenga la administración de su patrimonio, bajo el control del síndico y del juez (art. 15, ley 24.522). Además, prohíbe suspender la prestación de servicios públicos al deudor (art. 19) y dictar medidas cautelares contra el concursado en los procesos que no son atraídos al concurso preventivo (art. 21). Con la misma finalidad, la ley faculta al juez concursal a autorizar al deudor realizar actos que excedan la administración ordinaria cuando ello es conveniente para la continuidad (art. 16 *in fine*); y a suspender la subasta y otras medidas precautorias que impidan al concursado el desarrollo de las actividades productivas (art. 24).

De todos modos, el juez concursal puede recurrir a las demás medidas precautorias previstas en el resto del ordenamiento jurídico, donde se inserta la ley 24.522, a fin de proteger los fines del concurso (por ejemplo, arts. 195 y ss., Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación).

A su vez, cabe destacar que, durante el tiempo que insume el trámite de la solución preventiva, el patrimonio del deudor, que es la prenda común de los acreedores, no puede verse afectado por las acciones del deudor o de terceros. La preservación del patrimonio también es necesaria para asegurar la continuidad de la actividad empresarial. Para ello, el régimen concursal prevé diversas medidas que tienden a proteger la integralidad del patrimonio del deudor (por ejemplo, arts. 14, incs. 5, 7 y 12; 15; 16; 17; 20; 21; 24; 25; 38; 53; 85; ley 24.522).

En este contexto normativo, considero que, contrariamente a lo resuelto por la sentencia apelada, el juez concursal no se exorbitó de sus competencias al dictar una medida que procura asegurar que determinados fondos de la concursada sean destinados al pago de los sueldos, contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de las relaciones laborales. Se trata de una disposición que protege los fines propios del concurso preventivo: el pago de las obligaciones laborales indispensable para la conservación de la empresa y para el mantenimiento de la fuente de trabajo. A la vez, protege la integralidad del patrimonio del deudor. En su carácter de director del proceso, el juez debe proteger el objeto del proceso concursal y, en especial, los derechos implicados, más aún cuando tienen jerarquía constitucional.

En este sentido, cabe destacar, en primer lugar, que la preservación de la fuente de trabajo tiene una relación directa con el derecho al trabajo (arts. 14 bis y 75, inc. 19, Constitución Nacional; arts. 6 y 7, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 6 y 7 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que impone al Estado deberes de respeto y también la obligación de adoptar medidas positivas concretas y orientadas a su realización, como medio para asegurar condiciones de vida digna (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 18, “Derecho al trabajo”, en especial, párrs. 19 y 22; Fallos: 336:672, “Asociación de Trabajadores del Estado”, considerando 10°). Esta función protectoria comprende también el derecho a la retribución justa (art. 14 bis, Constitución Nacional e instrumentos internacionales cit., Convenios OIT 95 y 173 y Recomendación OIT 180; Fallos: 327:3677, “Vizzotti”; 327:3753, “Aquino”; 332:2043, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”; 333:2306, “Álvarez” y sus citas). Ello ha sido destacado por la Corte Suprema en el ámbito de los procesos de insolvencia (Fallos: 336:908, “Clínica Marini”).

Ante la crisis económica y financiera de una empresa es mayor la necesidad de proteger el empleo y el salario de los trabajadores. Este objetivo de interés social está específicamente contemplado en la ley 24.522. De hecho, las reformas introducidas por la ley 26.684 no solo acentuaron significativamente la protección de los derechos individuales de los trabajadores afectados por la insolvencia (arts. 14, incs. 10 y 13, y 19 *in fine*, entre otros), sino que además incrementaron la tutela del derecho al trabajo (en especial, arts. 48, 48 bis, 189 y 203).

En segundo lugar, la preservación de la continuidad de la empresa, que brinda servicios de comunicación audiovisual, adquiere mayor trascendencia si se repara en que la medida dispuesta por el juez de primera instancia contribuye además a garantizar la libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva (arts. 14 y 32, Constitución Nacional y art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En ese sentido, al ponderar la razonabilidad de la tutela adoptada en el *sub lite* cabe tener en cuenta que los medios de comunicación desarrollan “una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones” (art. 2, ley 26.522). La importancia vital para el desarrollo y el acervo cultural de los medios de comunicación también fue plasmada en el artículo 1 de la Ley 25.750

de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales.

Tal como recordó la Corte Suprema en el caso registrado en Fallos: 336:1774, “Grupo Clarin SA”, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su faz individual, “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 31). En su faz colectiva, comprende el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (ob. cit., párr. 30).

En ese caso, la Corte Suprema destacó que la libertad de expresión en su faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención en este ámbito se intensifica con el propósito de robustecer el debate público (en especial, considerandos 24° y 25°). En este sentido, ciertas situaciones exigen al Estado -lo que comprende al Poder Judicial- intervenir en el marco de la ley en resguardo del adecuado funcionamiento de los medios de comunicación. Esta pauta fue expresamente recogida por la Ley 25.750 de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales, que contiene un tratamiento diferenciado a favor de los medios de comunicación que se encuentran en estado de insolvencia y que no han logrado un acuerdo preventivo (art. 5).

En suma, el juez concursal, en aras de preservar los fines del concurso preventivo, y de cumplir los mandatos constitucionales referidos, adoptó una medida de protección razonable para garantizar la continuidad de la empresa concursada. Además, estableció recaudos procedimentales suficientes -deberes de información a cargo de la concursada y de control a cargo del síndico y del juez- para preservar el cumplimiento de ese propósito.

Contrariamente a lo entendido por la decisión recurrida, la medida no tiene por objeto impedir que los acreedores posconcursoales persigan el cobro de sus créditos. De hecho, más allá de la restricción parcial que establece, no impide que la AFIP ni los restantes acreedores cobren sus deudas nacidas con posterioridad al concurso preventivo de los restantes activos de la concursada.

Incluso, la medida también protege los intereses por lo que vela la AFIP al asegurar el pago de las contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de las relaciones laborales. No puede obviarse

aquí que todo proceso colectivo implica una postergación de intereses individuales en aras de alcanzar la mejor solución colectiva, y que ninguna instancia estatal puede desatender los deberes constitucionales relativos a la protección del trabajo y de la prensa.

En conclusión, la sentencia apelada realizó una interpretación de las normas concursales que no es una derivación razonada del régimen de la ley 24.522 y que no se ajusta a la comprensión constitucional de los derechos fundamentales en juego.

-VI-

Por los motivos expuestos y los planteados por la fiscal general, mantengo el recurso y solicito que se revoque la decisión apelada y vuelva al tribunal de origen a sus efectos. Buenos Aires, 15 de noviembre de 2019. *Víctor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los Autos: “Telepiu S.A. s/ incidente art. 250”.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios concedidos a fs. 245/253 y el interpuesto por la señora Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, cuya denegación originó la presentación directa, resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se los desestima. Notifíquese y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de primera instancia que había ordenado al Banco de la Ciudad de Buenos Aires que procediese a la apertura de una cuenta bancaria a nombre de la concursada, con carácter inembargable, a fin de que se depositasen en ella exclusivamente las sumas correspondientes a sueldos, contribuciones, cargas sociales y todo impuesto derivado de las relaciones laborales de la empresa concursada (Telepiu S.A.).

2º) Que contra dicho pronunciamiento la Fiscal General ante la Cámara Comercial dedujo un recurso extraordinario en el que plantea, en síntesis, que la alzada no tuvo en cuenta la finalidad de las normas concursales y omitió verificar la compatibilidad de la interpretación efectuada con las disposiciones de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que establecen una protección especial a favor de los trabajadores.

La denegación de dicho recurso dio lugar a una presentación directa (causa COM 27089/2017/14/1/RH1).

El Sindicato Argentino de Televisión, Telecomunicaciones, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos (SATTSAID), un grupo de trabajadores y delegados gremiales de la concursada, y Telepiu S.A. también dedujeron contra el fallo de la cámara sendos recursos extraordinarios.

Estos últimos fueron concedidos exclusivamente para el tratamiento de los agravios alusivos a la interpretación y aplicación del Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo (sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador) y de la Recomendación 180 que lo acompaña.

3º) Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador Fiscal en la causa COM 27089/2017/14/1/RH1, a cuyos términos se remite en lo pertinente en razón de brevedad.

4°) Que tales consideraciones llevan a descalificar la sentencia apelada porque realizó una interpretación de las normas concursales que no es una derivación razonada del régimen de la ley 24.522 y que no se ajusta a la comprensión constitucional de los derechos fundamentales en juego.

En consecuencia, es innecesario que el Tribunal aborde el tratamiento de las restantes cuestiones planteadas por los demás recurrentes.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recursos extraordinarios interpuestos por **Natalia Andrea Villegas, Alexis Nicolás Szewczyk, Ricardo Julián Jerez, Danilo Mario Hernán Doglioli**, por derecho propio, en su calidad de delegados y trabajadores de la concursada, con el patrocinio letrado de las Dras. **Marcela Beatriz Leiva y Alejandra Noelia Nicolini**; por el **Sindicato Argentino de Televisión, Telecomunicaciones, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos (SATTSAID)** y **Gerardo Antonio González**, en su carácter de **Secretario de Relaciones Internacionales** de dicha entidad gremial e integrante del **Comité de Vigilancia** en el presente concurso, con el patrocinio letrado de la Dra. **Alejandra Noelia Nicolini** y representados por la Dra. **Marcela Beatriz Leiva**; y por **Telepiu S.A.**, representada por el Dr. **Eduardo M. Favier Dubois**.

Traslados contestados por la Dra. **Gabriela Fernanda Boquín**, en su carácter de **Fiscal General** ante la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial**; por el **Sindicato Argentino de Televisión, Telecomunicaciones, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos (SATTSAID)**, representado por la Dra. **Marcela Beatriz Leiva**; por **Telepiu S.A.**, representada por el Dr. **Eduardo M. Favier Dubois**; por **Franco Brindisi**, por la **sindicatura concursal**, con el patrocinio letrado del Dr. **Alejandro G. Sanz**; y por la **Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)**, representada por la Dra. **Carolina Inés Lacaze**.

Recurso de queja interpuesto por la Dra. **Gabriela Fernanda Boquín**, en su carácter de **Fiscal General** ante la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 5.**

NEMEC, CARLOS GUILLERMO S/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que rechazó el recurso interpuesto por el imputado contra la decisión que lo condenó a la pena de un año de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina por cinco años, al considerárselo autor del delito de homicidio imprudente, pues la cámara de casación omitió valorar la prueba y los argumentos de índole científica y lógica que fueron desarrollados durante el juicio para poner en crisis lo afirmado en el informe de los forenses sobre la causa de muerte de la damnificada.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que rechazó el recurso interpuesto por el imputado contra la decisión que lo condenó a la pena de un año de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina por cinco años, al considerárselo autor del delito de homicidio imprudente, pues la Cámara omitió el análisis de argumentos referidos a una cuestión decisiva para la solución del caso - contradicciones en el informe forense sobre la causa de la muerte-, los cuales no tuvieron más respuesta por parte de aquel tribunal que el altísimo valor incriminatorio asignado a dicho informe, sin explicar con base en qué fundamentos se llegó a esta convicción, ni por qué cabía desechar la hipótesis de la defensa acerca de la causa de muerte, también sostenida en el voto en disidencia emitido en la sentencia de condena.

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

RECURSO DE CASACION

No satisface -más allá de la inteligencia que quepa asignar a la ley 10.317 de la Provincia de Entre Ríos que regula el recurso- el estándar constitucional de los precedentes “Strada” (Fallos: 308:490) y “Di Mascio” “ (Fallos: 311:2478) la decisión de la cámara de casación que omitió por completo el análisis del agravio referido a la imputación objetiva del resultado, en particular a la causa de muerte de la damnificada y a la

evolución de su estado de salud con posterioridad a la intervención quirúrgica y su internación en la unidad de terapia intensiva.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara de Casación de Paraná, provincia de Entre Ríos, rechazó el recurso interpuesto por Carlos Guillermo N contra la sentencia del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualaguaychú, mediante la cual, por mayoría, se lo condenó a la pena de un año de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina por cinco años, al considerárselo autor del delito de homicidio imprudente (fs. 114/128).

El tribunal de juicio tuvo por probado que N en su calidad de médico cirujano, omitió realizar las prácticas debidas para salvaguardar el estado de salud de Andrea S quien falleció el 2 de febrero de 2016 en un sanatorio de Gualaguaychú, en el que había sido internada el 24 de enero, dado que sufría dolores abdominales intensos. Se afirmó que la damnificada, durante la noche del 26 de enero, comenzó a presentar un cuadro de salud que requería una urgente intervención quirúrgica dirigida a verificar la existencia de una apendicitis aguda o perforación del apéndice, tal como la que padeció, pues, de confirmarse ese diagnóstico, había que adoptar las medidas terapéuticas necesarias para evitar la evolución de esa patología. N habría tomado conocimiento de esa situación en los primeros veinte minutos del día 27 de enero, a raíz de mensajes escritos y un llamado dirigidos a su teléfono celular por dos colegas suyos del sanatorio, pero recién intervino quirúrgicamente a S a las 7.30, aproximadamente, del mismo día, de modo tal que ya no habría podido impedir la sepsis generalizada que le causara el fallecimiento (fs. 24/80 vta.).

Contra lo resuelto por la cámara de casación, la defensa del condenado interpuso recurso de impugnación extraordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (fs. 131/150 vta.), cuyo rechazo (fs. 255/260 vta.) fue apelado mediante recurso federal (fs. 264/285 vta.)

La parte sostiene que la decisión del *a quo* es arbitraria en tanto replica el supuesto vicio que también advierte en la resolución dictada por la cámara de casación, es decir, la omisión de valorar prueba y argumentos conducentes para la adecuada solución del caso. En particular, afirma que ambos fallos se limitan a considerar lo que habría ocurrido antes de la intervención quirúrgica que el condenado le realizó a la damnificada, sin tener en cuenta la prueba referida a su evolución posterior y a la causa de su muerte, que no habría sido -según los recurrentes- una sepsis generalizada, como se afirma en la condena, sino una hemorragia subaracnoidea, provocada por la rotura de un aneurisma (ACV), que no es atribuible a la conducta de Ne A ese respecto, recuerdan las declaraciones de dos médicos que habrían atendido a Sc en el sanatorio y de otros dos que fueron convocados al debate como peritos no oficiales, así como las constancias de la historia clínica, de la autopsia y del informe anatomopatológico. Con base en este informe y lo declarado por su autor, el anatomopatólogo Luis Santos S la defensa cuestiona incluso las conclusiones de los galenos del Cuerpo Médico Forense de la provincia de Entre Ríos que realizaron la autopsia, pues ellos habrían afirmado que encontraron órganos cuyo estado les hacía sospechar un cuadro de sepsis o shock séptico, pero de aquel informe, según la parte, no surgiría el cuadro invocado (fs. 279 vta./282).

Por otro lado, los recurrentes también descartan que la damnificada haya muerto a causa de una coagulación intravascular diseminada, como se habría sostenido en la condena. Ponderan a ese respecto la declaración de otro perito no oficial y de dos médicos que atendieron a S durante su internación, quienes habrían coincidido en cuanto a que no había elementos para sostener que hubiera sufrido aquella patología luego de su intervención quirúrgica. También señalan que uno de los médicos que realizó la autopsia habría reconocido que no puede concluirse que hubo coagulopatía con recuento de plaquetas normales, y que, según surgiría de la historia clínica, la damnificada habría presentado un valor de plaquetas por encima de los normales antes de su fallecimiento. Por último, añaden que el médico S habría dicho en el juicio que no halló ninguno de los elementos anatomopatológicos que revelarían una coagulación intravascular diseminada, y que la biopsia que realizó ese mismo médico confirma que no había signos de peritonitis -sepsis- al momento del deceso (fs. 282/285).

En conclusión, sostienen que S, tras la intervención quirúrgica que le practicó el acusado, habría superado y revertido el cuadro séptico que padecía, por lo que la causa de su muerte no habría sido la indicada en la sentencia de condena. Sin embargo, esa sentencia y las reso-

luciones que la confirmaron se habrían basado en un análisis parcial de las constancias de la causa, en tanto no habrían tenido en cuenta los elementos de prueba mencionados ni los argumentos oportunamente introducidos por la defensa, por lo que cabría descalificarlas como actos jurisdiccionales válidos (fs. 278 vta./279).

Tal recurso federal fue declarado admisible por la mayoría del *a quo* a fojas 319/323.

-II-

Como surge de lo expuesto (cf. supra, punto I), el planteo de la defensa remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba, por regla ajenas a la instancia extraordinaria (Fallos: 319:103; 323:2166 y 327:5857, entre otros), más aún cuando la tacha de arbitrariedad resulta de interpretación particularmente restrictiva en casos como el *sub judice*, en los cuales la decisión recurrida proviene de un superior tribunal de provincia a raíz de la interposición de un recurso extraordinario de orden local (Fallos: 330:4489 y 332:1616, entre otros).

Sin embargo, dado que los recurrentes afirman que el *a quo* habría omitido pronunciarse sobre aquellas cuestiones, corresponde examinar si le asiste razón en su reclamo, pues cabe hacer excepción a la regla citada cuando la decisión impugnada se funda en una consideración parcial y aislada de la prueba, cuyo análisis integral resulta indispensable para salvaguardar el derecho que la parte entiende conculcado (Fallos: 320:1512).

En consecuencia, y al solo efecto de discernir si los planteos introducidos van más allá de una mera discrepancia en la valoración de la prueba y alcanzan a demostrar la existencia de vicios que afecten la validez de lo resuelto como acto jurisdiccional, aprecio que es necesario verificar las razones que motivaron la condena y las invocadas por el *a quo* al desestimar la impugnación extraordinaria local por juzgar ajustado a derecho el fallo de la cámara de casación. Empero, ello se circunscribirá a los fundamentos sobre la causa de la muerte de la damnificada y su vinculación con la conducta del condenado pues, como surge de lo dicho (cf. supra, punto I), el planteo introducido ante V.E. por la defensa se refiere sólo a esa cuestión, sin discutirse en esta instancia la generación de un riesgo no permitido para la vida de S como se sostuvo en la decisión aquí impugnada y en las precedentes, al no habérsela intervenido quirúrgicamente en la madrugada del 27 de enero de 2016, cuando N fue informado por sus colegas sobre las condiciones de salud de aquélla.

-III-

A tal fin, los antecedentes del caso imponen hacer referencia a la sentencia de mérito que -por mayoría- condenó al nombrado, y lo reuelto en la instancia casatoria. El punto decisivo que motivó la disidencia en el tribunal de juicio fue, precisamente, el que se abordará aquí, según lo expuesto en el párrafo anterior.

No fue una circunstancia controvertida entre los jueces de aquel tribunal que, durante la intervención quirúrgica que se le practicó a la damnificada, pudo comprobarse que presentaba un cuadro séptico a punto de partida de una peritonitis apendicular, con disfunción renal y coagulograma alterado. La disidencia de opiniones estribó en la evolución posterior de la paciente, tras la finalización de tal intervención y su internación en la unidad de terapia intensiva del sanatorio, donde falleciera cinco días después a causa de un edema agudo de pulmón.

En efecto, según la mayoría, la damnificada ingresó a terapia intensiva con un cuadro similar al verificado durante la intervención quirúrgica, con serios problemas de coagulación sanguínea -coagulopatía- que nunca pudieron ser superados y que determinaron la hemorragia subaracnoidea y múltiples sangrados constatados en la paciente que, finalmente, produjeron aquel edema identificado como la causa última de su muerte. Por el contrario, la vocal que votó en disidencia descartó que el desenlace fatal hubiera ocurrido tal como lo describieron sus colegas. Señaló que la damnificada ya habría presentado una leve mejoría al ingresar a terapia intensiva, pero que el 30 de enero, tres días después de su intervención, aquella mejoría habría resultado sumamente relevante, ya que los parámetros clínicos y de laboratorio de la paciente eran normales, es decir, excluían un cuadro séptico, lo que permitió que se le quitara el respirador artificial y se le dejara de suministrar medicación vasoactiva. Lamentablemente, según la misma vocal, la damnificada habría muerto el 2 de febrero a causa de una hemorragia subaracnoidea abrupta y sin sintomatología previa que produjo el ya mencionado edema pulmonar (cf. 50 vta./65 y 71/76 vta.).

Las conclusiones sostenidas en ambos votos se basan en un análisis riguroso de la historia clínica y los informes periciales elaborados con posterioridad al fallecimiento de S así como en las declaraciones de los diversos médicos que atendieron a la damnificada durante su internación, y en las de quienes fueron convocados al debate como peritos. Ciertas diferencias de opinión entre esos médicos, en particular entre los forenses que realizaron la autopsia y los demás, acer-

ca de cuestiones técnicas de acentuada complejidad, impidieron a los magistrados del tribunal de juicio alcanzar una decisión unánime (cf. *ibídem*).

Al interponer su recurso de casación, la defensa planteó, como uno de los motivos de agravio, que la mayoría de ese tribunal había realizado una apreciación equivocada de tales cuestiones médicas, debida a una valoración sesgada y antojadiza de la prueba producida, y señaló que en el voto disidente se había logrado una reconstrucción de lo ocurrido que abarcaba la totalidad de aquella prueba. Se advierte incluso una evidente analogía entre los argumentos desarrollados en tal recurso y en el voto aludido sobre el punto en cuestión (cf., en particular, fs. 94/104 vta. y 71/76). Por ello, la parte le pidió a la cámara de casación que revisara los fundamentos brindados en la sentencia de condena para afirmar cuál había sido la causa del fallecimiento de la damnificada y su vinculación con la conducta del imputado (fs. 84/106).

Sin embargo, la cámara de casación sólo dedicó un párrafo para responder tal agravio, el cual, como se ha dicho, se refiere a una cuestión muy delicada, dada la amplia discusión suscitada a su respecto en el debate sobre temas complejos de la ciencia médica, que aparece como decisiva para la adecuada solución del caso. En concreto, la cámara se limitó a afirmar que el primer informe posterior a la autopsia, ambos realizados por los doctores Molteni y Moyano, galenos del Departamento Médico Forense provincial, adquiere un “altísimo valor incriminatorio” y que, pese a la discusión que hubo en el debate sobre las conclusiones allí vertidas, no lograron ser invalidadas ni desmerecidas. En tal informe -señala la cámara- se establece que la causa de muerte de la damnificada fue un “shock séptico a punto de partida de su infección apendicular”; a lo que añadió que tal conclusión se basó, por un lado, en el informe de laboratorio de histo y citopatología general, elaborado por el doctor Britos, del que surgiría que la pieza extraída a S durante su intervención quirúrgica presentaba una “apendicitis aguda con periapendicitis”, y, por otro lado, en el informe anatomopatológico, realizado en el Instituto de Medicina Forense del Poder Judicial de Córdoba por el doctor Spitale, quien habría descartado la evidencia de aneurisma o infiltración hemática en los tejidos cerebrales, cerebelo y base del cerebro (fs. 121 vta./122).

Al resolver de ese modo, según lo aprecio, la cámara de casación ha omitido valorar la prueba y los argumentos de índole científica y lógica que fueron desarrollados durante el juicio para poner en crisis lo afirmado en el informe de los forenses sobre la causa de muerte de la damnificada.

En efecto, por un lado, aun en el voto emitido por la mayoría en la sentencia de condena se afirma que el perito Molteni incurrió en diversas contradicciones, lo que se advierte fácilmente al comparar lo manifestado en sus informes y lo que declaró en el debate. Incluso se considera que careció de seriedad al responder que “se podría haber equivocado de cadáver” cuando la defensa puso en evidencia tales contradicciones durante el juicio y el testigo ya no supo qué decir. En conclusión, en el voto de la mayoría se optó por no valorar las declaraciones de ese perito ante su falta de credibilidad (fs. 64 y vta.).

Las contradicciones aludidas son explicadas detalladamente en el voto en disidencia. En particular, se señala allí que los peritos Molteni y Moyano elaboraron un primer informe el 12 de febrero de 2016 y otro el 8 de abril del mismo año, en cuya conclusión se apoya la cámara de casación para confirmar la condena. En este segundo informe –como surge de aquel voto– los médicos admiten que en el anterior habían indicado que durante la autopsia observaron signos de una hemorragia subaracnoidea encefálica e infiltrado hemático en región anterior del polígono de Willis (recuérdese que, según la tesis de la defensa, tal hemorragia, que no sería atribuible a la conducta de N fue la que produjo el edema pulmonar que desencadenó el resultado fatal), pero que esa observación resultaba contradictoria con lo informado por el doctor Spitale, a cargo del Instituto de Medicina Forense del Poder Judicial de Córdoba, lo que podía deberse –según los forenses– a la congestión y reblandecimiento por autólisis de la masa encefálica. Tras lo cual, Molteni y Moyano afirmaron que la muerte de la damnificada se produjo por shock séptico a punto de partida de su infección apendicular. Sin embargo, consultado durante el debate el doctor Spitale acerca de aquella supuesta contradicción entre lo señalado por los forenses en su primer informe y el elaborado por él, respondió que de éste no surge –ni lo quiso transmitir– que la damnificada hubiera padecido sepsis (fs. 34). A lo que los recurrentes añadieron que el doctor Spitale también dijo que no podía descartar que hubiera ocurrido aquella hemorragia, sino que, en rigor, su afirmación se basó en el material que los forenses le habían enviado para analizar. Y aclaró el anatomopatólogo que ese material fue, por un lado, “un fragmento de cerebro de 5x3x2”, y bien habría podido ocurrir que en el encéfalo, que él no pudo analizar, hubiera lesiones que demostraran aquella hemorragia. Tampoco el polígono de Willis se le remitió de forma completa, según dijo Spitale, “como para poder reconocer o investigarlo”. En suma, la defensa planteó ante la casación que los forenses Molteni y Moyano no le enviaron a Spitale

el material idóneo para la detección de la patología que, según esa parte, fue la causa de la muerte de la damnificada (fs. 103 vta./104).

En el citado voto en disidencia se aclara que, lamentablemente, los forenses ni siquiera conservaron las piezas de material fresco que habrían permitido una nueva autopsia. Y al declarar en el debate, como se afirma en el mismo voto, el médico Moyano dijo que, en su opinión, la autopsia que realizó junto a su colega Molteni no era necesaria, porque “la historia clínica dice todo”. Reconoció que el fiscal le manifestó que la autopsia la hicieran “con los aportes” de la historia clínica, y que él y Molteni tenían entonces que “ver si había concordancia con la historia clínica y tratar de llegar a un diagnóstico”, por lo que no consideró necesario “hacer una autopsia completa del corazón, tiroides, sistema nervioso central, cerebelo y tronco encefálico, de vías aéreas para conocer el estado de la lengua... bronquios... corazón... porque la patología no era esa... la patología la explica perfectamente la historia clínica”. A lo que el doctor Molteni agregó que no estudiaron el cadáver, porque la causa de muerte “ya estaba dada en la historia clínica” (fs. 34 vta.).

Entre las contradicciones en las que los forenses incurrieron en el debate, se señala que el doctor Moyano dijo que no habían visto ninguna anomalía en la configuración interna del corazón, tal como surgía de la fotografía agregada como prueba, tras lo cual debió admitir que tal fotografía no existía (recuérdese, a este respecto, que Moyano también admitió que no habían realizado una “autopsia completa del corazón”). Y su colega Molteni fue incluso más allá al declarar que habían “abierto” el corazón y presentaba “coágulos cruóricos”; que no encontraron alteraciones macroscópicas; que habían abierto también la arteria pulmonar; que no encontraron trombos; y que habían tomado fotografías, tras lo cual, al advertírsele que esas fotografías no existían, terminó reconociendo que, en verdad, no habían analizado el corazón (fs. 35 vta.).

Luego, el doctor Molteni declaró -como surge nuevamente del voto disidente citado- que él y Moyano encontraron órganos que los hacían sospechar que había habido un cuadro de sepsis o de shock séptico, pero que esa sospecha, basada en lo que ellos vieron macroscópicamente, debía confrontarse con el informe del anatomopatólogo pues, a su entender, ese informe es “soberano”. Y precisamente de tal informe, como lo aclaró su autor, el doctor Spitale, surge que los órganos examinados no estaban afectados de shock séptico (fs. 73 vta.).

Tales consideraciones, desarrolladas en el voto en disidencia de la sentencia de condena, fueron replicadas por la defensa en su recurso de casación (fs. 96/101), pese a lo cual, como se ha dicho, tuvieron como

toda respuesta que la conclusión de Molteni y Moyano sobre la causa de muerte de la damnificada adquiría un “altísimo valor incriminatorio”, sin ponderarse en absoluto, al efectuarse esa apreciación, que las declaraciones de Molteni ni siquiera fueron tenidas en cuenta en el voto mayoritario de la sentencia de condena por su falta de seriedad y credibilidad, y que tanto el informe del anatomopatólogo Spitale, como lo dicho por él al declarar como testigo, controvierten de manera crítica aquella conclusión.

Por otro lado, la cámara de casación también señaló que la afirmación de los forenses sobre la causa de muerte de la damnificada se basó en el informe de laboratorio del que surge que presentaba una “apendicitis aguda con periapendicitis”, pero ello ni siquiera fue discutido por la defensa en su recurso contra la condena, sino que esta parte había sostenido, en rigor, que la causa del fallecimiento fue independiente de esa patología, y que era necesario analizar sobre todo la evolución clínica de la paciente a partir del 30 de enero de 2016, pues sería desde esta fecha que se desencadenaron los sucesos determinantes para el resultado (fs. 101 vta./104 vta.).

La misma tesis, como se ha dicho, fue sostenida en el voto en disidencia de la sentencia de condena (cf. fs. 74/76 vta.). Sin embargo, la cámara de casación no dedicó ni siquiera una línea de su argumentación para explicar por qué cabía descartarla, ni cuál fue la evolución de la paciente con posterioridad a la fecha señalada (recuérdese que falleció el 2 de febrero de 2016 en la unidad de terapia intensiva del sanatorio donde fuera intervenida, tras permanecer alojada en esa unidad desde el 27 de enero). A fin de comprender la relevancia de esta omisión, cabe repasar los fundamentos brindados en aquel voto y en el recurso de casación para sostener que S falleció a causa de una hemorragia subaracnoidea que resultaría independiente, como se ha dicho, de la patología que se señaló en la condena como el factor determinante del mismo resultado.

-IV-

En primer lugar, es importante señalar que no se discutió en la causa que N actuó correctamente durante la intervención quirúrgica que le practicó a la damnificada. En efecto, como surge de lo dicho (cf. supra, punto I), no se le reprochó haberla operado mal, sino haberla operado tarde.

Tras esa intervención, S fue alojada en la unidad de terapia intensiva del sanatorio, donde permaneció hasta su fallecimiento. En el

voto de la mayoría, se considera de suma importancia lo manifestado en la historia clínica por los médicos que la atendieron a partir de aquel momento, sobre todo al sostenerse que la damnificada nunca logró superar el cuadro séptico que la aquejaba, a pesar de aquella intervención, y que ello le produjo una coagulación intravascular diseminada que le terminó causando el edema pulmonar decisivo para su muerte (cf. fs. 50 vta./61).

Sin embargo, como surge del mismo voto mayoritario, tales médicos que atendieron a la damnificada durante su permanencia en la unidad de terapia intensiva nunca afirmaron en la historia clínica que la paciente presentara una coagulación intravascular diseminada, sino que, en rigor, señalaron que presumían la existencia de esa patología o que advertían una alta presunción al respecto a raíz de ciertos síntomas que observaban (cf. fs. 52 y 56 vta.).

Sobre el particular, en el voto minoritario de la misma sentencia se recuerda que, al ser interrogados en el debate, aquellos mismos médicos confirmaron que sólo expresaron una opinión, basada en su interpretación o presunción frente a los síntomas de la víctima, al dejar sentado en su historia clínica que habría presentado una coagulación intravascular diseminada. Uno de ellos, el doctor Geuna, aclaró incluso que una cosa es lo que ellos pudieron interpretar en ese momento, y otra distinta es lo que diga la autopsia, según surge del mismo voto (fs. 71).

Pues bien, el voto de la mayoría se basa, como se ha dicho, en lo afirmado en el informe sobre la autopsia y lo dicho en el debate, en el mismo sentido, por el forense Moyano, ya que se descartó lo declarado por el coautor de tal informe –el médico Molteni– por las graves contradicciones en las que incurrió, las cuales llevaron a considerarlo un testigo falto de seriedad y credibilidad, como se ha señalado previamente (cf. supra, punto III).

En tal voto se recuerda que Moyano, previo a afirmar que la causa de muerte de la damnificada fue una sepsis generalizada, declaró que él y Molteni habían visto, al realizar la autopsia, órganos congestionados, lo que sería parte de la sepsis, y que esto habría sido confirmado –en opinión del forense– por el informe anatomopatológico, por lo que cabía concluir que hubo una vasocongestión difundida (fs. 59 vta.).

Sin embargo, como se ha dicho (cf. supra, punto III), el especialista que realizó el informe anatomopatológico negó que de éste surgiera la existencia de una sepsis, es decir, exactamente lo contrario a lo declarado por Moyano.

A lo que se debe añadir que el mismo especialista, el médico Spitalé, también declaró en el debate, tras ser interrogado por la defensa, que no había advertido ninguno de los síntomas que se asocian científicamente a una coagulación intravascular diseminada, según surge del voto en minoría emitido en la sentencia de condena (fs. 74 vta./75).

Tal apreciación del testigo, según se señala en el mismo voto, habría sido corroborada por el neurocirujano Julio Eduardo Fernán Vega, cuya declaración no fue cuestionada. En efecto, Vega habría dicho -según surge del voto citado- que las imágenes del cerebro que él había analizado no se corresponden con las de un paciente que padece de coagulación intravascular diseminada (fs. 74 vta.).

A ello se suma que, según los resultados de los estudios que se le realizaron a la damnificada el 30 de enero, ella presentaba un número de plaquetas dentro de los parámetros de la normalidad, lo que sería totalmente incompatible con la supuesta hemorragia que habría estado padeciendo en ese momento. En su recurso de casación, la defensa alegó al respecto, sin que ello mereciera la más mínima consideración por parte de la cámara, que el médico Héctor Javier Geuna, jefe de la unidad de terapia intensiva donde fuera alojada la víctima desde su intervención quirúrgica hasta su muerte, declaró que efectivamente el 30 de enero aquella tenía un valor normal de plaquetas, y que ese valor se alteró recién con posterioridad a su paro cardiorespiratorio, que se produjo al día siguiente. En similar sentido, en aquella ocasión habría añadido que incluso el forense Moyano admitió durante el juicio que si el número de plaquetas es normal, no podría haber coagulopatía (fs. 100 y vta.).

Ese mismo 30 de enero, según se afirma en el voto en disidencia de la sentencia de condena, la damnificada tuvo una evidente mejoría en su estado de salud.

En particular, se recuerda lo asentado al respecto por el doctor Geuna en la historia clínica, y su declaración durante el debate, tanto como lo afirmado en el parte de enfermería y en los resultados de los estudios de laboratorio. De todo ello surgiría que los parámetros vitales de S eran normales (tensión arterial, respiración, hígado y riñones), y que ya no necesitaba medicación vasoactiva ni asistencia mecánica para respirar correctamente (fs. 72 y vta.).

El testigo Antonio José Maya, médico cirujano, declaró en el debate, sin ser cuestionado, que tal evolución de la paciente es inconsistente con un cuadro de shock séptico, en particular al tener en cuenta la presión arterial que presentaba en aquel momento, los

resultados de los estudios de laboratorio y la circunstancia de que se encontraba sin sostén vital. En el mismo sentido también habría declarado el médico Santiago Ramón Alcántara, quien habría atendido a la damnificada durante su internación en la unidad de terapia intensiva (fs. 72 vta./73 vta.).

Aquellos parámetros normales del estado de salud de la paciente habrían sufrido una alteración irreversible, según se sostiene en el voto en minoría de la sentencia de condena y en el recurso de casación interpuesto contra ésta (fs. 75/76 vta. y 96/104 vta.), a partir del paro cardíaco que habría sufrido en la mañana del 31 de enero.

A ese respecto, cabe recordar que el médico Geuna declaró que la nombrada tenía parámetros de estabilidad y “de golpe”, a partir de un paro cardiorespiratorio con reanimación prolongada, “se desbarranca todo su organismo...” (fs. 75).

En el mismo sentido, el enfermero Carlos Bagaglia dijo que la damnificada tenía una franca mejoría y que nunca quedó claro por qué “hizo el paro”, ya que hasta una hora antes se encontraba estable, sin síntomas que permitieran predecir lo que ocurrió (ibídem).

Acerca de la supuesta causa de ese paro cardiorespiratorio, la vocal en minoría señaló que el cirujano Marcelo Federico Matteuci, quien también atendió a la damnificada durante su internación, dijo que se le realizó una tomografía computada de cerebro y se detectó una hemorragia subaracnoidea con un grado tres de Fisher; que las hemorragias de esa índole, en la mayoría de los casos, son causadas por la rotura de un aneurisma; que ello ocurre de manera abrupta e inesperada; y que tal grado de la escala de Fisher puede ser causa de muerte o provocar consecuencias como, entre otras, el edema de pulmón y una disfunción de todos los órganos del cuerpo. A lo que el testigo añadió que para constatar si hubo una rotura de aneurisma resultaba necesario realizar estudios como angiografías o autopsia (fs. 75 y vta.). Entonces, cabe recordar nuevamente que el anatomopatólogo Spitale no pudo afirmar si se produjo o no tal rotura de aneurisma debido a que los forenses Molteni y Moyano no le enviaron el material necesario para el análisis correspondiente, ni lo habrían conservado de la forma debida para permitir la realización de una nueva autopsia (cf. supra, punto III).

La magistrada, asimismo, valoró que el médico Vega coincidió con su colega Matteuci, aunque afirmó que una afectación con un grado tres de Fisher tiene una posibilidad de muerte “casi certera”, y la recuperación, por el contrario, es “casi imposible” (fs. 75 vta./76).

Resta indicar que en el voto de la mayoría emitido en la sentencia de condena no se negó que la damnificada hubiera sufrido una hemorragia subaracnoidea, sino que se sostuvo que esa patología fue producto de la sepsis y de la coagulación intravascular diseminada (cf. fs. 52, 54 vta. y *passim*), las cuales, por el contrario, se descartaron tanto en el voto en disidencia de la misma sentencia como en el recurso de casación, con base en los argumentos previamente expuestos de forma abreviada.

-V-

El análisis de esos argumentos, los cuales, como surge de lo dicho, se refieren a una cuestión decisiva para la solución del caso, fue omitido por la cámara de casación. En efecto, como se ha señalado (cf. supra, punto III), ellos no tuvieron más respuesta por parte de aquel tribunal que el “altísimo valor incriminatorio” asignado al informe de los forenses Molteni y Moyano, cuyas conclusiones -según los jueces- no fueron invalidadas ni desmerecidas, sin explicar con base en qué fundamentos se llegó a esta convicción, ni por qué cabía desechar la hipótesis de la defensa acerca de la causa de muerte de S también sostenida en el voto en disidencia emitido en la sentencia de condena.

En síntesis, a mi modo de ver, acierta la parte al tachar de arbitraria esa decisión, en la medida en que ha omitido analizar agravios conducentes para la correcta resolución del asunto (Fallos: 303:386; 306:1395; 307:1875; 311:512; 326:3734; 330:4983, entre muchos otros), lo que implicó, en definitiva, que no se cumpliera con la revisión integral y exhaustiva del fallo condenatorio en los términos establecidos en el precedente publicado en Fallos: 328:3399, que también tiene vigencia en el ámbito local (cf. voto de los doctores Petracchi, Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 29).

Con base en ello, aprecio que debe ser descalificada igualmente la resolución mediante la cual se rechazó la impugnación extraordinaria local contra aquella decisión. En efecto, frente a la materia federal así presentada ante sus estrados, la respuesta del *a quo* en cuanto a que la cámara de casación había efectuado un estudio integral de la cuestión sometida a su consideración y que el recurrente se había limitado a expresar su disconformidad con el pronunciamiento impugnado (fs. 258/259 vta.), no satisface -más allá de la inteligencia que quepa asignar a la ley local 10.317 que regula el recurso en cuestión (cf. Fallos: 329:2614 y 3139; y 330:1234, entre otros)- el estándar constitucional de los precedentes “Strada” (Fallos: 308:490) y “Di Mascio” (Fallos: 311:2478). Así lo

entiendo pues, tal como lo señala la parte en su recurso federal, la cámara de casación omitió por completo el análisis del agravio referido a la imputación objetiva del resultado, en particular a la causa de muerte de la damnificada y a la evolución de su estado de salud con posterioridad a la intervención quirúrgica y su internación en la unidad de terapia intensiva (fs. 277/278 vta.). Esa deficiencia, como se ha expuesto, tampoco fue enmendada por el *a quo* en su pronunciamiento.

-VI-

Por todo ello, opino que V.E. debe hacer lugar al recurso extraordinario federal interpuesto y revocar la decisión impugnada para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo que garantice el derecho constitucional del condenado a la revisión integral de la sentencia, de acuerdo con los estándares establecidos en Fallos: 308:490, 311:2478 y 328:3399. Buenos Aires, 14 de julio de 2021. *Casal Eduardo Ezequiel*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Nemec, Carlos Guillermo s/ impugnación extraordinaria”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Carlos Guillermo Neme**, asistido por los **Dres. Julio A. Federik y Leopoldo L. F. Lambruschini**; actualmente representado por el **doctor Ramiro Hernán Rúa**.

Traslado contestado por **Jorge Amilcar Luciano García**, **Procurador General de la Provincia de Entre Ríos**; y por la **Dra. Rosana E. Lema Olano**, representante de la querellante.

Tribunal de origen: **Sala n° 1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Casación Penal; Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguaychú**, ambos de la **Provincia de Entre Ríos**.

ADIF SE c/ GCBA s/ EXPROPIACIÓN-SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA

EXPROPIACION INVERSA

Es arbitraria la decisión de la cámara que determinó que la indemnización expropiatoria adeudada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía expresarse en pesos argentinos, pues al decidir como lo hizo en cuanto a la moneda de pago de la indemnización -que en la instancia anterior había sido fijada en dólares estadounidenses- omitió evaluar si el importe resultante retribuye el valor económico de que se vio privado el Estado Nacional como consecuencia de la expropiación, permitiéndole, de ser posible, adquirir otro bien de similares características a las que poseía aquel inmueble al momento de la desposesión.

EXPROPIACION INVERSA

Es arbitraria la decisión de la cámara que determinó que la indemnización expropiatoria adeudada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía expresarse en pesos argentinos, pues al decidir como lo hizo en cuanto a la moneda de pago de la indemnización -que en la instancia anterior había sido fijada en dólares estadounidenses- prescindió de valorar circunstancias conducentes para la decisión del pleito, tales como que era un hecho notorio de que el valor de la propiedad inmueble en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al momento de la desposesión -y luego también- se calculaba en dólares estadounidenses

EXPROPIACION

Si bien la expropiación por causa de utilidad pública supone el ejercicio por parte del Estado de un poder jurídico que le reconoce la Constitución, el sacrificio que ese poder jurídico le impone al sujeto expropiado obliga a indemnizarlo debidamente, pues el artículo 17 de la Constitución Nacional establece la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y prohíbe la confiscación, y el artículo 16 impone la igualdad ante las cargas públicas.

EXPROPIACION

La realización de la utilidad pública no puede recaer de modo particularizado en el expropiado, sino que la juridicidad exige que ese sacrificio sea repartido y que toda la comunidad que se beneficia con el objetivo de la expropiación, indemnice a quien pierde su bien a causa del bienestar general.

EXPROPIACION

El principio de justa indemnización exige que se restituya integralmente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características.

EXPROPIACION

El valor objetivo del bien expropiado no debe sufrir disminución ni desmedro alguno, ni debe el propietario experimentar lesión en su patrimonio que no sea objeto de oportuna y cumplida reparación.

EXPROPIACION

Es arbitraria la sentencia que modificó la moneda de la indemnización por expropiación fijada en primera instancia - determinó que se pague en pesos-, pues omitió examinar si el importe resultante de esa decisión resultaba una indemnización justa, actual e íntegra del inmueble expro-

piado, en tanto cualquiera sea el método que se adopte para cuantificarla o el signo monetario que la rija, resulta claro que no puede derivar en sumas irrisorias que impidan la reposición de un bien de características similares, tal como sucede en el caso (Disidencia parcial del juez Rosatti).

EXPROPIACION

Para cumplir la exigencia constitucional de justicia, actualidad e integralidad de la indemnización pueden seguirse numerosos métodos, a condición de tener siempre presente que son meros instrumentos al servicio de la máxima de afianzar la justicia consagrada en el Preámbulo y respetar la inviolabilidad de la propiedad prevista en el art. 17 de la Constitución; así tales instrumentos no están sujetos a un criterio de verdad o falsedad sino que se validan según un parámetro de utilidad o inutilidad para mantener razonablemente inalterada la reparación debida, de modo que su aplicación evite no sólo la confiscación al expropiado, sino también su empobrecimiento o enriquecimiento sin causa (Disidencia parcial del juez Rosatti).

EXPROPIACION

La depreciación monetaria, la desactualización de las tasaciones, las fluctuaciones cambiarias y/o la excesiva dilación de los procesos expropiatorios son factores que impactan en la cuantificación de la indemnización y -por mandato constitucional- deben ser superados por los jueces (Disidencia parcial del juez Rosatti).

EXPROPIACION

El art. 17 de la Constitución Nacional establece la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y prohíbe la confiscación, constituyendo el marco jurídico que no puede ser alterado por normas infraconstitucionales (Disidencia parcial del juez Rosatti).

EXPROPIACION

La posibilidad de sujetar los derechos de propiedad a limitaciones razonables encuentra su máxima expresión en la expropiación por causa de

utilidad pública prevista en el art. 17 de la Constitución Nacional, cuyo fundamento radica en: a) el bien común o la realización del valor justicia como bien del Estado; b) el carácter relativo de la propiedad privada con función social (Disidencia parcial del juez Rosatti).

EXPROPIACION

Una vez legitimada la expropiación en la utilidad pública declarada por ley formal, para que su ejecución no caiga en el ámbito prohibido de la confiscación, la Constitución Nacional exige el inexcusable pago previo de la indemnización, que debe ser justa, actual e íntegra (Disidencia parcial del juez Rosatti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 501/509 de los autos principales (foliatura a la que me referiré. en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) modificó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, resolvió que la indemnización, que debe percibir la Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. (ADIF S.E. en adelante) ha de alcanzar la superficie total de 2.014,74 metros cuadrados y que la suma total asciende a \$ 1.007.370 por aplicación de los parámetros fijados por el Tribunal de Tasaciones de la Nación. A dicha suma se deben adicionar los intereses según la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina desde el 20 de julio de 2000 hasta su efectivo pago.

Para decidir de este modo, el tribunal señaló que en autos se da la particularidad de que la acción fue iniciada por la ADIF S.E. como administradora de los bienes ferroviarios del Estado Nacional, exigiendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que expropiara determinados predios de su dominio ubicados en jurisdicción del Gobierno de la Ciudad (barrio de Villa Urquiza), con fundamento en que la ley local 369 recategorizó esos terrenos y determinó su uso para parquización urbana, lo que les quitó valor de mercado.

En lo que aquí interesa, la cámara consideró que resultan improcedentes las quejas vertidas por la actor a con respecto al momento en que fueron valuados los predios a expropiar, pues ella misma solicitó en reiteradas ocasiones que la valuación se llevara a cabo por el Tribunal de Tasaciones de la Nación al tiempo del dictado de la ley 369, lo que así se realizó. Añadió que el criterio adoptado por la ley local 238 resulta coincidente con lo actuado, en tanto prevé como momento para establecer el valor objetivo del bien el de entrada en vigencia de la ley que lo hubiera declarado de utilidad pública (art. 9°).

Por otra parte, en lo que se refiere a la moneda de pago dispuesta en la condena, sostuvo que la sentencia de primera instancia se apartó, sin dar fundamento alguno, de los términos del dictamen emitido por el Tribunal de Tasaciones de la Nación -que realizó la valuación de los predios en pesos- y modificó la moneda al determinar el valor en dólares estadounidenses.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, la ADIF S.E. interpuso el recurso extraordinario de fs. 513/529 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, expresa que la indemnización -que es el pago por el despojo del bien- debe ser una cantidad de dinero actual, íntegra y previa, requisitos que no se cumplen en el caso, pues se ha fijado para el inmueble de cuya expropiación se trata un valor determinado en el año 2000, que no se pagó en su momento y donde el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha construido una plaza.

Sostiene que la situación se agrava si se considera que el tribunal omitió tener en cuenta las variables que conforman la base que tomó el Tribunal de Tasaciones de la Nación a los fines de fijar el valor del inmueble y pone de resalto que ello desvirtúa la indemnización reconocida configurando una violación a garantías constitucionales. Al respecto, agrega que es un hecho evidente que no necesita demostración que en la República Argentina las propiedades se cotizan en dólares estadounidenses, motivo por el cual la jueza de primera instancia expresó en la sentencia de condena el valor en dólares "o su equivalente en pesos". Por su parte, la cámara tuvo en cuenta el valor del metro cuadrado en la zona en cuestión al 1° de junio de 2000 según consta en el informe del Tribunal de Tasaciones, mas no consideró -a su entender- que en ese momento se encontraba vigente la ley de convertibilidad 23.928, por la cual un peso argentino equivalía a un dólar estadounidense.

Concluye en que se viola el derecho de propiedad, que exige el pago de una indemnización justa, al no haberse tomado el valor del metro cuadrado en dólares o su equivalente en pesos.

-III-

Ante todo, cabe recordar que V.E. tiene dicho que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el recurrente considere tales, con sustento en 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, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional. En virtud de ello, su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación, pues de lo contrario se extendería la jurisdicción de la Corte habilitándola para revisar todas las decisiones judiciales que se dicten, con menoscabo de los límites establecidos por la Constitución y las leyes (Fallos: 315:575; 326:2525).

Asimismo, V.E. ha establecido que la doctrina invocada por la apelante tampoco tiene por objeto constituir a la Corte Suprema en una tercera instancia ordinaria que sustituya a los jueces de la Causa en la decisión de las cuestiones que le son propias, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional, en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento como “la sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 324:1378).

Sobre la base de lo expresado, entiendo que el recurso interpuesto es inadmisibile, pues no se advierte un caso de arbitrariedad que justifique la intervención de la Corte en materias que, según el art. 14 de la ley 48, son ajenas a la instancia extraordinaria.

Al respecto, cabe recordar que la sentencia recurrida consideró que, a los efectos de fijar el monto de la indemnización expropiatoria, debe adoptarse la valuación del predio propuesta al 11 de mayo de 2000, es decir al momento en que fue dictada la ley local 369, que modificó la categorización de los terrenos asignando el uso para parquización urbana.

Asimismo, resolvió que aquella valuación de los metros cuadrados propiedad del Estado nacional y administrados por ADIF S.E. fue fijada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación en pesos argentinos, moneda a la que debió atenerse la decisión de primera instancia.

Habida cuenta de ello y contrariamente a lo que afirma la apelante, la cámara no omitió la equivalencia entre pesos y dólares estadouni-

denses, sino que consideró que corresponde estar a la valuación en pesos formulada por el órgano con competencia específica, lo que no parece irrazonable si se tiene en cuenta que es la moneda de curso legal en la República Argentina y que el expropiado no solicitó expresamente que el pago de la indemnización se realizara en dólares estadounidenses.

Tales argumentos no fueron debidamente rebatidos por la apelante, quien se limitó a invocar la violación de derechos constitucionales con fundamento en que las propiedades se cotizan en dólares sin perjuicio de que el Tribunal de Tasaciones deba expresar el valor en pesos y que la indemnización otorgada no se ajusta a la situación jurídica del 2000, cuando se encontraba vigente la ley 23.928 que estableció la paridad entre el peso y el dólar estadounidense, sin que esas afirmaciones alcancen a demostrar un apartamiento de las normas aplicables o una apreciación irrazonable de las circunstancias de la causa.

Ello es así, máxime cuando no puede soslayarse que, si se ordenara el pago de la indemnización en moneda extranjera, ello importaría prever una suerte de mecanismo de ajuste y equivalencia con la moneda de curso legal que resulta incompatible con normas de orden público que establecen la prohibición de toda actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, haya o no mora del deudor (v. arts. 7 y 10 de la ley 23.928, modificados por el art. 4° de la ley 25.561 y sentencia del 27 de octubre de 2015, *in re* S.338, L.XLVIII, “Servicios Portuarios S.A. c/ HIE Argener S.A. s/ indemnización de servidumbre de electroducto”, que remite al dictamen de este Ministerio Público).

-IV-

Opino, por todo lo expuesto, que la queja interpuesta es inadmisibile. Buenos Aires, 29 de noviembre de 2019. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ADIF SE c/ GCBA s/ expropiación – servidumbre administrativa”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado, sustituido luego por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIF S.E.), demandó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por expropiación inversa con relación a diversas parcelas contiguas a la vía de tren de la ex Línea Mitre, ubicadas en el barrio de Villa Urquiza. Alegó que la ley local 369, publicada el 20 de julio de 2000, afectó dichas parcelas a la categoría “Urbanización Parque” del Código de Planeamiento Urbano de la ciudad, lo cual las privó de valor comercial y determinó la rescisión del contrato de concesión de uso para la construcción de un hipermercado que había celebrado con una empresa del rubro. Entre otros ítems, la entidad estatal reclamó el pago de una indemnización equivalente al valor real del inmueble en el período corrido entre la firma del contrato de concesión y la sanción de la ley 369.

2°) Que, con fundamento en lo dispuesto en la ley 238 que rige la materia en el ámbito local, la señora jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda de expropiación inversa y condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a pagar la suma de US\$ 1.100.000 —un millón cien mil dólares— en concepto de indemnización expropiatoria, más intereses a la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina desde el 20 de julio de 2000 (fecha de publicación de la ley 369). Para ello tuvo en cuenta una de las tres tasaciones realizadas por el Tribunal de Tasaciones de la Nación, según la cual el valor unitario del metro cuadrado al día 1° de agosto de 2002 era de \$600.

3°) Que, en lo que aquí interesa, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal modificó la sentencia en lo relativo a la moneda de pago y a la fecha a la que debía calcularse el valor del bien afectado, por lo cual fijó la indemnización expropiatoria en la suma de \$1.007.370, más los intereses de primera instancia.

En lo que respecta a la fecha a la que debía calcularse el valor de los predios a expropiar, el tribunal de alzada consideró que la propia ADIF S.E. había solicitado en diversas ocasiones que se calculara al tiempo de la sanción de la ley 369. Por tal razón consideró que debía tenerse en cuenta la valuación realizada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación al 1° de junio de 2000, que había fijado el valor unitario del

metro cuadrado en \$500. En cuanto a la moneda de pago, tuvo en consideración que la referida valuación fue realizada en pesos.

4°) Que la ADIF S.E. planteó recurso extraordinario cuya denegatoria motivó la presentación de la queja bajo examen.

La recurrente cuestiona lo resuelto por la cámara respecto de la moneda de pago pues conduce a que la indemnización otorgada resulte irrisoria. En tal sentido, sostiene que en el caso se configura una cuestión federal por estar en juego la interpretación del artículo 17 de la Constitución Nacional y fundamentalmente el alcance de la “justa indemnización” debida en materia expropiatoria según los parámetros fijados por esta Corte. También alega que la sentencia resulta arbitraria puesto que omitió tener en cuenta los términos de las diferentes valuaciones realizadas por el Tribunal de Tasaciones de la Nación, en las que constaba la cotización de la moneda extranjera vigente a la fecha en que fueron realizadas. En tal sentido, destaca que a la fecha de la valuación adoptada por la cámara para fijar la indemnización —1° de junio de 2000— regía la Ley de Convertibilidad n° 23.928, según la cual un peso argentino equivalía a un dólar estadounidense. Agrega que es un hecho evidente que el valor de las propiedades en nuestro país se cotiza en dólares desde hace más de cincuenta años. Finalmente, estima la entidad del perjuicio que le ocasiona el criterio de la cámara comparando la valuación del metro cuadrado del inmueble en dólares al tiempo de la desposesión (US\$ 500) frente a la valuación que se obtendría de aplicar las pautas de la sentencia recurrida a la fecha de interposición del recurso extraordinario (US\$ 171,79).

5°) Que, en el caso, se encuentra fuera de discusión que la ADIF S.E. tiene derecho al pago de una indemnización por la expropiación inversa del inmueble mencionado en el considerando 1° y que el valor que debe tomarse en cuenta a los efectos de calcular dicha indemnización es el vigente al 1° de junio de 2000, según la tasación realizada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación. Tal fue el reclamo inicial de la actora y además resulta consistente con el criterio del artículo 9° de la ley de expropiaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 238, cuya aplicación al caso tampoco se encuentra controvertida.

El punto a decidir es si resulta ajustada a derecho la decisión de la cámara que determinó que la indemnización expropiatoria adeudada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía expresarse en pesos

argentinos pues esa fue la moneda utilizada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación a los efectos de determinar el valor unitario del terreno objeto de este pleito.

6°) Que, sobre tales bases, si bien los agravios de la recurrente remiten en forma preponderante al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho público local que, en principio, son ajenas a la instancia extraordinaria, la sentencia recurrida ha prescindido de considerar las concretas circunstancias de la causa que resultan conducentes para arribar a una correcta solución de la disputa (doctrina de Fallos: 317:377 y 327:2584, entre otros).

En efecto, el tribunal de alzada, al decidir como lo hizo en cuanto a la moneda de pago de la indemnización —que en la instancia anterior había sido fijada en dólares estadounidenses— omitió evaluar si el importe resultante retribuye el valor económico de que se vio privado el Estado Nacional como consecuencia de la expropiación, permitiéndole, de ser posible, adquirir otro bien de similares características a las que poseía aquel inmueble al momento de la desposesión (Fallos: 268:238; 271:198; 327:2584 y causa “U.N.I.R.E.C.”, Fallos: 343:1146, entre otros).

7°) Que, tal como se expuso en el dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte en el precedente citado en último término, si bien la expropiación por causa de utilidad pública supone el ejercicio por parte del Estado de un poder jurídico que le reconoce la Constitución, el sacrificio que ese poder jurídico le impone al sujeto expropiado obliga a indemnizarlo debidamente. Ello es así porque el artículo 17 de la Constitución Nacional establece la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y prohíbe la confiscación, y el artículo 16 impone la igualdad ante las cargas públicas. Sobre este punto, la Corte ha recordado que existe un “lazo esencial” entre el instituto expropiatorio y la igualdad ante las cargas públicas (Fallos: 318:445; 326:2329; 329:1703). La realización de la “utilidad pública” no puede recaer de modo particularizado en el expropiado, sino que la *“juridicidad exige que ese sacrificio sea repartido y que toda la comunidad -que se beneficia con el objetivo de la expropiación- indemnice a quien pierde su bien a causa del bienestar general”* (Fallos: 326:2329).

En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal fue construyendo el principio de “justa indemnización”, que exige que se restituya inte-

gralmente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (Fallos: 305:407, considerando 4° y sus citas). Al respecto, en Fallos: 318:445, la Corte sostuvo que el principio se satisface cuando la indemnización es “íntegra, es decir, cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además, los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación” (considerando 13 del voto de la mayoría). En el mismo sentido, ha señalado la Corte que el valor objetivo del bien no debe sufrir disminución ni desmedro alguno, ni debe el propietario experimentar lesión en su patrimonio que no sea objeto de oportuna y cumplida reparación (Fallos: 268:238, 325, 489, 510; 269:27; 271:198).

Así como la Constitución Nacional protege especialmente al derecho de propiedad en los procesos de expropiación, el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también lo hace al señalar que “[l]a ciudad garantiza: ... [l]a inviolabilidad de la propiedad. Ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación deberá fundarse en causa de utilidad pública, la cual debe ser calificada por ley y previamente indemnizada en su justo valor”.

8°) Que a la luz de tales criterios, asiste razón a la recurrente cuando sostiene que la sentencia es arbitraria pues omitió evaluar si la conversión a pesos argentinos de la indemnización expropiatoria retribuía el valor que poseía el bien expropiado al momento de la desposesión. Tal análisis se imponía a fin de resguardar la exigencia constitucional de la “justa indemnización”.

En efecto, para establecer el monto de la indemnización la cámara tuvo en cuenta el valor del terreno de la actora afectado por la ley 369 al 1° de junio de 2000. En esa fecha se encontraba vigente el régimen de convertibilidad en virtud del cual un peso equivalía a un dólar (artículos 1° de la ley 23.928 y 1°, 2 y 3 del decreto 2128/91). Tal circunstancia fue advertida en el dictamen del Tribunal de Tasaciones de la Nación en el que se dejó asentado el valor de la divisa extranjera a la fecha de la valuación (conf. fs. 305).

Tampoco puede dejar de ponderarse que el Tribunal de Tasaciones de la Nación tuvo en consideración el valor comercial de terrenos

de características análogas al que resulta objeto de este pleito a fin de cumplir el cometido encomendado por la señora juez de primera instancia (ver fs. 302/303). La misma tesitura adoptó la propia representante de la demandada en la valuación presentada ante el referido tribunal (ver fs. 266). Y en tal sentido resulta un hecho notorio de que el valor de la propiedad inmueble en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al momento de la desposesión —y luego también— se calculaba en dólares estadounidenses.

De tal modo, la solución del tribunal ha prescindido de valorar estas circunstancias conducentes para la decisión del pleito y, por lo tanto, no satisface el requisito de debida fundamentación exigible a las decisiones judiciales.

9º) Que, en tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, 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. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia parcial*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO
ROSATTI

Considerando:

1º) Que el Estado Nacional, en primer lugar por intermedio del Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado (ONABE) y luego a través de la Administración de Infraestructuras Ferrovia-

rias Sociedad del Estado (ADIF S.E.), inició demanda de expropiación inversa contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a predios ubicados en la manzana delimitada por las Avenidas Triunvirato, la calle Díaz Colodrero y las vías del ex Ferrocarril Bartolomé Mitre y las parcelas frentistas a la calle Díaz Colodrero entre esas vías y la Avenida Roosevelt.

Señaló que en el año 1999 había concedido el uso y explotación de esos inmuebles para llevar a cabo obras de refacción en ellos y que el 11 de mayo de 2000 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la ley 369, mediante la cual se afectaron como “Urbanización Parque” dentro del Código de Planeamiento Urbano local. Ello conllevó la inutilización de los terrenos y la rescisión de la concesión de uso y explotación, debido a la imposibilidad de ejecutar las obras comprometidas.

2°) Que la señora jueza de primera instancia, en lo que aquí interesa, hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a abonar la suma de US\$ 1.100.000 (un millón cien mil dólares), o su equivalente en pesos, más intereses a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina hasta su efectivo pago. Para ello tuvo en cuenta tres tasaciones emitidas por el Tribunal de Tasaciones, que fijaron el valor de los inmuebles teniendo en cuenta un importe unitario de tierra de trescientos setenta pesos por cada metro cuadrado (370\$/m²) al día 1 de junio de 1999; de \$500 por cada metro cuadrado (500 \$/m²) al 1 de junio de 2000 y de \$600 al día 1 de agosto de 2002 (600 \$/m²); tal como surge de las pautas de tasación de esa pericia (cfr. fs. 302 in fine).

3°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó parcialmente esa sentencia y modificó la indemnización concedida y fijó la suma de \$1.007.370 (un millón siete mil trescientos setenta pesos), más intereses. Para ello, con relación a la moneda de pago, destacó que el Tribunal de Tasaciones había llevado a cabo sus valuaciones en pesos, por lo cual la decisión de primera instancia implicaba una alteración injustificada del signo monetario en el cual fue expresado el valor de los inmuebles.

4°) Que el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario a fs. 513/529, cuya denegación, a fs. 540, motivó la presente queja.

Plantea que se ha violado el principio de “justa indemnización” que surge del artículo 17 de la Constitución Nacional, ya que la sentencia de cámara ha omitido considerar que la base de tasación utilizada por el Tribunal de Tasaciones para fijar el valor del metro cuadrado unitario tuvo en cuenta el tipo de cambio vigente en cada una de las fechas previamente señaladas. Sostiene que esas “*variables que hacen la base de las tasaciones practicadas por el Tribunal de Tasaciones no han sido tenidas en cuenta a los fines de fijar el valor del inmueble por el Tribunal de Alzada*” y “*Ello desvirtuó absolutamente la indemnización reconocida*” (fs. 524).

Entiende que la sentencia no contempló que en el año 2000 se encontraba vigente la ley de convertibilidad 23.928 que establecía una paridad entre peso y dólar (fs. 527). Explica que la indemnización signada en pesos y sus intereses arrojaban al momento de la interposición del recurso extraordinario un importe de US\$ 171,79 por metro cuadrado, cuando el Tribunal de Tasaciones fijó ese valor en \$500 por metro cuadrado, pero a una paridad nominal con el dólar estadounidense.

5°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se encuentra en tela de juicio el art. 17 de la Constitución Nacional y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ella. En cuanto a los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia apelada, serán tratados conjuntamente por estar indisolublemente ligados a los puntos de derecho federal controvertidos en el recurso extraordinario.

6°) Que las cuestiones planteadas, en cuanto exigen examinar la actualidad de una indemnización expropiatoria, son sustancialmente análogas a las resueltas por esta Corte en la causa “UNIREC” (Fallos: 343:1146), voto del juez Rosatti. De dicho pronunciamiento, se desprende que:

a. El art. 17 de la Constitución Nacional establece la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y prohíbe la confiscación, constituyendo *el marco jurídico que no puede ser alterado por normas infraconstitucionales*.

b. La posibilidad de sujetar los derechos de propiedad a limitaciones razonables encuentra su máxima expresión en la expropiación por causa de utilidad pública prevista en el art. 17 de la Constitución Na-

cional, cuyo fundamento radica en: “a) *el bien común o la realización del valor justicia como bien del Estado; b) el carácter relativo de la propiedad privada con función social*” (Bidart Campos, Germán, Régimen constitucional de la expropiación, en AA.VV, *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, 1ª Ed, t. III, La Ley, Buenos Aires, p. 785).

c. Una vez legitimada la expropiación en la utilidad pública declarada por ley formal, para que su ejecución no caiga en el ámbito prohibido de la confiscación, la Constitución Nacional exige el inexcusable pago previo de la indemnización, que debe ser *justa, actual e íntegra*.

d. Para cumplir la exigencia constitucional de justicia, actualidad e integralidad de la indemnización pueden seguirse numerosos métodos, a condición de tener siempre presente que son meros *instrumentos al servicio de la máxima de afianzar la justicia consagrada en el Preámbulo y respetar la inviolabilidad de la propiedad prevista en el art. 17 de la Constitución*. Tales instrumentos no están sujetos a un criterio de verdad o falsedad sino que se validan según un parámetro de utilidad o inutilidad para mantener razonablemente inalterada la reparación debida, de modo que su aplicación *evite no sólo la confiscación al expropiado, sino también su empobrecimiento o enriquecimiento sin causa*.

e. La depreciación monetaria, la desactualización de las tasaciones, las fluctuaciones cambiarias y/o la excesiva dilación de los procesos expropiatorios son factores que impactan en la cuantificación de la indemnización y -por mandato constitucional- deben ser superados por los jueces. En tal sentido, conviene recordar a título ilustrativo que el denominado valor “venal” o de “venta” del objeto expropiado en el mercado, en cuanto supone permitir -de ser posible- adquirir otro bien de similares características, ha sido uno de los criterios asumidos por este Tribunal en situaciones similares a la presente (conf. Fallos: 295:157; 298:154; 300:299; 305:407; entre otros).

7°) Que la sentencia apelada, al modificar la moneda de la indemnización fijada en primera instancia, omitió examinar si el importe resultante de esa decisión resultaba una indemnización justa, actual e íntegra del inmueble expropiado. En efecto, cualquiera sea el método que se adopte para cuantificarla o el signo monetario que la rijan, resulta claro que no puede derivar en sumas irrisorias que impidan la reposición de un bien de características similares, tal como sucede en el caso.

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. Con costas por su orden, en atención a las particularidades de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponde, dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIF SE)** representado por el **Dr. Nicolás Diego Defranchi**.

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° 11**.

AFIP c/ MADCUR, PATRICIA LILIANA s/ EJECUCIÓN FISCAL –
A.F.I.P.

EJECUCION FISCAL

La oración final del art. 53, tercer párrafo, del decreto 1397/79 es clara al establecer que la condición de no inscripto y, por lo tanto, la prescripción de diez años rige para los períodos fiscales que venzan a partir de la cancelación de oficio de la inscripción.

SENTENCIA ARBITRARIA

Cabe revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 1 del decreto 1299/98 -que incorporó el tercer párrafo del art. 53 del decreto 1397/79, reglamentario de la ley 11.683-, toda vez que la misma aparece desprovista de sustento fáctico y basada en argumentos que no guardan relación con los hechos de la causa.

INTERPRETACION DE LA LEY

La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal, así cuando la letra de la ley no exige esfuerzo en su hermenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma, máxime cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales.

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico.

EJECUCION FISCAL

Aun cuando lo decidido en los procesos de ejecución fiscal no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario, cabe hacer excepción a dicha regla en casos excepcionales, puesto que la AFIP no dispondrá en el futuro de otra oportunidad para hacer valer sus derechos, y el agravio que se le provoca afecta de manera directa el interés de la comunidad, pues comporta un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública y por otra parte, la sentencia ha sido dictada por el superior tribunal de la causa conforme lo dispuesto por el art. 92 de la ley 11.683 y los agravios suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria intentada en tanto que lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las circunstancias de la causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa AFIP c/ Madcur, Patricia Liliana s/ ejecución fiscal – A.F.I.P.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la AFIP promovió demanda de ejecución fiscal contra la Señora Patricia Liliana Madcur por el cobro de la deuda determinada de oficio en el impuesto a las ganancias de los períodos fiscales 1998, 1999 y 2001; el impuesto sobre los bienes personales de los períodos fiscales 1998, 1999, 2000 y 2001, y el impuesto al valor agregado (IVA) de los períodos fiscales 1 a 11/2001 y 7 a 9/2002 (cfr. certificados de deuda de fs. 1/8). La ejecutada opuso la excepción de prescripción quinquenal prevista en el art. 56, inc. a), de la ley 11.683 (t.o. 1998).

2º) Que el Juzgado Federal n° 2 de San Juan rechazó la ejecución fiscal promovida por la AFIP al hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por la ejecutada. A tal efecto, declaró la inconstitucionalidad del art. 1º del decreto 1299/98 que incorporó el tercer párrafo del art. 53 del decreto 1397/79, reglamentario de la ley 11.683. Sostuvo que dicha norma, al establecer un régimen de caducidad automática de la inscripción de los contribuyentes que omitieron presentar sus declaraciones juradas, creó una sanción no prevista en la ley 11.683 y excedió las facultades reglamentarias de la AFIP.

3º) Que la AFIP interpuso el recurso extraordinario cuya denegatoria originó esta presentación directa. Señala que la ejecutada perdió la condición de contribuyente inscripto en el impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales cuando todavía no había transcurrido el plazo de prescripción de los períodos fiscales reclamados, por lo que correspondía aplicar el plazo decenal de prescripción previsto en el art. 56, inc. b), de la ley 11.683. Al respecto, sostiene que “...los períodos fiscales que no se encontraban prescriptos por el plazo quinquenal a la fecha en que la contribuyente adquirió la calidad de ‘no inscripta’, pasa a regirse por el plazo de prescripción decenal aplicable a los mismos” (cfr. fs. 70). Concluye que la sentencia es arbitraria al atribuir naturaleza sancionatoria al régimen de caducidad automática establecido

por el art. 53, tercer párrafo, del decreto 1397/79 y omitir pronunciarse sobre el tratamiento que correspondía aplicar al IVA, cuyo plazo de prescripción era el decenal por no encontrarse la ejecutada inscripta en dicho impuesto teniendo la obligación de hacerlo.

4°) Que aun cuando lo decidido en los procesos de ejecución fiscal no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario, cabe hacer excepción a dicha regla en casos excepcionales como el presente, puesto que la AFIP no dispondrá en el futuro de otra oportunidad para hacer valer sus derechos, y el agravio que se le provoca afecta de manera directa el interés de la comunidad, pues comporta un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública. Por otra parte, la sentencia ha sido dictada por el superior tribunal de la causa conforme lo dispuesto por el art. 92 de la ley 11.683 y los agravios de la AFIP suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria intentada toda vez que lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las circunstancias de la causa (Fallos: 318:2333 y sus citas).

5°) Que el art. 56 de la ley 11.683 establece que las acciones y poderes de la AFIP para determinar y exigir el pago de impuestos prescribe por el transcurso de cinco años para los contribuyentes inscriptos (inc. a) y diez años para los contribuyentes no inscriptos (inc. b). El art. 53, tercer párrafo, del decreto 1397/79 establece que no es necesario que la AFIP le comunique al contribuyente la cancelación de su inscripción cuando “el contribuyente hubiera omitido presentar sus declaraciones juradas durante TRES (3) períodos fiscales consecutivos si estos fueren anuales o TREINTA Y SEIS (36) períodos consecutivos cuando fueren mensuales. En tal caso su condición de no inscripto registrará para los períodos que venzan a partir de esos incumplimientos” (texto según el art. 1° del decreto 1299/98).

La oración final del art. 53, tercer párrafo, del decreto 1397/79 es clara al establecer que la condición de no inscripto y, por lo tanto, la prescripción de diez años rige para los períodos fiscales que venzan a partir de la cancelación de oficio de la inscripción. Está fuera de discusión que la AFIP le dio de baja de oficio a la contribuyente en el impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales a partir del 1° de julio de 2011 (cfr. fs. 47). De acuerdo con lo expuesto, a los períodos fiscales 1998 a 2001 del impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales les resulta aplicable el plazo de prescripción quinquenal establecido en

el art. 56, inc. a, de la ley 11.683, pues dichos períodos fiscales vencieron con anterioridad a la baja de oficio dispuesta por la AFIP.

6°) Que esta Corte ha afirmado reiteradamente el principio según el cual la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal (Fallos: 312:2078). Cuando la letra de la ley no exige esfuerzo en su hermenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042), máxime cuando, como ocurre en este caso, la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales (Fallos: 327:5614). El a quo se ha apartado del criterio constante de este Tribunal, según el cual la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708 y 324:920, entre otros). En tales condiciones, la declaración de inconstitucionalidad del art. 1° del decreto 1299/98 aparece desprovista de sustento fáctico y basada en argumentos que no guardan relación con los hechos de la causa, por lo que corresponde la revocación de la sentencia apelada (Fallos: 338:1009).

7°) Que respecto del agravio de la AFIP sobre la condición de la ejecutada de no inscripto en el IVA y su incidencia en el plazo de prescripción aplicable, la sentencia apelada resulta arbitraria pues omite el tratamiento de cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para la solución del litigio (Fallos: 270:149; 275:207; 299:101; 312:1150, entre otros).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se devuelven los autos para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Costas a la vencida. Notifíquese. Agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos** representada por el **Dr. Gustavo Mauricio Lloveras**.

Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Primera Instancia de San Juan n° 2**.

**ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA Y OTROS C/ EN S/ AMPARO LEY
16.986**

REGLAMENTACION DE LA LEY

La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo del art. 179 de la ley 20.744 conduce en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar, configurándose entonces una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

REGLAMENTACION DE LA LEY

El artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744, que dispone que cuentan como beneficios sociales los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones, no es incompatible con el artículo 179 de la citada ley y no suple la omisión de reglamentar dicho artículo como tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas, en tanto el derecho derivado de la ley de contrato de trabajo no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Frente a la injustificable omisión de reglamentar una ley que expresamente impone el deber de reglamentar - art. 179 de la ley 20.744-, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

CONTRATO DE TRABAJO

La falta de reglamentación del art. 179 de la LCT durante cuarenta y siete (47) años plantea claramente un problema de operatividad del derecho de los actores consagrado por el marco normativo (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

ACCION DE AMPARO

No resulta atendible el planteo de la recurrente en cuanto a que el amparo no es la vía más idónea a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional frente a la omisión de reglamentar el art. 179 de la ley 20.744, porque el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ofrecería a los actores como alternativa el reintegro de gastos de guarderías o salas maternas, pues tal argumento remite a un análisis de normas de derecho común cuya interpretación por el a quo no luce arbitraria en tanto no incurre en la excepcionalmente grave deficiencia de fundamentación que impidan considerar el pronunciamiento de los jueces de la causa como una sentencia fundada en ley, con directa lesión a la garantía del debido proceso (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

La omisión en la reglamentación del art. 179 de la LCT constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos 47 años, desde que la ley 20.744 fue promulgada- los derechos constitucionales invocados por los accionantes, en razón de la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a uno de los sujetos constitucionalmente identificados como de preferente protección (artículo 14 bis de la Constitución Nacional) (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

En atención al tiempo transcurrido, que durante décadas malogró la vigencia efectiva del derecho reconocido en el art. 179 de la LCT, la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 de la Constitución Nacional en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida; de manera que solo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el artículo citado e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación omitida (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

ACCION DE AMPARO

Desde la reforma constitucional de 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto en la Carta Fundamental para la tutela de derechos fundamentales contra todo acto o también, tal su propia letra, contra toda omisión 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 (artículo 43) (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución protege las libertades y los derechos de las personas, y no es correcto interpretar que son meras declaraciones abstractas (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

ACCION DE AMPARO

La lectura del artículo 43 de la Constitución que hace el recurrente, al sostener que el prolongado tiempo de la omisión de reglamentar el art. 179 de la ley 20744 -más de cuarenta años- impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría la vía del amparo, arrasa con la letra y el espíritu de esa cláusula constitucional, pues la propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable por lo que mal podría esgrimirse ese lapso para inhibir la habilitación de la vía de amparo (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

ACCION DE AMPARO

La inmediatez procesalmente requerida en la vía de amparo, se refiere a la satisfacción del acceso a justicia por parte del titular de un derecho vulnerado, pero el tiempo final de la materialización siempre está sometido a una serie de variables no judiciales, por ello es irrelevante para la admisibilidad, porque llevará tiempo cumplir con una eventual reglamentación, sea que ella derive de una acción de amparo o de un proceso ordinario (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Dentro del marco general del derecho a la protección integral de la familia consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incumbe al Estado garantizar, por un lado, una igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares, y por el otro, el cuidado adecuado de los niños cuyos padres trabajan; de manera que el artículo 179 de la LCT se relaciona también con el mandato constitucional de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional) (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

CONTRATO DE TRABAJO

Las diferentes normas involucradas en la efectiva reglamentación de espacios de cuidado en las empresas se encuentran ordenadas jerárquicamente por la Ley Suprema y su interpretación implica un diálogo de fuentes (artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación) que integre armónicamente la Constitución Nacional, los tratados internacionales de rango constitucional, los demás tratados con jerarquía supra legal y la ley infraconstitucional (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

CONTRATO DE TRABAJO

Con el dictado del artículo 179 de la LCT el Poder Legislativo ha dado cumplimiento a un mandato constitucional (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

La omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de escrutinio judicial cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional, pues tanto se vulnera la Constitución Nacional cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Del propio texto del artículo 179 de la LCT se desprende que es necesario que el Poder Ejecutivo expida un reglamento para la operatividad del derecho que consagra, es decir, para la ejecución de lo dispuesto por una ley de la Nación y lo cierto es que todavía no ha sido reglamentado el artículo, por lo cual la falta de reglamentación es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

El argumento que postula que la solución prevista en el artículo 103 bis, inciso f de la LCT torna abstracta la falta de reglamentación del artículo 179 de la misma ley debe ser rechazado, pues claramente se trata de dos prestaciones diferentes y la inconsecuencia o imprevisión del legislador no debe suponerse y, en esos términos, la interpretación que efectúa el a quo respecto a que el reintegro de gastos previsto en el citado artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ha sido enunciado por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas en virtud de la reglamentación, aparece como razonable y no ha sido en modo alguno refutada por el recurrente (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

PODER JUDICIAL

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 (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

PODER JUDICIAL

Le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento y no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que dichos derechos puedan estar lesionados (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

PODER EJECUTIVO NACIONAL

Deben ser respetados los ámbitos de discrecionalidad del Poder Ejecutivo, con un límite, esto es, que se configure una omisión durante un tiempo irrazonable que torne ilusoria alguna cláusula de la Constitución (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Corresponde dar curso al amparo que tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos constitucionalmente consagrados, pues basta con observar la naturaleza del beneficio que consagra el artículo 179 de la ley laboral para apreciar que la omisión de la reglamentación por parte del poder administrador es causa directa e inmediata que impide al titular del derecho acceder a la satisfacción del bien jurídico asegurado por el legislador (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Más allá del tenor literal de las disposiciones del artículo 179 de la LCT, la reglamentación que el Poder Ejecutivo ha de dictar no solo deberá tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

CONTRATO DE TRABAJO

Las directivas que emanan del Convenio 156 de la OIT y de los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente a las responsabilidades familiares; más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos, por lo cual es evidente que para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas y una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a

la hora de asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico y también lo es la de promover servicios comunitarios que les permitan desempeñar un empleo sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, se configura una omisión de la autoridad pública, máxime cuando la naturaleza del mandato formulado por el legislador (la reglamentación de un sistema de salas maternales y guarderías, la identificación de los establecimientos que deben cumplimentarlo en función del número mínimo de trabajadores, la delimitación de la edad de los menores comprendidos, y, en general, la previsión de las condiciones que deben reunir dichas salas - art. 179 LCT-) permite colegir el carácter imprescindible de la mediación reglamentaria (Voto del juez Rosatti).

PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA

Resulta manifiesto que el artículo 179 in fine de la LCT encuentra sustento en distintos preceptos ubicados en la más alta jerarquía normativa, en tanto el precepto legal se conecta con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la protección integral de la familia, pues el listado de beneficios allí mencionados expresamente por el constituyente (compensación económica, bien de familia y acceso a la vivienda digna) es meramente enunciativo y no invalida otros que se dirijan al mismo objetivo (Voto del juez Rosatti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Corresponde concluir la procedencia del amparo por la omisión de autoridad pública que resulta de la falta de implementación de un mandato legislativo expreso- art. 179 de la LCT-, que constituyendo una ilegalidad manifiesta lesiona en forma actual los derechos constitucionales de niños, niñas, y de los trabajadores y trabajadoras que ejercen tareas de cuidado, en tanto se han menoscabado los derechos invocados por los actores (Voto del juez Rosatti).

PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA

De la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprenden derechos y responsabilidades inherentes -entre otros tópicos- al cuidado de los hijos menores de edad, pautas que también reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, vigentes con el más alto rango jurídico conforme al reenvío dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (Voto del juez Rosatti).

PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA

La regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo; así la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar (artículo 11, inciso 2) (Voto del juez Rosatti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Los derechos reconocidos en el art. 179 de la LCT -cuya frustración se verifica por la omisión de reglamentar- constituyen una proyección de la tutela preferencial prevista en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, donde se establece como potestad del Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (Voto del juez Rosatti).

PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA

La preferente tutela constitucional de mujeres y niños, y el amparo que el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo otorga a

los trabajadores para el ejercicio de las responsabilidades familiares y el desarrollo de su proyecto de vida, invalida todo límite que se pretenda imponer al efectivo goce de sus derechos (Voto del juez Rosatti).

PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA

La limitación del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo a las trabajadoras (interpretando que se excluiría a los trabajadores) desconoce que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (Voto del juez Rosatti).

CONTRATO DE TRABAJO

Admitir la formulación legal del art. 179 de la LCT sancionada en 1974, destinada a una sociedad y un tiempo sustancialmente distintos al actual, como una limitación o impedimento -basado en el sexo y/o en el género- importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta con la orientación postulada por la Corte al señalar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Voto del juez Rosatti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

La fuerza normativa de la Constitución Nacional demanda su cumplimiento ineludible por parte de los poderes constituidos del Estado, tanto el Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial, en ese marco, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar un mandato legislativo concreto, no solo repercute en la negación de los derechos constitucionales regulados por el legislador en la norma en juego, sino que también implica la frustración del artículo 99, inciso 2, que le atribuye expresamente su potestad de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (Voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La falta de regulación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión, pues si las cláusulas constitucionales, y las normas legislativas dictadas en su consecuencia por el Congreso, no pudieran regir por ausencia de reglamentación, la supremacía constitucional se tornaría ilusoria y frente a esta hipótesis, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino el deber, de controlar dicha omisión (Voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La fuerza normativa de la Constitución exige que frente a mandatos constitucionales y legislativos concretos, el Poder Judicial deba determinar -en los casos que se presenten a sus estrados- si existe una violación no sólo por acción sino también por omisión de las autoridades constituidas que deben hacer operativas las pautas constitucionales o legales, sin que ese accionar pueda ser considerado como una afectación al principio republicano de división de funciones del Estado consagrado por el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental (Voto del juez Rosatti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

La existencia de un mandato concreto del Poder Legislativo en el artículo 179 de la LCT, su carácter de norma reglamentaria de derechos constitucionales, la existencia de omisión en su instrumentación por parte del Poder Ejecutivo y la trascendencia de tal reglamentación, en conexión con el elemento temporal del incumplimiento (47 años), derivan necesariamente en la procedencia del control de tal omisión por el Poder Judicial (Voto del juez Rosatti).

INTERPRETACION DE LA LEY

La tarea de interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico, evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Voto del juez Rosatti).

REGLAMENTACION DE LA LEY

No puede considerarse satisfecho el deber de reglamentación del art. 179 de la LCT por la existencia de convenciones colectivas de trabajo que prevean la disponibilidad de servicios de guarderías y salas de cuidado en diversas empresas, pues al tratarse de un derecho derivado de la propia LCT, no puede quedar condicionado al poder de negociación de sindicatos y empleadores (Voto del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es admisible en la medida en que el recurrente sostiene que el fallo que condenó al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad reglamentaria prevista en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional lesiona la división de poderes (artículo 1° de la Constitución Nacional) y excede las facultades jurisdiccionales de los jueces (artículo 116 de la Constitución Nacional), encontrándose en juego la determinación del alcance de dichas cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios del apelante habilitan la apertura de la instancia de excepción en tanto se ha puesto en cuestión la interpretación de los artículos 1°, 99 inciso 2°, y 116 de la Constitución Nacional, asimismo, se encuentra controvertida la télesis del artículo 43 de la Constitución Nacional en la que el a quo asentó su decisión favorable a la vía del amparo para el control de omisiones al deber de reglamentación; planteos que, conforme a los términos en que quedara planteada la controversia, atañan a derechos expresamente tutelados por el bloque de constitucionalidad cuya afectación se atribuyó al obrar omisivo del Estado (Voto del juez Rosatti).

INTERPRETACION DE LA LEY

Corresponde a los jueces -y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en los casos concretos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita (Voto del juez Rosatti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo ordenando al Poder Ejecutivo Nacional reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (fs. 149).

Por remisión a lo dictaminado por el Fiscal General, la cámara consideró admisible la acción de amparo. Destacó que, en los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 es manifiesta. Expresó que el tiempo transcurrido entre la sanción de la ley y la interposición de la demanda no resulta óbice para tornar procedente la acción en la medida que lo constitucionalmente reprochable es una omisión de los órganos estatales. Puntualizó que, en el caso, la legitimación activa de los amparistas no se encuentra controvertida.

Luego, refirió que la omisión inconstitucional requiere que se compruebe, por un lado, la existencia de un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, y por otro lado, que se vulneren derechos o garantías, es decir, que exista un caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

En relación con el primer recaudo, señaló que es un hecho público y notorio que no ha sido reglamentado el artículo 179 de la ley 20.744, que obliga a habilitar salas maternas y guarderías a los empleadores en cuyos establecimientos presten servicios el número mínimo de trabajadoras que establezca la reglamentación. Aseveró que ello configura una omisión manifiestamente ilegítima, perpetuada desde la promulgación de la ley en 1974 hasta nuestros días. Expresó que tal omisión importó, en la práctica, anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que, además, protege intereses consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, en particular, en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En relación con el segundo extremo, afirmó que existe un caso puesto que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías y sus lugares de trabajo no cuentan con ellas.

Finalmente, entendió que no modifica la procedencia de la acción el hecho de que los actores no hayan acreditado haber solicitado el reintegro de gastos de guardería o sala maternal consagrado en el artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744. Argumentó que una lectura armónica de la ley citada conduce a sostener que el artículo 103 bis, inciso f, ha sido previsto para los casos en que los empleadores no se encuentren obligados, en los términos del artículo 179, a contar con guarderías o salas maternas, por no superar el número mínimo de trabajadores que debiera determinarse reglamentariamente. En consecuencia, consideró que esas disposiciones tienen carácter complementario y no alternativo. Opinó que sostener otra interpretación privaría de valor vinculante al artículo 179 de la ley 20.744.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, el Estado Nacional -Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- interpuso recurso extraordinario federal (fs. 152/163), que denegado (fs. 181), originó la presente queja (fs. 36/41 del cuaderno respectivo).

Invoca la existencia de cuestión federal y de gravedad institucional. Enfatiza que la sentencia apelada vulnera la supremacía constitucional, la supremacía federal y el principio de división de poderes (fs. 10 y 13). Afirma que el pronunciamiento, por el que se condena al Poder Ejecutivo a reglamentar, en los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, el artículo 179 de la ley 20.744, transgrede las normas de derecho positivo (fs. 10 vta.). Concluye que el fallo afecta seriamente la división de poderes, constituyendo al juzgador en legislador, así como cercena los derechos constitucionales a la inviolabilidad de la defensa en juicio y al debido proceso, y los principios de legalidad y razonabilidad (fs. 13 vta. y 16 vta.).

Alega que la acción de amparo es un remedio excepcional, inidóneo para abordar y resolver el caso planteado. Manifiesta que no se encuentran acreditadas las circunstancias necesarias para recurrir a esa vía procesal sumarísima, en particular, la ausencia de otros procedimientos ordinarios y la existencia de un daño concreto y grave que justifique este tipo de intervención jurisdiccional rápida y expedita.

Sostiene que los actores podrían haber optado por el reintegro de gastos del artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744 y que eso hubiera satisfecho su pretensión.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible en la medida que el recurrente sostiene que el fallo que condenó al Poder Ejecutivo a ejercer su facultad reglamentaria prevista en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional lesiona la división de poderes (art. 1, Constitución Nacional) y excede las facultades jurisdiccionales de los jueces (art. 116, Constitución Nacional). De este modo, se encuentra en juego la determinación del alcance de esas cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

Por otro lado, entiendo que los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo remiten, en este caso concreto, al estudio de cuestiones procesales de hecho y prueba que, por principio, no habilitan la instancia extraordinaria y que, además, no fueron resueltas con arbitrariedad. Tal como explicaré más adelante, la omisión de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 vulneró en forma arbitraria y manifiesta derechos constitucionales.

-IV-

En el presente caso, corresponder determinar si la condena al Poder Ejecutivo a reglamentar, en los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, el artículo 179 de la ley 20.744 es consistente con el principio republicano de división de poderes y se encuentra dentro de las facultades jurisdiccionales.

El artículo 179 de la ley 20.744, en lo pertinente, dispone que “En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

La finalidad de la norma es facilitar a los trabajadores la asistencia en las tareas de cuidado a fin de alcanzar una adecuada conciliación de los deberes laborales con las responsabilidades familiares.

La ley laboral fue promulgada el 20 de septiembre de 1974, sin que el artículo 179 fuera hasta la fecha reglamentado. Sin embargo, el propio texto del artículo 179 condiciona la exigibilidad de la habilitación de las salas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determine el número de trabajadores por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. De este modo, la falta de reglamentación del Poder Ejecutivo conduce, en la práctica, a privar

de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar.

Tiene dicho esa Corte Suprema que la omisión de la autoridad pública se configura cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley (Fallos: 337:1564, “Villarreal”, considerando 11°).

En este sentido, corresponde recordar que el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional establece que “el Presidente de la Nación (...) [e]xpide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...”. Esta cláusula no solo atribuye una facultad al Poder Ejecutivo, sino que también le impone un deber de reglamentar cuando ello es necesario para que la ley se haga cumplir integralmente. Esta circunstancia, tal como se ha señalado, surge de la misma ley laboral que indica los recaudos que deben ser definidos por la autoridad reglamentaria a fin de que la obligación pueda ser plenamente exigida.

De modo que, en este caso, se verifica una omisión de ese mandato constitucional, pues el Poder Ejecutivo no ha expedido la reglamentación necesaria para la efectiva implementación de la ley y han transcurrido más de cuatro décadas desde su sanción.

En el *sub lite*, la falta de reglamentación tiene especial gravedad pues no solo afecta la operatividad del artículo 179 de la ley 20.744 sino los derechos constitucionales garantizados por esa norma.

En efecto, diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional contienen reglas y principios referidos a las responsabilidades de cuidado familiar, su correlación con el derecho de los niños y niñas y la función del Estado en este ámbito.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño. También establece que los Estados deben prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, y velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para su cuidado. Asimismo, prevé que se deben adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños (art. 18; además, Comité de los

Derechos del Niño, Observación General nro. 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 40° período de sesiones, 2005, CRC/C/GC/7, párr. 21).

A su vez, en la medida en que las tareas de cuidado se distribuyen asimétricamente en las familias y suelen recaer sobre las mujeres, pueden constituir una seria restricción en el acceso a los empleos y en el desarrollo de las trayectorias laborales y profesionales (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, informe “Tiempo total de trabajo”, disponible en <http://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-total-trabajo>). Por ese motivo, la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada específicamente como una vía dirigida a la equiparación de responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional).

En ese sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los Estados deben tomar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores en materias relacionadas con sus hijos (art. 16, incs. c y d). Específicamente, determina que los Estados, a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar, deben adoptar todas las medidas apropiadas para alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (art. 11, párr. segundo, inc. c; además, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, en especial, párr. 180).

En esa línea, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado por ley 23.451, ratificado el 17 de marzo de 1988) tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir, entre los objetivos de su política nacional, permitir que las personas con hijos a su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible,

sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (arts. 1, inc. 1, y 3, inc. 1). Para lograrlo, impone la obligación de adoptar medidas para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (art. 4, inc. b).

Lo dispuesto en las mencionadas convenciones internacionales se inscribe, a su vez, en el marco general del derecho a la protección de la vida familiar reconocido en los artículos 14 *bis* de la Constitución Nacional, 11, inciso 2, y 17, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la citada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esos instrumentos se impone a los Estados la obligación de generar condiciones paritarias entre los cónyuges en las tareas de cuidado y en las responsabilidades familiares, y evitar que esas tareas y responsabilidades constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres en diferentes ámbitos, en especial, en la esfera laboral (en sentido similar, dictamen de esta Procuración General de la Nación en autos CNT 57589/201211/RH1, “Puig, Fernando Rodolfo el Minera Santa Cruz SA s/despido”, del 13 de noviembre de 2017).

En ese marco constitucional y convencional, en mi entender, la única forma idónea de reparar la omisión lesiva de derechos consiste en imponer al Poder Ejecutivo que cumpla con la reglamentación necesaria para la ejecución de la ley, de acuerdo con esas pautas, y que, en particular, defina en esa reglamentación los extremos previstos en la norma, como el número mínimo de trabajadores de cada establecimiento, la edad de los niños que podrán acceder al servicio de cuidado y las características básicas que deben reunir esas instalaciones y servicios.

De ninguna manera ello puede entenderse como una injerencia en las potestades reglamentarias que le confiere la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, o como una transgresión de la división de poderes (art. 1, Constitución Nacional). El control judicial realizado en el marco de una causa concreta y frente a un agravio constitucional entre partes legitimadas apunta únicamente a dar cumplimiento a un mandato constitucional explícito, como única vía para hacer cesar la lesión de los derechos conculcados.

En esa tarea, corresponde al Poder Judicial exigir a los otros poderes la realización de las medidas adecuadas, quedando al arbitrio

de estos la determinación de esas medidas en cuanto a su mérito y conveniencia. Esta función jurisdiccional, lejos de ir en desmedro del orden constitucional, asegura su integridad y supremacía.

En esa línea, la Corte Suprema ha señalado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarios no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Fallos: 335:452, “Q.C.S.Y.”; 339:1077, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad”).

Resta señalar que el reembolso de gastos consagrado en el artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744 no justifica la omisión de reglamentar el artículo 179, puesto que se trata de dos prestaciones diferentes y complementarias, cuya compatibilización debe ser materia de la misma reglamentación. Cabe recordar que, según la doctrina de la Corte Suprema, en la tarea interpretativa no corresponde suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar las leyes, sino que estas deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto (Fallos: 330:1910, “Ramos”, considerando 2° y sus citas).

Tampoco suple la omisión de dictar la reglamentación la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas pues, al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de contrato de trabajo, no puede quedar condicionado a la autonomía colectiva, en función del poder de negociación de sindicatos y empleadores. Por el contrario, el orden público laboral que deriva del principio protectorio del trabajo (art. 14 bis, Constitución Nacional) impone que sea precisamente la ley laboral el piso mínimo para la negociación colectiva.

En suma, en el presente caso, en que el goce y ejercicio del derecho reconocido por ley y sustentado en normas de jerarquía constitucional carece de plena operatividad debido a una injustificable ausencia de reglamentación, compete a las autoridades judiciales ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 3 de septiembre de 2018. *Víctor Abramovlch*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el dictamen del señor Procurador Fiscal contiene una adecuada reseña de los antecedentes de la causa y de los agravios formulados por el Estado Nacional. Por ello, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, se dan por reproducidos los términos de los puntos I y II de dicho dictamen.

En lo que respecta a la admisibilidad de la apelación extraordinaria, en la medida en que el recurrente sostiene que el fallo que condenó al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad reglamentaria prevista en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional lesiona la división de poderes (artículo 1° de la Constitución Nacional) y excede las facultades jurisdiccionales de los jueces (artículo 116 de la Constitución Nacional), se encuentra en juego la determinación del alcance de dichas cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas. El recurso es, por ello, admisible (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48). Por otro lado, conviene destacar que no está en juego la inteligencia del artículo 43 de la Constitución Nacional en tanto el recurrente se ha limitado a sostener que no se han configurado los requisitos allí previstos para la procedencia de esa vía. Como acertadamente sostiene el dictamen (punto III), los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo solo remiten, en este caso, al estudio de cuestiones procesales, de hecho y prueba que, por principio, no habilitan la instancia extraordinaria y que, además, fueron resueltas sin arbitrariedad. En este aspecto, entonces, el recurso resulta inadmisibile.

2°) Que el artículo 179 de la ley 20.744, en lo pertinente, dispone que “En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en

las condiciones que oportunamente se establezcan”.

Como puede verse, el propio texto de la norma condiciona la exigibilidad de la habilitación de las salas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determine el número de trabajadores por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. A pesar de ello, desde que la ley fue promulgada el 20 de setiembre de 1974, la norma en cuestión no fue reglamentada.

La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo conduce en la práctica, tal como sostiene el dictamen del señor Procurador Fiscal, a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar. Se configura entonces, en los términos de la doctrina de esta Corte, una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional (“Villarreal”, Fallos: 337:1564, considerando 11).

No obsta a dicha conclusión lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744. Esta norma dispone que cuentan como beneficios sociales “los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones”. Esta norma no es incompatible con el artículo 179 y ciertamente no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas. Como acertadamente señala el dictamen del señor Procurador Fiscal, al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de contrato de trabajo no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva.

En definitiva, frente a la injustificable omisión de reglamentar una ley que expresamente impone el deber de reglamentar, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable.

Por ello, de conformidad con el dictamen que antecede, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se

confirma la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS
MAQUEDA Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal condenó al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que dispone que “...*En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan*” (énfasis agregado).

La decisión, que revocó la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo presentada por el señor Juan Bautista Etcheverry, la señora Ximena Liggerini y la ONG “Centro Latinoamericano de Derechos Humanos”.

El argumento de la cámara consiste en que se configuró una omisión de reglamentar el artículo 179 de la LCT, durante un tiempo prolongado, cuya ilegitimidad es manifiesta porque importa anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protege intereses consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional.

En otro orden de ideas, indica que el hecho de que los actores puedan solicitar el reintegro de gastos de guardería o sala maternal previsto en el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT no impide el progreso de

la acción porque dicha previsión ha sido establecida para los casos en que los empleadores no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas por no superar el número mínimo de trabajadores que determinara la reglamentación.

2°) Que, contra esa decisión, el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social interpuso un recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja en examen.

El Estado invoca la existencia de una cuestión federal, se agravia de la arbitrariedad de la sentencia del tribunal de alzada y alega gravedad institucional.

En concreto, el recurrente plantea dos agravios. En primer lugar, se agravia de que la cámara admitiera la acción de amparo pues sostiene que ese tribunal —en una errada lectura del artículo 43 de la Constitución Nacional— violó su derecho de defensa. A su entender, asistía razón al juez de primera instancia cuando sostuvo que “el tiempo transcurrido entre el dictado de la ley y la interposición de la acción —más de cuarenta años— impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía”, que el remedio en este caso no se producirá inmediatamente porque la organización de espacios de cuidado conlleva tiempo y que en este caso, además, el amparo no es la única vía idónea para satisfacer el derecho pues podrían optar por el reembolso de gastos de guardería que prevé el artículo 103 bis inciso f de la LCT. En segundo lugar, sostiene que el hecho de que la cámara ordenara al Poder Ejecutivo reglamentar un artículo de la LCT viola la división de poderes. En suma, considera vulneradas la supremacía constitucional, la supremacía federal y el principio de división de poderes.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación que cabe atribuir al artículo 43 de la Constitución Nacional, así como también a sus artículos 1° y 116, y la decisión recurrida ha sido contraria a la validez del derecho o exención que el apelante funda en ellos (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

Los agravios que imputan arbitrariedad a la cámara en la interpretación de normas de derecho común serán tratados conjuntamente con esas cuestiones dadas su íntima relación.

4°) Que, en atención a los agravios de la recurrente, la cuestión a resolver por esta Corte consiste en determinar si la acción de amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional puede dar lugar a que el Poder Judicial revise las omisiones reglamentarias del Poder Ejecutivo y ordene remediarlas sin violentar la división de poderes.

En otras palabras, la cuestión a decidir involucra dos aspectos. Por un lado, el debate gira sobre si la vía “expedita y rápida” prevista en el citado artículo 43 de la Carta Fundamental habilita el tratamiento de omisiones reglamentarias que se extendieron durante un tiempo prolongado. Por otra parte, la decisión exige definir si el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias del Poder Ejecutivo y su remedio judicial resultan compatibles con la división de poderes propia de un Estado republicano.

5°) Que en cuanto a los alcances de la acción de amparo corresponde recordar que, desde la reforma constitucional de 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto en la Carta Fundamental para la tutela de derechos fundamentales contra todo acto o también, tal su propia letra, contra toda *omisión* 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...” (artículo 43 de la Constitución Nacional).

A partir de los casos “Siri” (Fallos: 239:459) y “Kot” (Fallos: 241:291), la jurisprudencia de esta Corte enlazó el carácter expedito del amparo como vía procesal a la propia efectividad de la Constitución Nacional. Más precisamente, señaló 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” (“Siri”, Fallos: 239:459). También advirtió que si los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos “nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución”; y continuó diciendo que “la Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios” (“Kot”, Fallos: 241:291).

Ahora bien, luego de la citada reforma de 1994, el Tribunal continuó velando por el reconocimiento del amparo en toda su plenitud y como llave para la realización de las demás cláusulas constitucionales.

El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues, como dijo esta Corte al resolver el caso “Habibi” en 2009, “donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido” (Fallos: 332:111). Ese principio es una continuación del que dio origen a la acción de amparo pues las garantías existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (“Siri”, Fallos: 239:459; “Kot”, Fallos: 241:291 y “Ekmekdjian”, Fallos: 315:1492).

En esta línea y más recientemente, al resolver sobre la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el mandato legislativo de que los aportes jubilatorios voluntarios se tradujeran en un beneficio para los propios aportantes, esta Corte puntualmente consideró que la obligación jurisdiccional de remediar por vía de amparo la privación de un derecho alcanzaba a omisiones que se perpetuaban en forma actual “y por los últimos seis años” (cfr. “Villarreal”, Fallos: 337:1564).

La Constitución protege las libertades y los derechos de las personas, y no es correcto interpretar que son meras declaraciones abstractas. Como dijo Joaquín V. González, las “declaraciones, derechos y garantías” no son “simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación” (“Manual de la Constitución Argentina”, en Obras Completas, vol. III, Bs. As., 1935, n° 82, primera edición, p. 102).

La lectura del artículo 43 de la Constitución que hace el recurrente, al sostener que el prolongado tiempo de la omisión de reglamentar —más de cuarenta años— “impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía”, arrasa con la letra y el espíritu de esa cláusula constitucional. Es que la propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable por lo que mal podría esgrimirse ese lapso para inhibir la habilitación de la vía de amparo.

El tiempo, en sí mismo considerado, lejos de obstaculizar la admisibilidad de la acción de amparo, agrava la lesión que esta acción debe resguardar. A su vez, y a la luz del sentido constitucional del artículo 43, tampoco resulta procedente el agravio del Estado referido a que el amparo no es la vía adecuada porque los beneficios a los que se accedería con una sentencia favorable no serán inmediatos debido a que, aun en el caso de reglamentarse la ley, se requiere “tiempo” para que las empresas puedan modificar sus estructuras para cumplir con la nueva reglamentación.

La inmediatez procesalmente requerida, se refiere a la satisfacción del acceso a justicia por parte del titular de un derecho vulnerado. Pero el tiempo final de la materialización siempre está sometido a una serie de variables no judiciales. Ello es irrelevante para la admisibilidad, porque llevará tiempo cumplir con una eventual reglamentación, sea que ella derive de una acción de amparo o de un proceso ordinario.

Por otra parte, no resulta atendible el planteo de la recurrente en cuanto a que el amparo no es la vía más idónea a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional porque el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ofrecería a los actores como alternativa el reintegro de gastos de guarderías o salas maternas. Tal argumento remite a un análisis de normas de derecho común cuya interpretación por el *a quo*, como se explicará, no luce arbitraria en tanto no incurre en la excepcionalmente grave deficiencia de fundamentación que impidan considerar el pronunciamiento de los jueces de la causa como una sentencia fundada en ley, con directa lesión a la garantía del debido proceso (“Estrada, Eugenio”, Fallos: 247:713, entre otros).

6°) Que en cuanto al segundo aspecto de la cuestión a decidir, esto es lo vinculado al alcance del control jurisdiccional sobre las omisiones y su remediación, corresponde, en primer lugar, encuadrar el derecho frustrado por la falta de reglamentación.

Dentro del marco general del derecho a la “protección integral de la familia” consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incumbe al Estado garantizar, por un lado, una igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares, y por el otro, el cuidado adecuado de los niños cuyos padres trabajan. De manera que el artículo 179 de la LCT se relaciona también con el mandato constitucional de “... [l]egislar y promover medidas de ac-

ción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres...” (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional).

Las diferentes normas involucradas en la efectiva reglamentación de espacios de cuidado en las empresas se encuentran ordenadas jerárquicamente por la Ley Suprema y su interpretación implica un diálogo de fuentes (artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación) que integre armónicamente la Constitución Nacional, los tratados internacionales de rango constitucional, los demás tratados con jerarquía supra legal y la ley infraconstitucional.

Además de las normas constitucionales citadas, convergen en la cuestión los tratados internacionales que contienen normas similares. Así, el artículo 10, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados firmantes reconocen que “...se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”.

En el mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y a garantizar la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto al cuidado de sus hijos (artículo 5, incisos a y b). Puntualmente, a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar, deben adoptar todas las medidas apropiadas para “...alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños...” (artículo 11, inciso 2°, ap. c).

La Convención sobre los Derechos del Niño prevé que “...*los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas...*” (artículo 18, inciso 3°).

Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por ley 23.451 y ratificado el 17 de marzo de 1988, tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo a fin de evitar que tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con hijos a su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (artículos 1, inciso 1, y 3, inciso 1). Para lograrlo, impone a los Estados el deber de desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

7°) Que teniendo en cuenta ese bloque de normas constitucionales y supra legales, la ley no hace más que aplicarlo específicamente.

Por esta razón, la LCT dispone (artículo 179): “*Descansos diarios por lactancia. Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan*”.

8°) Que, como ha quedado expuesto, con el dictado del artículo 179 de la LCT el Poder Legislativo ha dado cumplimiento a un mandato constitucional.

A su vez, la ley ordenó al Poder Ejecutivo reglamentar ese derecho. Sin embargo, no se encuentra discutido en esta causa que hay un claro mandato legislativo con base constitucional desoido desde el 20 de setiembre de 1974.

La falta de reglamentación durante cuarenta y siete (47) años plantea claramente un problema de operatividad del derecho de los actores consagrado por el marco normativo apuntado.

De esa manera, la cuestión sometida a esta Corte consiste en interpretar si la omisión de reglamentar es exigible y si una condena al Poder Ejecutivo que consista en obligar a reglamentar una ley dictada por el Congreso de la Nación, es consistente con el principio republicano de división de poderes y se encuentra dentro de las facultades jurisdiccionales.

9º) Que no cabe duda de que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de reglamentar las leyes.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 99, inciso 2º de la Constitución Nacional establece que “...*el Presidente de la Nación... expide las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...*”.

Ahora bien, más allá de los correspondientes ámbitos de discrecionalidad, la omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de escrutinio judicial cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional. Es que tanto se vulnera la Constitución Nacional cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda. Como dijo Bidart Campos, “cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento” y “cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido” pues en caso contrario la supremacía constitucional “declinaría su vigor y su sentido genuino” (Germán J. Bidart Campos, “La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *El Derecho* 78-785, 1978, p. 785-789).

En este caso, del propio texto del artículo 179 de la LCT se desprende que es *necesario* que el Poder Ejecutivo expida un reglamento para la operatividad del derecho que consagra, es decir, para la ejecución de lo dispuesto por una ley de la Nación. Y lo cierto es que la Ley de Contrato de Trabajo fue promulgada en 1974 (ley 20.744, artículo 1°) y todavía no ha sido reglamentado el artículo al que se viene haciendo alusión.

10) Que esa falta de reglamentación es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción.

En este sentido, cabe rechazar el argumento que postula que la solución prevista en el artículo 103 bis, inciso f, torna abstracta la falta de reglamentación del artículo 179 de la misma Ley de Contrato de Trabajo.

El mencionado artículo 103 bis, inciso f, prevé que cuentan como beneficios sociales “...*los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones...*”.

Al respecto, se comparte el criterio expuesto por el señor Procurador Fiscal en cuanto a que esta disposición —incorporada a la LCT por la ley 24.700— que contempla un reembolso de gastos en modo alguno justifica la omisión de reglamentar el artículo 179. Claramente se trata de dos prestaciones diferentes y la inconsecuencia o imprevisión del legislador no debe suponerse. Y, en esos términos, la interpretación que efectúa el *a quo* respecto a que el reintegro de gastos previsto en el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ha sido enunciado por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas en virtud de la reglamentación, aparece como razonable y no ha sido en modo alguno refutada por el recurrente.

Por todo ello, la única solución es la reglamentación del artículo mencionado y cabe examinar si, ante la omisión referida, corresponde que el Poder Judicial ordene esa actividad al Poder Ejecutivo.

11) Que la solución de este caso obliga a ponderar la función del Po-

der Judicial en cuanto a garantizar el acceso a justicia así como la eficacia de los derechos, por un lado, y por el otro, la división de poderes.

En relación al primer principio, esta Corte ha considerado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Fallos: 335:452; 339:1077).

En cuanto al segundo principio, todos los precedentes de esta Corte Suprema son consistentes en señalar 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 (Fallos: 155:248; 311:2580; 320:2851, entre muchos otros).

En cuanto a la ponderación entre ambos principios, esta Corte ha señalado que le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que dichos derechos puedan estar lesionados (Fallos: 328:1146; 341:39).

Por ello cabe concluir que deben ser respetados los ámbitos de discrecionalidad del Poder Ejecutivo, con un límite, esto es, que se configure una omisión durante un tiempo irrazonable que torne ilusoria alguna cláusula de la Constitución.

12) Que en los casos en que hay una omisión en la implementación de alguna cláusula constitucional, esta Corte Suprema ha ordenado a las autoridades públicas correspondientes su cumplimiento o bien ha ordenado directamente su reparación pretoriana.

En efecto, en varias oportunidades la Corte ha debido abordar el control jurisdiccional sobre las omisiones legislativas y reglamentarias en las que incurrieron diferentes autoridades federales y provinciales.

Esas demoras frustraban tanto derechos fundamentales como cláusulas constitucionales vinculadas a la estructura de poder y al federalismo. A su vez, esos mandatos desoidos fueron remediados mediante órdenes a las autoridades públicas correspondientes o directamente por la propia decisión judicial.

Por una parte, en una serie de precedentes que encuentran sus raíces incluso antes de la reforma de 1994, el Tribunal consideró que la omisión reglamentaria no obstaba a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición normativa alguna (vgr. “Ekmekdjian”, Fallos: 315:1492; “Urteaga”, Fallos: 321:2767; “Halabi”, ya citado).

En 2006, en “Badaro” (Fallos: 329:3089), la Corte señaló que la ausencia de aumentos jubilatorios configuraba un apartamiento del mandato de movilidad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Y consideró pertinente poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso de la Nación que la omisión de disponer un ajuste por movilidad estaba privando al actor de un derecho conferido por la Ley Fundamental.

En esa misma causa, pero en 2007, el Tribunal señaló que, agotado el plazo razonable sin que se adoptaran las medidas necesarias, correspondía remediar la omisión legislativa que había advertido y el daño derivado de ella, determinando los porcentajes de aumento adecuados para nivelar la prestación jubilatoria (Fallos: 330:4866).

Asimismo, en 2014, en el ya citado caso “Villarreal”, la Corte remedió directamente la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la ley 26.425 en cuanto al modo en que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio (Fallos: 337:1564).

Por otra parte, también se refirió a omisiones legislativas que afectaban la realidad de las normas más básicas del federalismo constitucional.

En 2014, en “Intendente Municipal Capital” (Fallos: 337:1263), tuvo en cuenta la demora de dieciséis años en dictar la ley de coparticipación municipal prevista en la Constitución de la Provincia de La Rioja,

y, al respecto, señaló que no era posible aceptar que el dictado de la ley -es decir, el acatamiento de la Constitución- quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos por un tiempo irrazonable, pues al “subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto” (confr. Fallos: 337:1263, considerando 13). En atención a estas consideraciones, revocó la sentencia que había rechazado *in limine* el amparo interpuesto por la demora legislativa.

Luego, en el año 2015, al resolver los tres casos referidos a la detración de fondos de la coparticipación federal a las provincias (“Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos: 338:1356; CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional” y, *mutatis mutandis*, CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, sentencias del 24 de noviembre de dicho año), este Tribunal sostuvo que, si bien no desconocía la complejidad política de la cuestión, lo cierto era que conspiraba contra el federalismo el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada por la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación (Fallos: 338:1356, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, considerando 39). Más aún, sostuvo que esa complejidad no podía resultar un justificativo para un inmovilismo que ya superaba ampliamente los tres lustros y que conspiraba claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994. A la luz de estos razonamientos, exhortó “a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional”.

Finalmente, en 2019, al tratar el caso “Bazán” (Fallos: 342:509), sostuvo que el inmovilismo en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires configura una omisión que “constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto” (Fallos: 342:509, considerando 12). Luego de advertir esta situación, resolvió que “de ahora en más, será el

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad”.

13) Que, a la luz de esta línea jurisprudencial y, puntualmente, en los términos de la doctrina del precedente “Villarreal”, la procedencia del amparo por omisión de autoridad pública resulta de la falta de implementación señalada ante la existencia de un mandato legislativo expreso. Ello constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos 47 años, desde que la ley 20.744 fue promulgada- los derechos constitucionales invocados por los accionantes, en razón de la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a uno de los sujetos constitucionalmente identificados como de preferente protección (artículo 14 bis de la Constitución Nacional).

En este marco, y en atención al tiempo transcurrido, que durante décadas malogró la vigencia efectiva del derecho reconocido, la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 de la Constitución Nacional en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida. De manera que solo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación omitida tal como hizo el *a quo*.

En estas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos constitucionalmente consagrados. Basta con observar la naturaleza del beneficio que consagra el artículo 179 de la ley laboral para apreciar que la omisión de la reglamentación por parte del poder administrador es causa directa e inmediata que impide al titular del derecho acceder a la satisfacción del bien jurídico asegurado por el legislador.

14) Que, por lo demás y en cuanto permite esclarecer los alcances de la solución que se adopta, cabe advertir que, más allá del tenor literal de las disposiciones del varias veces citado artículo 179 de la LCT,

la reglamentación que el Poder Ejecutivo ha de dictar no solo deberá tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades.

El Convenio 156 de la OIT –ratificado por nuestro país con posterioridad a la sanción de la ley 20.744- claramente ha equiparado ambas situaciones. Como ya se dijo, dicho convenio impone a los Estados el deber de desarrollar o promover servicios comunitarios públicos o privados que atiendan las necesidades de las personas, sean mujeres o varones, que desempeñan o desean desempeñar un empleo y tienen hijos a su cargo (cfr. normas ya citadas de los artículos 1, 3 y 4 de dicho convenio).

Al resolver recientemente el caso “Puig” (Fallos: 343:1037), esta Corte ha dicho que las directivas que emanan de dicho convenio y de los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente a las responsabilidades familiares. Más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Es evidente que para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico (cfr. fallo citado, considerando 11); y también lo es, como acontece en el caso *sub examine*, la de promover servicios comunitarios que les permitan desempeñar un empleo sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que los actores Juan Bautista Etcheverry y Ximena Liggerini, en su condición de trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías cuyos lugares de trabajo no cuentan con ellas, junto con la ONG “Centro Latinoamericano de Derechos Humanos”, iniciaron un amparo peticionando se subsane la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del artículo 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo en cuanto establece que “(e)n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

En concreto, solicitaron se condene al Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional- a dictar la reglamentación pertinente (fs. 1/18 de los autos principales cuya foliatura se citará a continuación).

Precisaron que hay una omisión del Poder Ejecutivo del deber de reglamentar el artículo citado, invocando el principio de obligatoriedad del ejercicio de la competencia (artículo 3 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) atribuida por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, y del llamado a reglamentar expreso que –sostuvieron- le realiza el legislador en la norma de marras, al referir a las condiciones “que determine la reglamentación”. Asimismo, manifestaron que la omisión citada lesiona de manera actual, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos de los actores.

2°) Que el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 7 rechazó la acción incoada sobre la base de considerar, con remisión al dictamen de la señora Fiscal Federal, que no se encontraban acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de una acción de amparo que, por su naturaleza, es expedita y rápida.

3°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar al amparo ordenando al Poder

Ejecutivo Nacional a reglamentar, dentro del plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (fs. 149).

Para así decidir, el *a quo*, por remisión a lo dictaminado por el Fiscal General, consideró admisible la acción de amparo. Sostuvo que la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 era manifiesta, a la luz de los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional. A su vez, señaló que los cuarenta años transcurridos entre la sanción de la ley en estudio y el inicio de las presentes actuaciones no resultaban óbice para el tratamiento del amparo, en virtud de que la pretensión tiene como fin tutelar una omisión de los órganos estatales. Asimismo, advirtió que en el presente caso no se encontraba controvertida la legitimación activa de los amparistas.

A renglón seguido, la cámara consideró que para que se verifique una omisión inconstitucional susceptible de control jurisdiccional debía existir un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, que hubiese generado la vulneración de derechos o garantías, es decir -en definitiva- que se esté en presencia de un “caso” en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Estimó que dicho supuesto se verificaba en autos ya que la falencia en la reglamentación del artículo 179 citado, hecho “público y notorio”, configuraba una omisión manifiestamente ilegítima, que se había prolongado desde la sanción de la disposición legal hasta nuestros días, y que importaba, en la práctica, anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protege intereses consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional, en particular el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por otro lado, consideró satisfecho el extremo relativo al perjuicio concreto, atento que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías, sin que sus lugares de trabajo cuenten con ellas.

Por último, realizó una lectura armónica de los artículos 103 bis, inciso f, y 179 de la ley 20.744, en base a lo cual concluyó que ambas disposiciones tienen carácter complementario, y no alternativo. Es decir, que la previsión realizada por la primera norma citada, relativa al reintegro de gastos de guardería o sala maternal, ha sido enunciada por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren

obligados a contar con guarderías o salas maternas, en los términos del segundo artículo referido. En consecuencia, estimó que el hecho de que los actores no hayan solicitado tal beneficio no resultaba un obstáculo a la procedencia del presente reclamo.

4°) Que contra ese pronunciamiento el Estado Nacional –Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- interpuso recurso extraordinario federal (fs. 152/163) que, al ser denegado (fs. 181), dio origen a la presente queja (fs. 36/41 de la queja).

El recurrente invoca cuestión federal simple, la arbitrariedad del pronunciamiento y que el caso reviste gravedad institucional. Argumenta que la sentencia apelada vulnera la supremacía constitucional, el régimen federal y el principio de división de poderes. Alega que la condena a reglamentar emitida en el pronunciamiento implica una transgresión a las normas de derecho positivo que afecta la división de poderes, erigiendo al juzgador en legislador, y constituye una violación de los derechos constitucionales a la defensa en juicio y al debido proceso, así como a los principios de legalidad y razonabilidad.

Añade que la naturaleza de remedio excepcional que cabe predicar de la acción de amparo deducida, exige concluir que esta no es idónea para abordar y resolver el planteo de los actores. En concreto, considera que la naturaleza del remedio intentado en autos resulta incompatible con la urgencia propia de la garantía mencionada, dado que, en caso de ordenarse la reglamentación requerida, su instrumentación demandaría un lapso temporal inconsistente con la tutela rápida y expedita propia de un proceso de amparo.

En definitiva, sostiene que no se encuentran acreditadas las circunstancias necesarias para recurrir a esa vía procesal sumarísima; en particular, los requisitos de ausencia de otros procedimientos ordinarios y la existencia de un daño concreto y grave que justifique este tipo de intervención jurisdiccional rápida y expedita. Asimismo, sostiene que los actores podrían haber satisfecho su pretensión mediante la opción por el reintegro de gastos del artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744.

5°) Que los agravios del apelante habilitan la apertura de esta instancia de excepción en tanto se ha puesto en cuestión la interpretación de los artículos 1°, 99 inciso 2°, y 116 de la Constitución Nacional.

Asimismo, se encuentra controvertida la télesis del artículo 43 de la Constitución Nacional en la que el *a quo* asentó su decisión favorable a la vía del amparo para el control de omisiones al deber de reglamentación. Estos planteos, conforme a los términos en que quedara planteada la controversia, atañen a derechos expresamente tutelados por el bloque de constitucionalidad cuya afectación se atribuyó al obrar omisivo del Estado.

En suma, se encuentra en juego la determinación del alcance de cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

En cuanto a la consideración de los agravios relativos a la alegada arbitrariedad, por encontrarse inescindiblemente unidos a la cuestión federal antedicha, corresponde sean examinados en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206 y 330:1195 y sus citas).

6° Que no resulta controvertido que el Poder Ejecutivo no ha reglamentado el artículo 179 *in fine* de la LCT, en cuanto establece que los empleadores que la reglamentación indique deberán habilitar salas maternales y guarderías, ni que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guardería y que sus lugares de trabajo no cuentan con ellas. En este marco, deviene dirimente para la pretensión revisora: *i*) esclarecer la naturaleza y alcance de los derechos constitucionales cuya violación fue derivada por el *a quo* de la omisión reglamentaria reprochada; *ii*) establecer si el control jurisdiccional de la omisión al deber de reglamentación en que incurrió el Poder Ejecutivo resulta compatible con el principio republicano de la división de poderes; y *iii*) determinar si la tutela de dichos derechos podía reclamarse por la vía del amparo.

7° Que es dable memorar, en este punto, el criterio sostenido por este Tribunal conforme al cual corresponde a los jueces -y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en los casos concretos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita (“*Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*”, Fallos: 308:647 y “*Varela*”, Fallos: 341:1106, considerando 9° del voto del juez Rosatti).

De ahí que el análisis de la omisión de reglamentación del citado artículo 179 de la LCT debe reflejar el arraigo que dicho precepto tiene en los derechos y garantías que la Constitución Nacional y las normas que integran el bloque constitucional reconocen.

8º) Que, puestos en este quicio, resulta manifiesto que el citado artículo 179 *in fine* de la LCT encuentra sustento en distintos preceptos ubicados en la más alta jerarquía normativa.

En efecto, el precepto legal aludido se conecta con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la “protección integral de la familia”, pues el listado de beneficios allí mencionados expresamente por el constituyente (compensación económica, bien de familia y acceso a la vivienda digna) es meramente enunciativo y no invalida otros que se dirijan al mismo objetivo.

La manda constitucional tutela “*los atributos de la familia*”, entendida como una “*sociedad natural organizada... sin discriminar sobre su forma de constitución, protegiendo además la maternidad, la infancia, y la menor edad*” (Jaureguiberry, Luis María, El artículo nuevo (constitucionalismo social), Castellví, Santa Fe, 1957, pág. 139). La “familia” constitucionalmente aludida, conforme a una interpretación dinámica del texto constitucional, no es solo la llamada “familia tradicional” sino que abarca asimismo a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, conforme a ponderaciones sociales que se expresan históricamente en criterios legislativos y jurisprudenciales (conf. Fallos: 312:1681; 340:1154, disidencia del juez Rosatti).

9º) Que de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprenden derechos y responsabilidades inherentes –entre otros tópicos- al cuidado de los hijos menores de edad, pautas que también reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, vigentes con el más alto rango jurídico conforme al reenvío dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

En efecto, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que los estados firmantes reconocen que “(s)e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras

sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”. Específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para “alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños” (artículo 11, inciso 2).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra obligaciones inherentes a los Estados firmantes vinculadas con el tema de debate en autos. Así, el inciso 2° del artículo 18 establece, en general, que “(a) los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”. Con relación a los padres trabajadores, el inciso 3° prevé que “(l)os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por ley 23.451 y con jerarquía supra legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional, al referir a los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

10) Que la recta interpretación de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia requiere la específica ponderación del principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social (Bidart Campos, Germán, “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I B, pág. 219).

En este aspecto, se comparte el criterio sostenido por el señor Procurador Fiscal en el acápite IV de su dictamen, párrafo 11 *in fine*, en cuanto a que la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo. En efecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta “*con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar*” (artículo 11, inciso 2).

En idéntica perspectiva, los derechos reconocidos en la legislación -cuya frustración se verifica por la omisión de reglamentar- constituyen una proyección de la tutela preferencial prevista en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, donde se establece como potestad del Congreso “*(l)egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”.

La preferente tutela constitucional de mujeres y niños, y el amparo que el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo otorga a los trabajadores para el ejercicio de las responsabilidades familiares y el desarrollo de su proyecto de vida, invalida todo límite que se pretenda imponer al efectivo goce de sus derechos.

11) Que las mandas que emergen del bloque de constitucionalidad y de las cláusulas supra-legales citadas ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad de superar los estereotipos de género que una lectura literal del artículo 179 podría abonar. La limitación del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo a *las trabajadoras* (interpretando que se excluiría a *los trabajadores*) desconoce que “*las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (cfr. arg. Corte Inte-*

ramericana de Derechos Humanos, 'Fornerón e hija vs. Argentina', Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 50)" (Fallos: 343:1037, voto del juez Rosatti).

Admitir la formulación legal sancionada en 1974, destinada a una sociedad y un tiempo sustancialmente distintos al actual, como una limitación o impedimento -basado en el sexo y/o en el género- importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta con la orientación postulada por esta Corte al señalar que *"las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, (y) está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción"* (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

No resulta óbice a la conclusión que antecede la obligación que la Carta Fundamental impone al legislador de adoptar medidas de acción positiva en favor de las mujeres (artículo 75 inciso 23, ya citado) pues dicha cláusula está destinada a resaltar la necesidad de equiparar a sectores históricamente rezagados, pero no a desconocer los derechos que pudieran corresponder a otros colectivos que se encuentren en igualdad real de condiciones.

12) Que una vez desarrollados los principios constitucionales que se proyectan en la norma en estudio, corresponde considerar el planteo sostenido por el recurrente en el sentido de que el control jurisdiccional de las omisiones al deber de reglamentación en que incurra el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el principio republicano de la división de poderes y no se encuentra entre las potestades constitucionales del Poder Judicial.

El aserto encuentra adecuada respuesta a la luz del concepto de "fuerza normativa de la Constitución", conforme al cual "la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo".

En este sentido, *"para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efecti-*

vidad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio” (Bidart Campos, Germán, “El derecho de la constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, pág. 21).

La fuerza normativa de la Constitución Nacional demanda su cumplimiento ineludible por parte de los poderes constituidos del Estado, tanto el Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial. En ese marco, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar un mandato legislativo concreto, no solo repercute en la negación de los derechos constitucionales regulados por el legislador en la norma en juego, sino que también implica la frustración del artículo 99, inciso 2, que le atribuye expresamente su potestad de expedir *“las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”*.

13) Que la falta de regulación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión. Si las cláusulas constitucionales, y las normas legislativas dictadas en su consecuencia por el Congreso, no pudieran regir por ausencia de reglamentación, la supremacía constitucional se tornaría ilusoria. Frente a esta hipótesis, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino el deber, de controlar dicha omisión.

Esta Corte ha sostenido que cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, se configura una omisión de la autoridad pública (Fallos: 337:1564). Máxime cuando, como en el presente caso, la naturaleza del mandato formulado por el legislador (la reglamentación de un sistema de salas maternas y guarderías, la identificación de los establecimientos que deben cumplimentarlo en función del número mínimo de trabajadores, la delimitación de la edad de los menores comprendidos, y, en general, la previsión de las condiciones que deben reunir dichas salas) permite colegir el carácter imprescindible de la mediación reglamentaria.

14) Que, en línea con lo reseñado, la fuerza normativa de la Constitución exige que frente a mandatos constitucionales y legislativos concretos, el Poder Judicial deba determinar –en los casos que se presenten a sus estrados- si existe una violación no sólo por acción sino también por omisión de las autoridades constituidas que deben hacer operativas las pautas constitucionales o legales, sin que ese accionar pueda ser considerado como una afectación al principio republicano de división de funciones del Estado consagrado por el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental.

En el presente caso, la existencia de un mandato concreto del Poder Legislativo en el artículo 179 de la LCT, su carácter de norma reglamentaria de derechos constitucionales, la existencia de omisión en su instrumentación por parte del Poder Ejecutivo y la trascendencia de tal reglamentación, en conexión con el elemento temporal del incumplimiento (47 años), derivan necesariamente en la procedencia del control de tal omisión por el Poder Judicial.

15) Que con relación a la idoneidad de la vía articulada por los actores, este Tribunal ha sostenido que el artículo 43 de la Constitución Federal *“ha sido diseñada como la vía expedita y rápida -siempre que no exista otro medio judicial más idóneo- contra tod[a] (...) omisión de autoridad pública (...) que en forma actual lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución Federal, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”* (Fallos: 337:1564, considerando 12).

En ese marco, corresponde concluir la procedencia del amparo por la omisión de autoridad pública que resulta de la falta de implementación de un mandato legislativo expreso, que constituyendo una ilegalidad manifiesta lesiona en forma actual los derechos constitucionales de niños, niñas, y de los trabajadores y trabajadoras que ejercen tareas de cuidado. En el caso se han menoscabado los derechos invocados por los actores (cfr. criterio de Fallos: 337:1564, considerando 11).

16) Que, asimismo, se comparte el criterio del señor Procurador Fiscal, en torno a que no obsta a la conclusión arribada lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f de la ley 20.744, en cuanto dispone que cuentan como beneficios sociales *“los reintegros documentados con*

comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones”.

Una interpretación sistemática de esta cláusula con la del artículo 179 permite concluir que el legislador ha previsto prestaciones diversas y complementarias. En efecto, esta Corte ha señalado que la tarea de interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 258:75), evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:297; 277:213; 281:170; 296:372; 310:195; 312:1614 y 323:2117).

En tal sentido, el argumento sostenido por la cámara en torno a que la previsión realizada por la norma citada, relativa al reintegro de gastos de guardería o sala maternal, ha sido enunciada por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas, aparece como razonable y ajustada a la manda constitucional *ut supra* reseñada.

Finalmente, tampoco puede considerarse satisfecho el deber de reglamentación por la existencia de convenciones colectivas de trabajo que prevean la disponibilidad de servicios de guarderías y salas de cuidado en diversas empresas, pues, conforme ha expresado el señor Procurador Fiscal en el acápite IV *in fine* de su dictamen, al tratarse de un derecho derivado de la propia LCT, no puede quedar condicionado al poder de negociación de sindicatos y empleadores.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, representado por el Dr. Raúl Horacio Lambardi.

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

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

ROMERO, JONATHAN IVÁN c/ MINISTERIO DE
EDUCACIÓN Y DEPORTES DE LA NACIÓN s/ JUICIO SUMARÍSIMO

EMPLEO PUBLICO

Cabe revocar la sentencia que consideró discriminatorio el despido y ordenó la reinstalación del trabajador, pues aun cuando el actor hubiera sido designado en un cargo representativo, la cámara debió considerar detenidamente si la circunstancia de adquirir el carácter de representante sindical podía, por si sola, modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente entre las partes -contratación transitoria y por tiempo determinado en los términos del artículo 9° de la ley 25.164- pero sin embargo, se limitó a sostener dogmáticamente que la tutela podía exceder el lapso de duración de la relación contractual, lo que hace que su decisión sea manifiestamente arbitraria (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Es arbitraria la sentencia que consideró discriminatorio el despido y ordenó la reinstalación del trabajador, pues más allá del carácter de representante gremial del actor, la cámara afirmó que se encontraba acreditada su condición de activista gremial y que ello determinaba también la nulidad del distracto, afirmación que resulta infundada y prescinda, además, de tratar planteos conducentes oportunamente introducidos en el pleito (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

EMPLEO PUBLICO

La posibilidad de la Administración de contratar por tiempo determinado, siempre que sea regular, implica que el vínculo se extingue automáticamente por el mero vencimiento del término convenido, sin necesidad de acto administrativo alguno y el mero transcurso del tiempo no puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico de la función pública (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Si bien el artículo 47 la ley 23.551 y el artículo 1° de la ley 23.592 proscriben el despido motivado en razones sindicales (y, con ello, protegen a quienes realizan activismo sindical sin revestir la condición de representantes gremiales), para considerar probado un despido discriminatorio por razones sindicales en los términos de dichas normas se deben acreditar hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que responde a un móvil ajeno a toda discriminación (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

No basta que haya existido activismo sindical para tener por acreditado que la extinción de un vínculo obedece a motivos discriminatorios sino que es necesario, además, evaluar si dicha actividad es prima facie la razón por la que se dio por terminado el vínculo y, luego, considerar si el empleador logró acreditar que la extinción respondió a un móvil ajeno a toda discriminación (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Es arbitraria la sentencia que consideró discriminatorio el despido y ordenó la reinstalación del trabajador; toda vez que la cámara se limitó a sostener que el mero activismo sindical del actor es suficiente para declarar la nulidad de la extinción del contrato, omitiendo tratar el planteo de la demandada relativo a la falta de acreditación de la existencia de discriminación y que el fundamento de la extinción del vínculo obedeció únicamente a que así había sido convenido en el contrato que el actor firmó (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Es arbitraria la sentencia que consideró discriminatorio el despido y ordenó la reinstalación del trabajador; pues la relación jurídica del actor estaba sometida a plazo y su extinción tuvo su fuente en esa modalidad y el carácter de representante gremial presupone la existencia de un vínculo laboral, y carece de autonomía, por sí sola, para modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Es arbitraria la sentencia que consideró discriminatorio el despido y ordenó la reinstalación del trabajador; pues la Cámara omitió dar tratamiento al planteo de la demandada en relación a que no se había acreditado la existencia de un temperamento discriminatorio ya que la extinción del vínculo había obedecido únicamente al vencimiento del plazo de la contratación (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Es arbitraria la sentencia que consideró discriminatorio el despido y ordenó la reinstalación del trabajador contratado por tiempo determinado y de

modo transitorio en los términos del art. 9° de la ley 25.164, pues no puede prescindirse del elemento consecuencialista, que atiende al tipo de incentivos que produce la decisión y en el caso, es claro que se desvirtúa todo el fundamento del contrato limitado en el tiempo, haciendo que un instituto regulado por el derecho pierda toda su utilidad para los futuros contratantes, con efectivos negativos para el empleo (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SENTENCIA ARBITRARIA

La doctrina de la arbitrariedad tiene, actualmente, un fundamento normativo expreso en la exigencia de que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación) (Voto del juez Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común ajenas, como regla y por su naturaleza, al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando se ha violado la exigencia de que los fallos sean fundados y se ha omitido considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional —Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología— en la causa Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ juicio sumarísimo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el actor promovió acción sumarísima a fin de que se declarase la nulidad del despido del que dijo haber sido objeto. Sostu-

vo que ingresó a trabajar en el Ministerio de Educación en agosto de 2014, que fue un activo militante de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y que, por su desempeño, fue designado “Delegado Titular Consejero Gremial de Capacitación” para representar a ATE en la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación. En ese contexto, aseveró que luego de su designación comenzó una actitud de avasallamiento que culminó con un despido sin causa el 1° de marzo de 2017. El actor tildó a dicho despido de discriminatorio en los términos de las leyes 23.551 y 23.592. Solicitó la reinstalación en el puesto de trabajo y el pago de indemnización por daño moral y salarios caídos.

Al contestar demanda, el Estado Nacional sostuvo que el actor había sido contratado en los términos del artículo 9° de la ley 25.164 por tiempo determinado hasta el 28 de febrero de 2017. Afirmó entonces que el actor carecía de estabilidad por ser un agente de carácter transitorio y que la decisión de no renovar el contrato se había ajustado a la normativa vigente. El Estado Nacional aseveró también que el actor carecía de representación gremial en virtud de que la designación que invocó no encuadraba en los artículos 40, 48 y 50 de la ley 23.551 porque no fue elegido por un órgano paritario sino por una comisión consultiva, es decir, un mero órgano de asesoramiento que carecía de representatividad.

2°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó lo resuelto por el juez de grado y ordenó la reinstalación del actor en el puesto en las mismas condiciones laborales que tenía al momento del despido y el pago de salarios caídos y daño moral. Para decidir de ese modo, la cámara sostuvo que la designación del actor como consejero gremial constituía un cargo que requería representación gremial en los términos del artículo 48 de la ley 23.551 y que, por ello, la decisión rescisoria no se había ajustado al procedimiento establecido en el artículo 52 de dicha ley. La cámara afirmó además que la prueba testimonial permitía tener por acreditado el activismo gremial del actor y que todo ello determinaba la nulidad del despido.

3°) Que contra esa decisión el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario. Sostuvo que se había configurado una cuestión federal en tanto la cámara había omitido todo tratamiento referido a la normativa de empleo público en la que se sustentaba el vínculo (contrato de locación de servicios). También afirmó que existiría cuestión federal al considerarse que la designación del actor como consejero gremial

constituía un cargo que requiere representación en los términos de la ley 23.551. Por otro lado, la recurrente fundó su recurso en la doctrina de la arbitrariedad. Adujo que la decisión de la cámara carecía de fundamentación adecuada porque había omitido considerar que las particularidades de la contratación fueron el fundamento de la extinción de la relación. Agregó que la cámara no había advertido que la falta de renovación del contrato obstaba a toda posibilidad de admitir la reinstalación y que lo contrario implicaría el restablecimiento por tiempo indefinido de un vínculo concluido, sin que la tutela sindical pudiese mutar la esencia de una relación de empleo transitoria ni conceder ultractividad a un vínculo llamado a fenecer. Además, la recurrente denunció que se había equiparado erróneamente el cargo en el que fue designado el actor con un cargo representativo y electivo y denunció una arbitraria valoración de la prueba a la hora de tener por acreditada la actividad sindical del actor. Finalmente, adujo que no había elemento convictivo alguno que demostrase que en el caso hubiese habido discriminación y que el estándar para determinarlo empleado por la cámara había sido arbitrario.

4°) Que los agravios vinculados a la cuestión de si el cargo de consejero gremial de capacitación en que fue designado el actor es un cargo electivo o representativo en los términos del artículo 48 de la ley 23.551, así como aquellos destinados a cuestionar que esté acreditado el carácter de activista del actor, son inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5°) Que, respecto de los restantes agravios, al haber sido formulados con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 317:1155; 319:1997; 321:407; 324:2051, entre muchos otros). En ese sentido, si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común ajenas, como regla y por su naturaleza, al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, se ha violado la exigencia de que los fallos sean fundados (Fallos: 303:1148, entre muchos otros) y se ha omitido considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

6°) Que la cámara empleó dos argumentos para admitir el planteo del actor. Por un lado, sostuvo que, habiendo sido designado en un cargo representativo, el accionante gozaba de la tutela del artículo 48 de la ley 23.551 y, por consiguiente, la decisión rescisoria era inválida en tanto no se había ajustado al procedimiento establecido en el artículo 53 de dicha ley. Por otro lado, independientemente de lo anterior, adujo que estaba probado el activismo gremial del actor. Concluyó que consideraba “suficientemente acreditada la actividad sindical del actor a la época del despido así como la existencia de tutela gremial ante el cargo de delegado ante el ya citado organismo paritario, además de haberse inobservado el procedimiento previo de exclusión de tutela gremial” y que ello bastaba para “disponer la nulidad del distracto discriminatorio” (fs. 239 de los autos principales).

7°) Que en relación al primer argumento de la cámara, corresponde señalar de modo preliminar que, tal como sostuvo la sentencia de primera instancia sin que ello haya sido cuestionado (fs. 190 de los autos principales), el actor prestó servicios para la Universidad Nacional de Quilmes en el marco del Programa de Formación Permanente del Ministerio de Educación desde el año 2014 mediante un contrato de locación de obra. Al finalizar dicho contrato, el 1° de septiembre de 2016 fue contratado por el Estado Nacional por tiempo determinado y de modo transitorio como asistente en los términos del artículo 9 de la ley 25.164 hasta el 31 de diciembre de ese año. Durante la vigencia de ese contrato fue designado en el cargo de consejero. El contrato fue luego renovado para el período que fue desde el 1 de enero de 2017 al 28 de febrero de 2017, sin que hubiese sido renovado después de esa fecha.

Como puede verse, la contratación en los términos del artículo 9° de la ley 25.164 era transitoria y por tiempo determinado. En ese marco, este Tribunal tiene dicho que la posibilidad de la Administración de contratar por tiempo determinado, siempre que sea regular, implica que el vínculo “se extingue automáticamente por el mero vencimiento del término convenido, sin necesidad de acto administrativo alguno” (Fallos: 310:1390). En el mismo sentido, este Tribunal ha sostenido que el mero transcurso del tiempo no puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico de la función pública (Fallos: 312:245).

En ese contexto, aun si el actor fue designado en un cargo representativo, la cámara debió considerar detenidamente la cuestión de si el actor podía estar amparado por la tutela sindical prevista en el artículo 48 de dicha ley más allá del término contractual. En otras palabras, para arribar a una decisión fundada sobre la legitimidad de la extinción del vínculo, la cámara debió considerar si la circunstancia de adquirir el carácter de representante sindical podía, por si sola, modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente entre las partes. La cámara, sin embargo, se limitó a sostener dogmáticamente que la tutela podía exceder el lapso de duración de la relación contractual, lo que hace que su decisión sea manifiestamente arbitraria.

8°) Que más allá del carácter de representante gremial del actor, la cámara afirmó, según se vio, que se encontraba acreditada su condición de activista gremial y que ello determinaba también la nulidad del distracto. Dicha afirmación resulta infundada y prescinde, además, de tratar planteos conducentes oportunamente introducidos en el pleito.

En efecto, si bien el artículo 47 de la ley 23.551 y el artículo 1° de la ley 23.592 proscriben el despido motivado en razones sindicales (y, con ello, protegen a quienes realizan activismo sindical sin revestir la condición de representantes gremiales), para considerar probado un despido discriminatorio por razones sindicales en los términos de dichas normas se deben acreditar hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que responde a un móvil ajeno a toda discriminación (“Pellicori”, Fallos: 334:1387, “Varela”, Fallos: 341:1106). Por consiguiente, de acuerdo a dicho estándar, no basta que haya existido activismo sindical para tener por acreditado que la extinción de un vínculo obedece a motivos discriminatorios. Es necesario, además, evaluar si dicha actividad es prima facie la razón por la que se dio por terminado el vínculo y, luego, considerar si el empleador logró acreditar que la extinción respondió a un móvil ajeno a toda discriminación. Nada de eso hizo la cámara, que se limitó a sostener que el mero activismo sindical del actor es suficiente para declarar la nulidad de la extinción del contrato.

Por otro lado, asiste razón a la recurrente al sostener que la cámara omitió tratar su planteo relativo a la falta de acreditación de la existencia de discriminación. La parte actora afirmó al expresar agravios que el estándar de “Pellicori” llevaba a concluir que el despido

fue discriminatorio (fs. 214 de los autos principales) y la demandada lo negó expresamente al contestar agravios con fundamento en que la extinción del vínculo obedeció únicamente a que así había sido convenido en el contrato que el actor firmó (fs. 232 vta., 233). Nada dijo la cámara sobre dicho planteo.

9º) En tales condiciones, corresponde descalificar el fallo recurrido como acto judicial válido —sin que ello implique abrir juicio sobre el resultado final del litigio— y resulta innecesario el tratamiento de las restantes cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 65, atendiendo a lo ya dispuesto a fs. 70 y 73. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que el actor promovió juicio sumarísimo con el objeto de que se declare la nulidad absoluta de su despido por haberse efectuado en violación a lo dispuesto en los arts. 47, 48, 50 y 52 de la ley 23.551 debido a que poseía tutela sindical vigente configurándose una conducta discriminatoria como consecuencia de su activismo sindical.

Sostuvo que ingresó a trabajar en el Ministerio de Educación en agosto de 2014, que fue un activo militante de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y que fue designado “Delegado Titular Consejero Gremial de Capacitación” para representar a ATE en la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación.

Afirmó que luego de esa designación comenzó una actitud de avasallamiento que culminó con su despido, el 1° de marzo de 2017, al que califica como “sin causa”.

Solicitó su reinstalación; que se declare que la conducta de la demandada fue una práctica desleal; que se la sancione con multa; que se ordene el cese de actos discriminatorios y que se ordene reparar en daño moral.

2°) Que en primera instancia se rechazó la demanda.

Se destacó que la relación que existía entre las partes se regía por el art. 9° de la ley 25.164 que regula el régimen de las contrataciones que celebra el Estado de carácter temporario y por plazo determinado. En consecuencia, el actor revistó como agente transitorio excluido, por ende, del régimen de estabilidad.

En ese marco, el hecho de que el contrato del actor tuviese una duración por un plazo determinado, determina que el acto de rescisión comunicado al actor 30 días antes de la fecha de vencimiento de su contrato resultaba legítimo.

En cuanto a la intencionalidad persecutoria y discriminatoria señaló la jueza interviniente que la designación directa de un agente por parte de una entidad gremial en el cargo de “Consejero de Capacitación” no resulta suficiente para obtener tutela gremial a la luz de lo dispuesto en los arts. 48 y 50 de la ley 23.551.

Por último, se afirmó que no se encontraba probada la actitud discriminatoria atribuida a la demandada derivada del activismo gremial del actor.

3°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó esa decisión y ordenó la reinstalación del actor en el puesto en las mismas condiciones laborales que tenía al momento del despido, el pago de salarios caídos y daño moral.

Para decidir de ese modo, entendió que la designación del actor como consejero gremial constituía un cargo que requería representación gremial en los términos del art. 48 de la ley 23.551 y que, por

ello, la decisión resarcitoria no se había ajustado al procedimiento establecido en el art. 52 de esa ley. Por otra parte, entendió que la prueba rendida en autos resultaba suficiente para tener por acreditado el activismo gremial del actor lo que, junto a lo anteriormente expuesto, determinaba la nulidad del despido.

4°) Que contra esa decisión el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal. Esgrimió que existía cuestión federal en tanto se había omitido el tratamiento de la normativa de empleo público en la que se sustentaba el vínculo del actor con la demandada y por considerarse que la designación como consejero gremial constituía un cargo que requiere representación en los términos de la ley 23.551. Asimismo, tildó de arbitraria la sentencia de la Cámara en cuanto tuvo por probada la existencia de discriminación.

La denegación del recurso intentado motiva la queja en examen.

5°) Que es doctrina reiterada de este Tribunal que, cuando en un recurso extraordinario se alega conjuntamente la causa de arbitrariedad y la cuestión federal, corresponde examinar inicialmente la primera, dado que de existir esa impugnación, en rigor no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 324:3394, 3774; 325:279; 327:2163, entre otros).

En este sentido, si bien los agravios de las recurrentes remiten al examen de cuestiones fácticas, probatorias y de derecho común que, en principio, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción de tal premisa cuando, como aquí acontece, la sentencia apelada se apoya en meras afirmaciones dogmáticas, omite la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del litigio y, en definitiva, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:2120; 316:379; 333:1273; 342:1429, entre muchos otros).

6°) Que no se encuentra discutido en autos que el actor prestó servicios para la Universidad Nacional de Quilmes en el marco del Programa de Formación permanente del Ministerio de Educación desde el año 2014 mediante un contrato de locación de obra. A su término, fue contratado por el Estado Nacional por tiempo determinado y de modo transitorio como asistente en los términos del art. 9° de la ley 25.164

(1 de septiembre de 2016-31 de diciembre de 2016). Durante su vigencia, el actor fue designado en el cargo de consejero. Dicho contrato se renovó desde el 1 de enero de 2017 al 28 de febrero de 2017, sin que hubiese continuado a su vencimiento.

La tipificación del vínculo es determinante para establecer las consecuencias jurídicas subsiguientes y ello fue omitido por la Cámara.

La relación jurídica del actor estaba sometida a plazo y su extinción tuvo su fuente en esa modalidad. El carácter de representante gremial presupone la existencia de un vínculo laboral, y carece de autonomía, por sí sola, para modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente.

A idéntica solución se llega en cuanto a que la mera acreditación del carácter de activista sindical determinaba la nulidad del distracto. En este punto se advierte que la demandada había planteado ante la Cámara que no se había acreditado la existencia de un temperamento discriminatorio ya que la extinción del vínculo había obedecido únicamente al vencimiento del plazo de la contratación. Ese planteo tampoco fue tratado por el a quo.

7°) Que la doctrina de la arbitrariedad tiene, actualmente, un fundamento normativo expreso en la exigencia de que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación).

El razonamiento jurídico exige delimitar el supuesto de hecho relevante para luego identificar la norma aplicable. En el presente se trató de un vínculo sometido a plazo y la norma jurídica aplicable determina su extinción. En cambio, la decisión bajo análisis parte de una norma jurídica relativa a la representación gremial para modificar el caso, lo cual resulta inadmisibile.

El control de la decisión jurídica también debe basarse en los precedentes, ya que las partes obraron en base a la creencia de que esas reglas serían estables. Esa interpretación debe ser coherente con la pluralidad de fuentes del sistema jurídico. En el presente caso, la sentencia en recurso se aparta de ambos criterios de corrección hermenéutica.

Finalmente, no puede prescindirse del elemento consecuencialista, que atiende al tipo de incentivos que produce la decisión. En este caso, es claro que se desvirtúa todo el fundamento del contrato limitado en el tiempo, haciendo que un instituto regulado por el derecho pierda toda su utilidad para los futuros contratantes, con efectivos negativos para el empleo.

En consecuencia, cabe señalar que la sentencia no supera el juicio de razonabilidad y debe ser descalificada.

8°) Que, atento el modo en que se resuelve, resulta innecesario expedirse respecto de los restantes agravios traídos a conocimiento del tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se resuelve. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 65, atendiendo a lo ya dispuesto a fs. 70 y 73. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

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

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárese perdido el depósito de fojas 65, atendiendo a lo ya dispuesto a fojas 70 y 73. Notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de queja interpuesto por el Estado Nacional – Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, representado por el Dr. Enrique A. Rizo Avellaneda.

Tribunal de origen: Sala V de Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 29.

NEUQUÉN, PROVINCIA DEL C/ ESTADO NACIONAL S/
IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS (IMPUESTO A LAS GANANCIAS -
RETENCIÓN AL TRABAJO PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA)

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

La situación de excepción de los funcionarios y empleados del Poder Judicial -de la Provincia del Neuquén- en relación de dependencia, cuyos sueldos no fueron objeto de retenciones del impuesto a las ganancias, ha sido expresamente contemplada en el nuevo texto de la ley 27.346, de manera que deviene inoficioso que la Corte se pronuncie acerca del planteo efectuado contra las resoluciones 14/2005 (DI RNEU) y 168/2004 (DV RNEU), dictadas respectivamente por la División Fiscalización II y por la División Revisión y Recursos, ambas de la Dirección Regional Neuquén de la AFIP, pues no existe interés jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos.

INTERPRETACION DE LA LEY

La primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido debe ser aplicada

directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae* toda vez que la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto la provincia, en virtud de la garantía de rango constitucional que al respecto le reconoce el artículo 117 de la Ley Fundamental, como el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos al fuero federal, según el artículo 116 de la Constitución Nacional, es sustanciando el proceso en esta instancia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Provincia del Neuquén promueve demanda contra el Estado Nacional -Ministerio de Economía-y contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), a fin de obtener que se dejen sin efecto los actos administrativos dictados por la Dirección Regional Neuquén de la Dirección General Impositiva (A.F.I.P) 14/2005 (DI RNEU) y 168/04 (DV RNEU), por los que se determinó de oficio que la Provincia debe actuar como agente de retención del Impuesto a las Ganancias sobre las rentas del trabajo personal de los funcionarios y empleados del Poder Judicial con sueldos inferiores a los Jueces de Primera Instancia, correspondiente al período comprendido entre enero y diciembre de 2001.

Afirma que dichas resoluciones violan el principio de igualdad ante la ley, ya que se trata de manera diferente a individuos que se encuentran en igualdad de condiciones y que ostentan igual capacidad contributiva que los integrantes del Poder Judicial de la Nación, quienes no pagan dicho impuesto (v. fs. 134).

-II-

A mi modo de ver, el *sub lite* corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*.

En efecto, toda vez que una provincia demanda al Estado Nacional y a una entidad nacional -A.F.I.P.-, la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales que gozan ambas partes, tanto el Estado Nacional al fuero federal, según el art. 116 de la Ley Fundamental, como el Estado local a la competencia originaria de la Corte, conforme al art. 117 de la Constitución Nacional, es sustanciado el proceso en esta instancia (doctrina de Fallos: 308:2054; 314:830; 315:158 y 1232; 322:1043, 2038 y 2263; 323:470; 1110 y 1206; 324:2042 y 2859; 326:4378 entre muchos otros), por lo cual resulta indiferente la materia sobre la que versa el pleito.

En tales condiciones, opino que la causa debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 16 de agosto de 2005. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de octubre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 91/134 la Provincia del Neuquén promueve demanda contra el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a fin de que se dejen sin efecto las resoluciones 14/2005 (DI RNEU) y 168/2004 (DV RNEU), dictadas respectivamente por la División Fiscalización II y por la División Revisión y Recursos, ambas de la Dirección Regional Neuquén de la AFIP, mediante las cuales se determinó de oficio una deuda en concepto de retenciones del impuesto a las ganancias sobre las rentas al trabajo personal de los funcionarios y empleados del Poder Judicial en relación de dependencia -con la única excepción de algunos de los funcionarios integrantes del Ministerio Público-, cuyos sueldos fueran inferiores a los de los jueces de primera instancia, por el período comprendido entre enero y diciembre de 2001.

Explica que mediante la ley 24.475 se dispuso incorporar al artículo 99 de la ley del impuesto a las ganancias lo siguiente: “Deróganse todas

las disposiciones contenidas en leyes nacionales –generales, especiales o estatutarias, excepto las de la Ley del Impuesto a las Ganancias, [texto ordenado en 1986 y sus modificaciones]-, decretos o cualquier otra norma de inferior jerarquía, mediante las cuales se establezca la exención total o parcial o la deducción de la materia imponible del impuesto a las ganancias, del importe percibido por los contribuyentes comprendidos en los incisos a, b y c del artículo 79, en concepto de gastos de representación, viáticos, movilidad, bonificación especial, protocolo, riesgo profesional, coeficiente técnico, dedicación especial o funcional, responsabilidad jerárquica o funcional, desarraigo y cualquier otra compensación de similar naturaleza, cualesquiera fuere la denominación asignada”.

Señala que a raíz de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la acordada 56/96 del 27 de septiembre de 1996, en la que estableció que “la ley 24.475 no deroga las deducciones o exenciones establecidas en el texto de la Ley de Impuesto a las Ganancias, al incorporar a la ley 20.628 el artículo 99.1” y que, “por consiguiente, habiéndose expresado esta Corte mediante resolución del 30 de abril de 1987 - Expediente 413/86, en el sentido de calificar como ‘reintegro de mayores gastos derivados del cumplimiento de la función’, y por ende deducibles de la base imponible del gravamen en cuestión, los importes retributivos de los rubros que la propia resolución incluye, debe interpretarse, en consecuencia, que los mismos se encuentran incluidos dentro de los alcances del artículo 82° inc. e) de la norma legal”, señalando “Que dicha conclusión mantiene su vigencia en la actualidad, toda vez que, con abstracción de las distintas reglamentaciones evaluadas en esa oportunidad, lo cierto es que, en definitiva, tuvo como sustento a la citada norma de la ley de tributo e idéntico suplemento salarial (compensación jerárquica, dedicación funcional y bonificación por antigüedad proporcional a dichos rubros)”.

Destaca que esa interpretación coincide con la que había efectuado en el acuerdo 3002 del 14 de febrero de 1996 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Neuquén, en el que, sobre la base de fundamentos análogos, se resolvió “Interpretar que no son ingresos gravados para el impuesto a las ganancias, los percibidos en concepto de: compensación funcional, permanencia en la categoría, título, antigüedad, zona desfavorable, asignación especial no remunerativa y adicional por cargo”. Este pronunciamiento –continúa- debe integrarse, por su carácter interpretativo, con lo dispuesto en el acuerdo 3672 del

12 de mayo de 2003, en el que el Máximo Tribunal provincial reiteró expresamente que los rubros referidos “por ostentar la calificación de reintegro de mayores gastos derivados de la función y de la residencia en lugares alejados de los grandes centros urbanos, resultan deducibles de la base imponible del tributo”.

Indica, entonces, que tanto en el orden nacional como en el provincial, existen idénticas circunstancias fácticas y normativas que redundan en la exclusión de la base imponible del impuesto a las ganancias de los conceptos señalados que componen los haberes que perciben los empleados en relación de dependencia con el Poder Judicial.

Afirma que desde el informe de inspección del procedimiento administrativo iniciado por el organismo fiscal se adelantó que “corresponde la retención del impuesto a las ganancias a aquellos funcionarios cuyo sueldo fuera inferior al de juez de Primera Instancia, conforme se deduce del juego armónico de las acordadas 20/96, 56/96 (C.S.J.N.) y del dictamen 48/98 de la Procuración del Tesoro de la Nación, de donde se desprende que quedan incluidos en la franquicia los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación o de las Provincias que tengan asignados sueldos iguales o superiores a los jueces de primera instancia”.

Expone que en la resolución 168/2004 (DV RNEU) impugnada, la AFIP consideró que la norma en que se fundamentó la interpretación del acuerdo 3002 del tribunal local (decreto 776/95), luego de haber sufrido diversas modificaciones ha sido excluida del texto reglamentario, perdiendo en consecuencia su vigencia con anterioridad a los períodos sujetos a fiscalización. A su vez, en ese acto administrativo el organismo fiscal señaló que a la fecha de la verificación y del inicio del procedimiento determinativo de oficio, se encontraba vigente el decreto 1344/98 que incorporó el artículo 165 del decreto reglamentario del impuesto a las ganancias, y que restringió los alcances del artículo 82, inc. e al establecer que “...los importes retributivos a que se refiere el art. 99 de la ley, cualquiera sea su denominación o naturaleza, que se abonen a todos aquellos que cumplan una función pública o que tengan una relación de empleo público, sin distinción de cargos, con organismos pertenecientes a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial... no se consideran comprendidos en las deducciones a que alude el inciso e) del artículo 82 de la ley...”.

Aduce que con respecto a la acordada 56/96 citada, en aquella resolución se descartó su valor jurídico y obligatorio tan solo argumentando que dicho acuerdo no contempla las modificaciones del reglamento de la ley posteriores al dictado de la ley 24.475.

Por obvias razones –según alega–, el Tribunal Superior provincial impugnó la determinación de oficio mediante el pertinente recurso de reconsideración que fue rechazado en la resolución 14/2005 (DI RNEU) ratificando los argumentos ya expuestos.

Relata que tan solo se adicionó en esta última decisión que “en razón de lo alegado respecto a la inaplicabilidad del procedimiento instaurado por el art. 165 del decreto 1344/98, mediante el cual se restringe el alcance del artículo 82 inciso e) de la ley 20.628, por cuanto resulta un avance de una norma de inferior jerarquía sobre la propia ley, es dable aclarar que el espíritu del legislador al momento de su dictado ha sido el de ajustar las normas reglamentarias con el objeto de lograr una mayor certeza en la aplicación del gravamen, dada la gran cantidad de modificaciones incorporadas al texto legal”, y que ese decreto, cuyo cumplimiento resulta obligatorio para el organismo, fue dictado en uso de las atribuciones conferidas por el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo.

Cuestiona tal conclusión pues, si bien resulta innegable que tanto la acordada 56/86 como el acuerdo 3002 son anteriores a la fecha de entrada en vigencia del referido decreto, lo cierto es que sus disposiciones no son aplicables al caso desde que las normas reglamentarias siempre están subordinadas a la ley y en modo alguno puede alterarse su espíritu.

Sostiene además que no puede predicarse la derogación o caducidad de la interpretación de la ley en sentido formal efectuada en las acordadas por el solo hecho de haberse alterado o modificado las normas de menor jerarquía que la reglamentaban. La ley siguió siendo la misma, se mantuvo incólume a lo largo del tiempo y, por ende, no pueden variar su alcance y sus implicancias.

2º) Que de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, esta causa corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*, en mérito a que la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto

la provincia, en virtud de la garantía de rango constitucional que al respecto le reconoce el artículo 117 de la Ley Fundamental, como el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos al fuero federal, según el artículo 116 de la Constitución Nacional, es sustanciando el proceso en esta instancia (doctrina de Fallos: 308:2054; 314:830; 315:158 y 1232; 322:1043, 2038 y 2263; 323:470, 1110 y 1206; 324:2042 y 2859, entre muchos otros).

3°) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49-V)/CS1 “V. C. G. c/ IAPOS y otro s/ amparo”, sentencia del 27 de mayo de 2014).

4°) Que, en tal sentido, corresponde señalar que, luego de promovida esta acción, el Congreso Nacional sancionó la ley 27.346 (B.O. 27/12/2016), mediante la cual se modificó el artículo 79 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, y se estableció que constituyen ganancias de la cuarta categoría las provenientes:

“a) Del desempeño de cargos públicos nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin excepción, incluidos los cargos electivos de los Poderes Ejecutivos y Legislativos.

En el caso de los Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y del Ministerio Público de la Nación cuando su nombramiento hubiera ocurrido a partir del año 2017, inclusive...” (énfasis agregado).

5°) Que esta Corte tiene establecido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042; 320:61 y 305; 323:1625, entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 340:644 y sus citas).

6°) Que la situación de excepción de los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Provincia del Neuquén en relación de dependencia, cuyos sueldos no fueron objeto de retenciones del impuesto a las ganancias en los períodos indicados, ha sido expresamente contemplada en el nuevo texto legal, de manera que deviene inoficioso que este Tribunal se pronuncie acerca del planteo efectuado contra las resoluciones 14/2005 (DI RNEU) y 168/2004 (DV RNEU), dictadas respectivamente por la División Fiscalización II y por la División Revisión y Recursos, ambas de la Dirección Regional Neuquén de la AFIP, pues no existe interés jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (conf. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: I. Declarar que la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional). II. Declarar abstracta la cuestión planteada. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

GARCÍA LEMA ALBERTO MANUEL – MÉNDEZ HECTOR OSCAR – MONTESI GRACIELA SUSANA – LEAL DE IBARRA JAVIER M. – COSSIO MARINA.

Parte actora: **Provincia del Neuquén**, representada por sus **apoderados, doctores Horacio D. Díaz Sieiro y Silvana M. Garrido Santos**, con el patrocinio letrado del **señor Fiscal de Estado, doctor Raúl M. Gaitán**.

Parte demandada: **Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación) y Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (AFIP-DGI)**, no presentados en autos.

A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL
DE MENORES*RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES*

Por la singular finalidad del convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores -CH 1980- que rige el asunto, no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante, en tanto la posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

La configuración de la excepción sustentada en la oposición de los niños exige la existencia de una situación delicada que exceda el natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente; la mera invocación genérica del beneficio del niño, o los perjuicios que pueda aparejarle el cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde revocar la sentencia que rechazó el pedido de restitución internacional de las niñas, pues la integración conseguida en el nuevo ambiente -o, en el caso, el mantenimiento de la conexión afectiva y emocional con el círculo de pertenencia existente que, según se refiere en la sentencia recurrida, invocan aquellas en apoyo a su postura y al que, según expresan, se sienten vinculadas e integradas- no constituye un motivo autónomo de oposición ni resulta decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida, ceñida únicamente a evitar que se concreten sustracciones ilícitas en infracción al derecho de custodia de uno de los progenitores.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

La oposición al pedido de restitución internacional de las niñas fundada en la preferencia de vivir con uno u otro de los progenitores, no constituye un motivo autónomo de oposición ni resulta decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida desde que -valga recordarlo- no constituye objeto del proceso de restitución examinar lo atinente al cuidado personal de las niñas, que será asunto de análisis por ante la jurisdicción competente del país de residencia habitual.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde revocar la sentencia que rechazó el pedido de restitución internacional de las niñas, pues de las constancias de la causa surge que las niñas fueron adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados intervinientes en las diferentes instancias judiciales y también por intermedio de profesionales especializados, sin que de una adecuada ponderación tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en la causa pueda concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas para configurar la citada excepción del art. 13, penúltimo párrafo del Convención de la Haya de 1980.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde revocar la sentencia que rechazó el pedido de restitución internacional de las niñas, pues aún cuando en las entrevistas manifestaron su deseo de permanecer viviendo en el país, tales declaraciones no ponen de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España fundada en serios motivos que así lo autoricen, sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde expresan se encuentran integradas y sin poder precisar si desearían vivir con su madre a quien, sin embargo, han manifestado querer verla.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Toda vez que el objetivo del Convención de la Haya de 1980 radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro, a tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo a las particu-

laridades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquellas que resulten menos lesivas para las niñas.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario federal es formalmente admisible por cuanto se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales que regulan la restitución transnacional de personas menores de edad y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en sus cláusulas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

La anuencia al traslado a otro país para que constituya el destino para que la familia viva en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual, debe ser concluyente y la prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un nivel de certidumbre sobre la voluntad del solicitante de la restitución, sin que baste un panorama de ambigüedad.

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Cabe considerar verificada la ilicitud a la que la Convención de La Haya supedita la operatividad del dispositivo de restitución, pues aun admitiendo la existencia de una autorización para realizar el viaje a otro país, la permanencia de las niñas allí no puede considerarse consentida por la madre, valorando que de forma inmediata hizo la denuncia e inició la restitución internacional de ellas.

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

La Convención de La Haya determina como regla la inmediata restitución de la persona menor de edad al país de su residencia habitual,

motivo por el cual las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del convenio; es decir sólo procede las excepciones cuando el traslado le irrogaría a las personas menores de edad un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres.

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

A los fines de tener por acreditada la excepción prevista en el artículo 13, inciso b de la Convención de la Haya -1980- el riesgo debe ser real y alcanzar cierto grado de seriedad para ser calificado de grave, y debe representar una situación intolerable, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en lo que aquí interesa, revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes, que había hecho lugar al pedido de restitución internacional de las niñas A.R. y N.R. al Reino de España, en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya) (cfr: sentencia del 30/12/20 obrante en el expediente digital, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

El tribunal consideró que de las constancias de la causa se desprende que no estaban dadas las condiciones para que se llevara a cabo la restitución de las niñas A. y N. al país requirente.

De modo preliminar, apuntó que la sentencia impugnada infringió la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto entendió que la decisión adoptada no tuvo en consideración el interés superior de las niñas involucradas en el caso. Ello, en la medida en que, a su juicio,

se ha soslayado valorar las distintas maneras de desarraigo que han sufrido y afrontado las niñas A. y N. a lo largo de sus vidas.

Asimismo, el superior tribunal consideró relevantes los dichos de las niñas en el marco de la audiencia celebrada ante el juez de origen, en particular, sus manifestaciones en cuanto a que su madre no desconocía que se trasladarían a Argentina, y lo manifestado por la niña N. respecto de que no mantenían ninguna comunicación con ella desde el año 2016. Añadió que de la audiencia que tuvo lugar el 16 de octubre de 2019 ante la Suprema Corte de la provincia, surgía que las niñas no se habían logrado integrar emocionalmente a la comunidad catalana (fs. 331).

Concluyó que, teniendo en cuenta la edad y el grado la madurez de las niñas, las firmes objeciones expresadas por ellas tenían suficiente entidad como para constituir un impedimento para ordenar la restitución al país requirente.

Por otro lado, valoró la circunstancia de que no se hubiera producido prueba que acreditara la renovación de la tarjeta de residencia de la actora en España, como un elemento indicativo de que el traslado a Argentina no se trataba de una mudanza familiar transnacional temporaria. Señaló que a ello se adicionaba la circunstancia de que el traslado de España a Francia (Eurodisney) no requería de una autorización notarial, como alegaba la accionante.

En segundo lugar, juzgó que la restitución pretendida resultaba desaconsejable a la luz del contexto de emergencia sanitaria generada por la pandemia del Covid-19, pues la situación imperante demanda “asegurar el mantenimiento de la situación actual de las niñas”, en aras a la presentación de su derecho a la salud. Agregó que, a su modo de ver, el *a quo* efectuó una aplicación mecánica de las disposiciones de la Convención de La Haya, sin adoptar recaudos previos para garantizar el bienestar de las niñas.

Por lo demás, consideró improcedente el planteo incoado por la actora, relativo a la falta de designación de un abogado del niño, dado que A. y N. fueron escuchadas en todas las instancias, en presencia del Ministerio Público.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario, que fue contestado y fue concedido.

En primer lugar, y en atención a los fundamentos expuestos en la sentencia del superior tribunal local, la recurrente acredita su

condición de residente legal en España con copia del acta del otorgamiento de la residencia.

En segundo lugar, alega que la sentencia viola el interés superior de las niñas en los términos del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En este sentido, manifiesta que en la sentencia recurrida se valoró como esencial el vencimiento de la residencia legal de su parte en mayo de 2019, lo cual afectó su derecho de defensa en juicio, pues no se le dio la posibilidad de acreditar el otorgamiento de la residencia habitual.

Asimismo, afirma que no fue analizado el planteo presentado vinculado a la interrupción de la comunicación con las niñas. Expresa que en un primer momento se comunicaba con ellas telefónicamente pero que esas llamadas eran monitoreadas y controladas por el padre, por lo que resolvió no exponer a las niñas a discusiones entre los progenitores. Sostiene que el padre obstaculizó el contacto de A. y N. con la abuela materna quien recién pudo verlas en la audiencia celebrada ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Critica la sentencia en cuanto valora como determinante que las niñas están arraigadas en el país, por cuanto la Convención de La Haya en su artículo 12 únicamente habilita la consideración del arraigo cuando las actuaciones para lograr el retorno del niño se hubieran iniciado fuera de término, lo que no aconteció en el caso. Además, resalta que la pericia psicológica del 16 de octubre de 2019 revela la capacidad de las niñas de construcción de nuevos lazos, y que no existe grave riesgo que las exponga a un peligro psíquico.

Por otra parte, entiende que el tribunal no tuvo en cuenta que las expresiones de las niñas respecto a que sentían afecto por su madre pero no “añoranza” -según fue resaltado por la psicóloga Rossi- fueron realizadas con el mismo tono y construcción enunciativa, lo que daba cuenta que su relato fue armado previamente por un adulto. Así también fue advertido por el licenciado Lucas Losa en el informe del 28 de diciembre de 2017, donde opinó que “las niñas, en virtud de lo relatado, habrían quedado identificadas con el discurso paterno”.

Agrega que no obstante lo anterior, lo manifestado por las niñas no tiene virtualidad para rechazar la restitución internacional solicitada, ya que trasunta una mera preferencia por el lugar donde se han acostumbrado a vivir, pero no un rechazo que importe un grave riesgo para las niñas.

En línea con ello, la recurrente entiende que el fundamento de la sentencia vinculado con la pandemia y el peligro del traslado de las

niñas en ese contexto, carece de sustento fáctico y legal. En este punto, aduce que esa consideración viola el derecho al debido proceso en tanto no se le dio la oportunidad a su parte de ejercer su defensa al respecto y, además, es arbitraria ya que no se explica por qué las niñas estarían en mayor riesgo de salud en España que en la Argentina y si la preocupación es por el traslado en sí o su estadía en Barcelona.

Por último, y a todo evento, señala que el permiso de viaje fue otorgado al progenitor ya que él afirmó que resultaba necesario y, además, esa formalidad no es claro que no sea necesaria. Al respecto, destaca que la Directiva Oficial de la Unión Europea indica que para que los menores de edad viajen dentro de la Unión Europea con uno solo de los progenitores, pueden necesitar además de su pasaporte o documento de identidad, un documento oficial que autorice el viaje, firmado por los padres, el otro progenitor o las personas que tengan su custodia legal.

-III-

La Defensoría General de la Nación, el 10 de agosto de 2021, opinó que a fin de garantizar el interés superior de las niñas A. y N. corresponde declarar procedente el recurso planteado, revocar el pronunciamiento impugnado, y disponer la orden de restitución de las niñas a España, adecuando la decisión a medidas de regreso seguro: 1) otorgar provisoriamente la guarda de las niñas al padre hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta por el juez competente del lugar de residencia habitual, 2) comunicar a la Autoridad Central Argentina la decisión que se adopte para que en cumplimiento de las funciones propias, realice las gestiones pertinentes ante su par de España, 3) se exhorte a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia, 4) establecer un régimen de comunicación de las niñas con su madre de modo virtual para restablecer el vínculo, y 5) que se arbitren las medidas necesarias para tutelar la salud e integridad psicológica de las niñas.

-IV-

El recurso extraordinario federal es formalmente admisible por cuanto se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales que regulan la restitución transnacional de personas menores de edad y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en sus cláusulas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión en debate y la conexión inescindible de algunos aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, hacen razonable una revisión integral del problema traído a esta instancia de excepción.

-V-

En autos no se encuentra controvertido que la pareja conformada por L.I.A.G. y G.H.R.M., ambos ciudadanos argentinos -aunque este último cuenta también con ciudadanía española-, se conocieron en la República Argentina en 1992, contrajeron matrimonio en el año 2013 y que fruto de esa relación nacieron sus dos hijas: A.R., el 5 de junio de 2006, en España, y N.R., el 14 de enero de 2010, en Argentina.

Tampoco se debate que la pareja residió en España en dos ocasiones, primero entre los años 2006 y 2009, luego retornaron a este país, hasta abril de 2014, fecha en la que la pareja resolvió establecerse nuevamente en España, hasta el 30 de julio de 2016, fecha en la cual el padre trasladó a las niñas a la Argentina.

En base a lo expuesto hasta aquí, los litigantes coinciden en que, previo a su traslado a Argentina, la familia y las niñas residían en la ciudad de Palafolls, ubicada en Barcelona, España, y que la responsabilidad parental era compartida.

Finalmente, no está en tela de juicio que L.I.A.G. inició el pedido de restitución antes de cumplirse el año del desplazamiento.

-VI-

Ante todo, cabe señalar que el caso está regido por la Convención de La Haya, aprobada por ley 23.857 y ratificada el 1 de junio de 1991, y, a su vez, que entró en vigor en España el 1 de septiembre de 1987.

Ese instrumento dispone que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención de una persona menor de edad sean ilícitos y que ello ocurre cuando esto último se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención (art.3, Convención de La Haya).

Luego, el primer interrogante a dilucidar en orden a la pertinencia del procedimiento de restitución, es si el padre contó con una habilitación relevante, para establecer la residencia de A. y N. en el suelo argentino. A propósito de este extremo sustantivo, no se contiene que

la progenitora otorgó oportunamente su permiso para la salida de los niños de España, pero ambas partes difieren en torno a la finalidad de esa autorización.

Al respecto, la progenitora relata que la autorización de salida del país otorgada el 19/07/2016 a sus hijas, fue sólo a los efectos de que A. y N. realizaran con su padre un viaje a Francia, para conocer Eurodisney. Indicó que la intención inicial era que este fuera un viaje de toda la familia, pero que debido a conflictos de pareja y, en particular, un suceso de violencia, la actora se negó a acompañarlos, sin perjuicio de lo cual otorgó la autorización notarial pertinente para que sus hijas pudieran concretar el viaje con su padre. Enfatiza que dicha autorización no tuvo en miras una relocalización de las niñas. Finalmente, refiere que G.H.R.M. egresó de España por vía terrestre el 26 de julio de 2016 y que con fecha 30 de julio de ese mismo año el demandado se comunicó telefónicamente con la actora haciéndole saber que las niñas se encontraban en Argentina y que no pretendía regresar. Ello motivó el pedido de restitución de las niñas en estudio dentro del plazo legal.

El progenitor, en cambio, aduce que en España se produjo la ruptura de la relación, y que la decisión de restablecerse en Argentina con las niñas se trató de una decisión acordada por ambas partes de la pareja, ya que allí residía la familia de ambos.

En este marco fáctico, corresponde agregar que es jurisprudencia de la Corte Suprema que la anuencia al traslado a la Argentina para que constituya el destino para que la familia viva en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual, debe ser concluyente y la prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un nivel de certidumbre sobre la voluntad del solicitante de la restitución, sin que baste un panorama de ambigüedad (Fallos: 341:1136, "G.A., D.I. ").

Entonces, si bien la salida de España contó con la autorización materna, lo cierto es que, por un lado, no fue rebatido que tanto el padre como las niñas se fueron de Barcelona rumbo a Francia en auto, como así tampoco que no llevaron sus pertenencias. Es más, las niñas en el acta obrante a fojas 143 manifestaron que sus juguetes, ropa y su computadora estaban en España, lo cual da cuenta de que el traslado de la residencia no era una decisión conjunta de los progenitores.

Por otro lado, aun admitiendo la existencia de una autorización para realizar el viaje a la Argentina, la permanencia de las niñas allí no puede considerarse consentida por la madre, valorando que de forma inmediata hizo la denuncia e inició la restitución internacional de

las niñas. En relación con ello, la accionante acompañó con su escrito inicial la certificación prevista en el artículo 15 de la Convención de La Haya expedida por el Juzgado de Instrucción 6 de Arenys de Mar de Barcelona, que acredita la ilicitud del traslado de las niñas, para lo cual tuvo en consideración: que la potestad parental la ostentaban ambos progenitores, que las niñas se encontraban plenamente adaptadas al entorno social, educativo y sanitario de España (desde su arribo a ese país residían en el mismo domicilio y estaban escolarizadas), y que la autorización era para un simple viaje lo que implícitamente conducía a que debían retornar al territorio español.

Así las cosas, al descartarse la existencia de una autorización para trasladar la residencia de las niñas a la Argentina, considero que ha quedado verificada la ilicitud a la que la Convención de La Haya supe-dita la operatividad del dispositivo de restitución.

En tales condiciones, corresponde examinar si se configuran las excepciones convencionales que fueron invocadas por la sentencia recurrida, consistentes en la situación de grave riesgo en que se colocaría a las niñas de concretarse el reintegro, y en la existencia de una oposición de las niñas a regresar a España.

Al respecto, en lo que aquí interesa, el artículo 13, de la Convención de La Haya establece que “[l]a autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que... b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” y agregar que la autoridad judicial “podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

La Convención de La Haya determina como regla la inmediata restitución de la persona menor de edad al país de su residencia habitual, motivo por el cual las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del convenio (Fallos: 339:1763 cit.).

En ese contexto, la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, como ha interpretado esa Corte Suprema, sólo procede cuando el traslado le irrogaría a las personas menores de edad un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva

de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres (Fallos: 318:1269, “Wilner”; 328:4511, “S.A.G. “).

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1) (b), realizada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en el año 2020, establece pautas interpretativas para la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya (<https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>). Este instrumento contiene reglas de *soft law* (cf. punto 8) de carácter orientativo y consultivo, respecto del umbral de gravedad requerido para la procedencia de la excepción.

En este sentido, señala que el riesgo debe ser real y alcanzar cierto “grado de seriedad” para ser calificado de “grave”, y debe representar una “situación intolerable”, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere (punto 34).

Examinadas las circunstancias del caso desde la perspectiva rigurosa que imponen los criterios interpretativos enunciados, en mi opinión asiste razón a la recurrente en este punto.

En efecto, en primer lugar, la integración de las niñas al nuevo ambiente no resulta razón suficiente para rechazar la restitución, cuando en el caso no se presenta la particular situación prevista en el artículo 12, segundo párrafo de la Convención de La Haya, ya que la restitución internacional fue solicitada por su madre en término. En relación con ello, la Corte Suprema ha establecido que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. En esta línea, el Tribunal ha señalado en forma reiterada que la estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (Fallos: 333:604, “B., S.M. “; 336:97, “H.C., A. “; 339:1763, “G. L. “).

Al margen de que el demandado no ha invocado argumentos de entidad que resulten suficientes para apartarse de dicha regla, no puede ser desconocido para ninguna de las partes ni para quienes tienen el deber de resolver el conflicto, que la permanencia de las niñas en el Estado requerido ha sido consecuencia de la demora que insumió la tramitación del pleito -a la fecha, más de 5 años-, en el que no se han respetado los plazos establecidos tanto en la Convención de La Haya (art. 11, 6 semanas) como en el Protocolo de Actuación para el Fun-

cionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, afectando gravemente los derechos de las niñas.

En este punto, es necesario destacar que en la causa tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la restitución internacional que no logró ejecutarse en tanto el demandado interpuso recurso extraordinario local ante el superior tribunal. En función de todo ello, no cabe admitir que el paso del tiempo, en el caso, pueda dar lugar a la configuración de la excepción pretendida, pues de lo contrario la finalidad del CH 1980 se frustraría por la propia conducta de quien sustrajo o retuvo ilícitamente a las niñas (Fallos: 337:1763, “G., L. “).

En segundo lugar, y en orden a analizar la existencia de un grave riesgo para las niñas que torne improcedente la restitución internacional en los términos del artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya mencionado, es necesario hacer referencia a la pericia psicológica efectuada en autos y a la audiencia convocada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (fs. 145/146, audiencia del 16 de octubre de 2019 según fs. 331). En ambos informes periciales, tal como también destaca el dictamen de la Defensoría General de la Nación, se despejó la existencia de riesgo y se resaltó que ambas niñas -de 15 y 11 años- cuentan con los recursos y mecanismos psicológicos para afrontar su regreso a España.

Tampoco fueron invocados por el progenitor situaciones o hechos que permitan concluir que el retorno a España implique exponer a las niñas a un riesgo grave. Cabe aquí recordar que en el presente procedimiento no se juzga sobre la modalidad de cuidado personal de las niñas, ni sobre el derecho y deber de comunicación con ellas, lo cual será objeto de análisis ante la jurisdicción competente.

En relación a la existencia de riesgo grave, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en su sentencia de diciembre de 2020, para rechazar la restitución se refirió a la emergencia sanitaria generada por el Covid-19, sin analizar el avance de la pandemia en cada uno de los países, y el riesgo particular para las niñas dada su condición y edad.

El punto 62 de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1) (b) señala que cuando lo que se encuentra en peligro es la salud del niño, el juez debe centrar el análisis en la disponibilidad del tratamiento en el Estado de residencia habitual, y no en una comparación entre la calidad de atención de cada Estado. Es decir, que el grave riesgo exigido para que

concurra la excepción (art. 13, inc. b, Convención de La Haya) solo se produce en aquellos casos donde un tratamiento es o sería necesario con urgencia y no se encuentra disponible o del todo accesible en el Estado de residencia habitual. En el caso de autos, al momento de este dictamen se encuentran autorizados los viajes a España, por lo que no habría imposibilidad material de realizar el traslado, y el acceso a las vacunas y el nivel de vacunación en el Estado requirente no se discute en esta instancia.

Más allá de lo expresado, dada la cambiante evolución de la pandemia en cada uno de esos países, esas consideraciones deben ser efectuadas al momento de la ejecución de la restitución mediante la adopción de medidas adecuadas tendientes al resguardo psicofísico de las niñas.

Por lo demás, y en atención a que el superior tribunal local en la sentencia recurrida valoró como circunstancia determinante para rechazar la restitución solicitada, que la actora tenía una tarjeta de residencia que vencía en mayo del 2019, es preciso señalar que fue acreditada la obtención de la tarjeta de residencia vigente en España al momento de presentar el recurso extraordinario, por lo que deviene inconducente el análisis de tal fundamento. En efecto, las sentencias de la Corte Suprema deben ajustarse a las condiciones existentes al momento en que se dictan, incluso si estas son sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 344:1360, “*Tabes S.A.*”).

Despejados tales aspectos, no advierto configurada en el caso de autos la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, de la Convención de La Haya.

Ahora bien, en la audiencia celebrada ante el superior tribunal local, según surge de la sentencia recurrida, las niñas manifestaron oponerse “fuertemente” a su regreso a España, “por un profundo deseo de continuar su vida en un entorno muy específico, pues ambas dejan enérgicamente ver que sus dos años de estadía en España no lograron alterar su propia conexión afectiva y emocional con su círculo de pertenencia existente en la ciudad de Bernal, al cual siempre se han sentido y mantenido vinculadas e integradas” (v. consideración del magistrado Pettigiani). En la sentencia se agrega que tanto A. como N. logran distinguir entre las cuestiones relativas a su custodia de las relacionadas con la solicitud de restitución.

En relación con ello, cabe precisar que la excepción prevista en el artículo 13, cuarto párrafo, de la Convención de La Haya en cuanto se refiere a la opinión de los niños, sólo procede frente a una verdadera

oposición, entendida como un repudio genuino, coherente e irreducible a regresar, y no como una mera preferencia o negativa (Fallos: 339:1742, “B.D.C., G.E.”).

Bajo tales premisas, y en tanto no consta agregada a la causa acta o registro que dé cuenta de las manifestaciones concretas de las niñas en la audiencia celebrada ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 16 de octubre de 2019, no es posible determinar la existencia de una verdadera oposición en los términos requeridos por la Convención para la procedencia de la excepción. En tales condiciones, y teniendo en cuenta la carencia apuntada, de estimarlo pertinente esa Corte Suprema, podría convocarse a las niñas A. y N. a efectos de que sean oídas (art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño) en su caso con la intervención de la Defensoría General de la Nación y de esta Procuración General.

-VII-

Finalmente, considero oportuno reiterar que en el presente procedimiento no se juzga sobre la modalidad del cuidado personal de las niñas, ni sobre el derecho y deber de comunicación con ellas.

Además, estimo prudente destacar la preocupación puesta de manifiesto en casos anteriores, haciendo extensiva la recomendación que ambos progenitores recurran a la asistencia profesional en el área de la salud, sostengan a sus hijas con el mayor de los equilibrios y la responsabilidad que requiere la delicada situación en la que están inmersas.

-VIII-

En esos términos, téngase por contestada la vista concedida. Buenos Aires, 2 de septiembre de 2021. *Abramovich Cosarin Victor Ernesto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ restitución internacional de menores”.

Considerando:

1º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley, revocó la sentencia de cámara y rechazó el pedido de restitución internacional de las niñas A. y N. R. A. a la ciudad de Palafolls, Barcelona, España, con sustento en la oposición de estas a regresar a dicho país (art. 13, penúltimo párrafo, del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores –CH 1980-).

Contra dicho pronunciamiento, la progenitora requirente dedujo el recurso extraordinario federal que fue concedido.

2º) Que las cuestiones vinculadas con la admisibilidad del remedio federal, la configuración del traslado ilícito de las infantes por el progenitor que torna operativo el mecanismo de restitución pretendido y la inexistencia de una situación de grave riesgo que, en los términos del art. 13, inc. b, del CH 1980, constituya una excepción al pedido de retorno, encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que esta Corte Suprema comparte, hace suyos y a los que cabe remitir en razón de brevedad.

3º) Que respecto a la oposición de las niñas a regresar a su país de residencia habitual (art. 13, penúltimo párrafo, del CH 1980), excepción que la sentencia recurrida tiene por configurada y que motivó el rechazo de la demanda, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que, por la singular finalidad del convenio que rige el asunto, no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante. La posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular solo se abre frente a una voluntad calificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar (conf. Fallos: 333:604; 334:913; 335:1559; 336:97 y 458; y 339:1742).

Ello así, la configuración de la excepción sustentada en la oposición de los niños exige la existencia de una situación delicada que exceda el natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente. La mera invocación genérica del beneficio del niño, o los perjuicios que pueda aparejarle el cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configu-

rar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 2396; 334:1445 y 339:1763).

En esa línea de razonamiento, se ha sostenido que la integración conseguida en el nuevo ambiente -o, en el caso, el mantenimiento de la conexión afectiva y emocional con el círculo de pertenencia existente en la ciudad de Bernal que, según se refiere en la sentencia recurrida, invocan las niñas en apoyo a su postura y al que, según expresan, se sienten vinculadas e integradas- no constituye un motivo autónomo de oposición ni resulta decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida, ceñida únicamente a evitar que se concreten sustracciones ilícitas en infracción al derecho de custodia de uno de los progenitores (conf. Fallos: 333:604; 339:1763).

Idéntica conclusión resulta aplicable a la oposición fundada en la preferencia de vivir con uno u otro de los progenitores, desde que -valga recordarlo- no constituye objeto del proceso de restitución examinar lo atinente al cuidado personal de las niñas, que será asunto de análisis por ante la jurisdicción competente del país de residencia habitual.

5°) Que las constancias de la causa dan cuenta de que las niñas fueron adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados intervinientes en las diferentes instancias judiciales y también por intermedio de profesionales especializados, sin que de una adecuada ponderación tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en autos pueda concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas para configurar la citada excepción del art. 13, penúltimo párrafo del CH 1980 (conf. fs. 143; 145/146; 231; 331 y peritaje psicológico del 16 de octubre de 2019 incorporado digitalmente al expediente).

Aun cuando en las entrevistas las niñas manifestaron su deseo de permanecer viviendo en la localidad de Bernal, Provincia de Buenos Aires, tales declaraciones no tienen entidad suficiente para sustentar la excepción en cuestión. No ponen de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España fundada en serios motivos que así lo autoricen, sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde expresan se encuentran integradas y sin poder precisar si desearían vivir con su madre a quien,

sin embargo, han manifestado querer verla (confr. fs. 143). Tales argumentos, apreciados a la luz de los criterios señalados en este pronunciamiento, no bastan para constituir una objeción a la restitución.

La conclusión señalada no impide que las niñas, al tiempo de resolverse sobre las cuestiones de fondo vinculadas con su custodia y la responsabilidad parental –entre las que se encuentra la determinación del lugar de residencia–, puedan ejercer nuevamente su derecho a ser oídas y reiterar sus manifestaciones por ante quienes tienen a su cargo la resolución de tales aspectos, circunstancia que ha sido destacada por el señor Defensor General adjunto en su dictamen (confr. fs. 145/146 vta. y peritaje del mes de octubre de 2019 anteriormente citado).

Refuerza la solución propuesta el peritaje elaborado en respuesta a la medida para mejor proveer ordenada por la suprema corte local, según el cual ambas niñas cuentan con los recursos y mecanismos psicológicos necesarios para afrontar una situación de traslado –en caso de ordenarse su retorno–, y la circunstancia destacada por el referido tribunal en punto a que, por su edad, logran distinguir entre las cuestiones relativas a su custodia de las relacionadas con la solicitud de restitución.

6°) Que no obstante lo manifestado, el Tribunal estima conveniente reafirmar que el objetivo del CH 1980 radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro (conf. Fallos: 339:1763 y 344:1757). A tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo a las particularidades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquellas que resulten menos lesivas para las niñas.

A tal efecto, podrá evaluar la viabilidad de las medidas sugeridas por el señor Defensor General adjunto ante este Tribunal en el punto VI de su dictamen u otras que propendan a cumplir con la finalidad mencionada y resulten contemplativas de la emergencia sanitaria (“Guía de Herramientas para el Convenio HCCH Sobre Sustracción de Niños de 1980 en tiempos de COVID-19”, publicado en <https://assets.hcch.net/docs/3a0aceaf-a251-4eaa-a42c-4bbc227cd863.pdf>).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal y tomado intervención el señor Defensor General adjunto, se declara por

cedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en los términos señalados, se hace lugar a la demanda de restitución internacional (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden atento a la naturaleza de la cuestión debatida. Notifíquese. Comuníquese la decisión a la Autoridad Central Argentina y a las Juezas de Enlace de la República Argentina pertenecientes a la Red Internacional para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Oportunamente devuélvanse las actuaciones.

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

Recurso extraordinario interpuesto por la **actora L. I. A. G.**, representada por la **Dra. María Laura Lazzara**.

Traslado contestado por **G. H. R. M.**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María José Altamirano**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes y Juzgado de Familia n° 2, ambos de la Provincia de Buenos Aires**.

**A.C.U.D.E.N. c/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN s/ DAÑOS
Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Aún bajo la interpretación amplia del beneficio de justicia gratuita del artículo 55 de la ley 24.240 no resulta descalificable la imposición de costas decidida en la instancia provincial - rechazo de la acción colectiva promovida por una asociación de consumidores contra un banco a fin de que se dejara de cobrar una comisión por el diligenciamiento de oficios judiciales- pues no se configura el presupuesto legal que justifica la aplicación la norma citada.

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Si bien el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce a los usuarios y consumidores de bienes y servicios el derecho a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos, protección que fue receptada en la ley 24.240, ello no importa un reconocimiento en abstracto que prescinda del contexto en el que dichos derechos se encuentran inmersos; por el contrario, dicho reconocimiento se encuentra siempre circunscripto a una relación de consumo; es decir, que la referencia constitucional y legal que se ha admitido respecto de la relación de consumo acota los alcances de la protección, pues la ubica “dentro” de la relación específica entre proveedor y consumidor-usuario y no “fuera” de ella (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

No cabe duda de que la determinación de la presencia de un vínculo jurídico de consumo constituye el punto de partida a partir del cual sólo puede entrar en juego la tutela preferencial que la Ley Fundamental ha consagrado a favor de aquellos (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Carece de relevancia a los fines de tornar operativo el beneficio de justicia gratuita (art. 55 de la ley 24.240) si la asociación reviste carácter de vencedora, vencida o si el pleito termina por alguno de los modos anormales de resolución receptados por el ordenamiento procesal, pero no puede, sin más, extenderse razonablemente dicha conclusión a los supuestos en los que el resultado del juicio obedeció, precisamente, a la inexistencia del presupuesto inicial que debe presentarse para que se ponga en marcha el sistema de protección preferente que la Constitución Nacional consagra (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Si bien es cierto que el art. 55 de la ley 24.240 prevé el beneficio de justicia gratuita para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva, no cabe sino interpretar dicha afirmación en el marco de una previa relación de consumo existente entre el demandado y los consumidores y/usuarios a quienes las asociaciones pretenden proteger en sus intereses; la ausencia de dicha vinculación inicial entre las partes obsta -obviamente- al nacimiento de los beneficios que se derivan de su existencia y de los que, en consecuencia, aquéllos no pueden pretender prevalerse (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La operatividad del sistema de tutela preferente del beneficio de justicia gratuita sólo despliega sus efectos frente a la configuración de una relación de consumo (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

En virtud del principio *in dubio pro consumidor* que gobierna la materia consumeril, ante supuestos en los que no surja inequívoca la existencia de una relación de consumo o su presencia pueda resultar dudosa y requiera de un examen circunstanciado que la determine -y más allá de que finalmente se desestime la pretensión por no verificarse dicho vínculo-, la cuestión deberá ser dirimida a la luz del citado principio con las consecuencias que se derivan de ello en los distintos ámbitos, entre los que cabe incluir, obviamente, al beneficio de justicia gratuita (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art.280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La decisión de la Corte local que al considerar que no se encontraba configurada en el presente una relación de consumo no hizo mérito del beneficio de justicia gratuito contemplado en la ley 24.240 a la hora de resolver sobre las costas, no es arbitraria, en tanto se encuentra ajustada a las circunstancias particulares del caso y al derecho aplicable, sin que se advierten circunstancias excepcionales que justifiquen su descalificación como acto jurisdiccional válido (Voto del juez Rosatti).

-El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: A.C.U.D.E.N. c/ Banco Provincia del Neuquén s/ daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

Considerando:

1º) La Asociación de Consumidores y Usuarios de Neuquén (A.C.U.D.E.N) planteó una acción colectiva en contra del Banco de la Provincia de Neuquén a fin de que dejara de cobrar una comisión por el diligenciamiento de oficios judiciales y restituyera a los usuarios afectados las sumas pagadas por tal concepto.

2º) El Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén, en lo que aquí interesa, rechazó la acción colectiva por entender que en el caso no se configuraba una relación de consumo en los términos de la ley 24.240 e impuso las costas a la actora vencida.

A.C.U.D.E.N cuestionó la sentencia mediante recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 342/343. Sostuvo que la sentencia había violado el principio de congruencia al sostener que en el caso no existía relación de consumo. También se agravió de la imposición de costas por no ajustarse a lo previsto en el artículo 55 de la ley 24.240.

3° En cuanto a los agravios referidos a la violación del principio de congruencia por parte del superior tribunal de la causa, el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del CPCCN).

4° Tampoco es atendible la queja por la imposición de costas pues trata sobre una cuestión procesal, como regla ajena a la instancia extraordinaria, que ha sido resuelta sin arbitrariedad.

5° En efecto, de acuerdo con la sentencia apelada el cobro de una comisión por el diligenciamiento de oficios judiciales cuestionado por la actora no comporta una relación de consumo en los términos de la ley 24.240, conclusión que no es revisable en virtud de lo expresado en el punto 3° de la presente.

Consecuentemente, aún bajo la interpretación amplia del beneficio de justicia gratuita del artículo 55 de la ley 24.240 que sustenta el recurrente, no resulta descalificable la imposición de costas decidida en la instancia provincial pues no se configura el presupuesto legal que justifica la aplicación la norma citada.

Por todo ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia parcial*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1° Que la Asociación de Consumidores y Usuarios de Neuquén (A.C.U.D.E.N.) dedujo demanda contra el Banco de la Provincia de Neuquén con el objeto de que cesara en el cobro de la comisión que dicha entidad exigía por el diligenciamiento de oficios judiciales y se restituyera a todos los consumidores que utilizaron dicho servicio el dinero ingresado como contraprestación por dicho concepto, con más sus intereses.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén admitió el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la entidad bancaria y, con sustento en el principio *iuria novit curia*, en cuanto faculta a los jueces a apreciar los hechos expuestos y la relación sustancial con prescindencia de la calificación efectuada por los litigantes, revocó la sentencia apelada por entender que no se encontraba configurada en el caso una típica relación de consumo en los términos de la ley 24.240 que legitimara a la asociación para hacer valer su reclamo. En consecuencia, rechazó la demanda e impuso las costas de todas las instancias a la parte actora vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Contra dicho pronunciamiento la citada asociación dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 342/343. En términos generales, cuestiona la decisión apelada por entender que vulnera el principio de congruencia al apartarse de los términos en que había quedado trabada la litis y porque se habría expedido en exceso de su jurisdicción al hacer mérito de aspectos que no habían sido oportunamente planteados, así como también objeta lo atinente a la imposición de costas por no ajustarse a lo previsto en el art. 55 de la citada ley 24.240.

2°) Que los agravios vinculados con la violación del principio de congruencia y con el exceso de jurisdicción, resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3°) Que con respecto a los planteos referentes a las costas, cabe recordar que el art. 42 de la Constitución Nacional, en lo que al caso interesa, reconoce a los usuarios y consumidores de bienes y servicios el “derecho a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos”, protección que fue receptada en la ley 24.240 (t.o. ley 26.361). Empero, ello no importa un reconocimiento en abstracto que prescinda del contexto en el que dichos derechos se encuentran inmersos; por el contrario, dicho reconocimiento se encuentra siempre circunscripto –conforme el texto de la cláusula- a una *relación de consumo*. Es decir, que la referencia constitucional y legal que se ha admitido respecto de la *relación de consumo* acota los alcances de la protección, pues la ubica “dentro” de la relación específica entre proveedor y consumidor-usuario y no “fuera” de ella.

En tales condiciones, no cabe duda de que la determinación de la presencia de un vínculo jurídico de consumo constituye el punto de

partida a partir del cual sólo puede entrar en juego la tutela preferencial que la Ley Fundamental ha consagrado a favor de aquellos.

Esta Corte Suprema ha sostenido que la efectiva vigencia de este mandato constitucional requiere que dicha protección no quede limitada sólo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales y que, en ese sentido, debían interpretarse los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361) que han previsto el instituto del beneficio de justicia gratuita como medio adecuado para concretar la mencionada tutela preferente consagrada constitucionalmente (conf. doctrina Fallos: 338:1344 y causa CSJ 10/2013 (49-U)/CS1 “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario”, sentencia del 30 de diciembre de 2014, entre otros).

La gratuidad del proceso judicial, ha enfatizado, encuentra su razón de ser en la condición de debilidad estructural en la que se encuentra el consumidor/usuario en el marco de la relación de consumo con el objeto de facilitar su defensa y de evitar que obstáculos de índole económica puedan comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional (véase arg. Fallos: 338:1344, considerando 6°, *in fine*).

4°) Que esta Corte Suprema ha admitido, a la luz de los términos del citado art. 55, que el otorgamiento de dicho beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito (Fallos: 338:1344, citado). De ahí que –como regla– carece relevancia a los fines de tornar operativa la franquicia referida si la asociación reviste carácter de vencedora, vencida o si el pleito termina por alguno de los modos anormales de resolución receptados por el ordenamiento procesal. Empero, corresponde precisar que no puede, sin más, extenderse razonablemente dicha conclusión a los supuestos en los que el resultado del juicio obedeció, precisamente, a la inexistencia del presupuesto inicial que debe presentarse para que se ponga en marcha el sistema de protección preferente que la Constitución Nacional consagra.

En efecto, si bien es cierto que la mencionada norma prevé dicho beneficio “para todas la acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva”, no cabe sino interpretar dicha afirmación en el

marco de una previa relación de consumo existente entre el demandado y los consumidores y/usuarios a quienes las asociaciones pretenden proteger en sus intereses. La ausencia de dicha vinculación inicial entre las partes obsta -obviamente- al nacimiento de los beneficios que se derivan de su existencia y de los que, en consecuencia, aquéllos no pueden pretender prevalerse.

5°) Que la conclusión señalada no importa restringir o limitar indebidamente el acceso a la justicia ni la protección constitucional con que cuentan los consumidores y/o usuarios mediante las asociaciones pertinentes constituidas para la tutela de sus derechos, ni mucho menos desconocer el alcance del referido beneficio de justicia gratuita, sino puntualizar que la operatividad del sistema de tutela preferente bajo examen sólo despliega sus efectos frente a la configuración de una relación de consumo. Como se ha señalado anteriormente, la desigualdad de condiciones que se presentan entre las partes que integran la citada relación constituye la principal razón que justifica la gratuidad del proceso.

La adecuada comprensión del asunto contribuye a desalentar un eventual ejercicio impropio y/o abusivo de acciones judiciales promovidas bajo la apariencia de defensa de derechos de los consumidores y/o usuarios. Claro está que, como sucede con relación a otros aspectos, en virtud del principio *in dubio pro consumidor* que gobierna la materia consumeril, ante supuestos en los que no surja inequívoca la existencia de una relación de consumo o su presencia pueda resultar dudosa y requiera de un examen circunstanciado que la determine -y más allá de que finalmente se desestime la pretensión por no verificarse dicho vínculo-, la cuestión deberá ser dirimida a la luz del citado principio con las consecuencias que se derivan de ello en los distintos ámbitos, entre los que cabe incluir, obviamente, al beneficio de justicia gratuita.

6°) Que en ese orden de ideas, y dado el modo en que se han resueltos las restantes cuestiones planteadas, la decisión de la Corte local que al considerar que no se encontraba configurada en el presente una relación de consumo no hizo mérito del beneficio de justicia gratuito contemplado en la ley 24.240 a la hora de resolver sobre las costas, se encuentra ajustada a las circunstancias particulares del caso y al derecho aplicable, sin que se advierten circunstancias excepcionales que justifiquen su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con Costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS
MAQUEDA

Considerando:

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

Por ello, se desestima el recurso extraordinario planteado. Sin especial imposición de costas en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la ley 24.240. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por A.C.U.D.E.N representada por los Dres. Mario Alfredo Tassano y Sebastián Raúl Perazolli.

Traslado contestado por el Banco Provincia de Neuquén representado por el Dr. Hugo Reyes Martínez.

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, Sala Civil.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala II del Juzgado Civil, Comercial y de Minería n°1 de Neuquén.

ÁLVAREZ, MARCOS AURELIO Y OTRO S/ P.S.S.AA. NEGOCIACIONES
INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Es arbitraria la sentencia que rechazó el agravio relativo a la falta de razonabilidad del plazo de duración del proceso, toda vez que se limitó a reconocer el incumplimiento de plazos procesales al que la parte aludiera sin ensayar, como era necesario, una justificación que derrotara precisamente lo que la parte había planteado, esto es, que la presencia de “tiempos muertos” había impactado inválidamente en la prolongación irrazonable del proceso, es decir no rebatió las apreciaciones de la defensa acerca de la falta de impulso jurisdiccional de la causa por periodos considerables, lo cual resulta contrario a la garantía analizada (Disidencia del juez Rosenkrantz y disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Es arbitraria la sentencia que rechazó el agravio relativo a la falta de razonabilidad del plazo de duración del proceso, pues la mera referencia a la complejidad del asunto y a las diligencias necesarias para la producción de prueba, en los términos en que fue efectuada, deja sin rebatir el planteo de la parte en el sentido que, como la investigación insumió menos de los tres primeros años del proceso, este extremo no podía ser invocado para justificar su extensa prolongación (para esa época, más de quince años); en tanto la complejidad de la investigación, que constituye un factor relevante a la hora de evaluar si el plazo que insume el proceso es razonable, puede obedecer al número de partes o implicados en el proceso, a la complejidad procedimental o a la necesidad de practicar trámites complicados (v.g. las comisiones rogatorias a distintas jurisdicciones o ciertos dictámenes periciales) (Disidencia del juez Rosenkrantz y disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Resulta inadmisibles dilatar al imputado y a su defensa la responsabilidad de la prolongación del proceso por haber efectuado planteos que demandaron tiempo para su resolución, pues el uso regular de las facultades procesales, la manera en que el imputado diseñe su estrategia defensiva y el modo de interponer recursos no pueden ser considerados en contra del imputado (Disidencia del juez Rosenkrantz y disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

El imputado no es el responsable de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal y no se le puede exigir que soporte la carga del retardo en la administración de justicia pues ello traería como resultado el menoscabo de su derecho de defensa (artículo 18 de la Constitución Nacional), por lo cual la omisión de instar el proceso o el aprovechamiento de la inactividad jurisdiccional no implican que el imputado se vea impedido de invocar la garantía del plazo razonable, en tanto fomentar mayor celeridad no es un deber u obligación que recaiga en la defensa y resulta ilegítimo considerar que se dispensa el derecho a un juicio rápido por no haber acudido a presentaciones como el pronto despacho o la queja por retardo de justicia; quienes deben velar porque no prosperen los abusos o entorpecimientos son los jueces de la causa (Disidencia del juez Rosenkrantz).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Corresponde descalificar el restante argumento del fallo que descartó la violación de la garantía al juicio rápido por haberse ya dictado condena, pues dicho argumento se basa en un entendimiento estrecho del ámbito de aplicación de la garantía en trato que no se condice con el que se le otorgara en los precedentes de la Corte en la materia (“Santander”, Fallos: 331:2319; “Barroso”, Fallos: 333:1639; “Oliva Gerli”, Fallos: 333:1987; “Goye”, Fallos: 340:2001; entre muchos otros) pues el derecho analizado rige aun para las causas con todos los hitos pro-

cesales fundamentales cumplidos (Disidencia del juez Rosenkrantz y disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Toda vez que el imputado no es el responsable de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, no se le puede exigir que soporte la carga del retardo en la administración de justicia pues ello traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley (Disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

PENA

El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial (Disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

PENA

El rechazo del a quo del planteo relativo a la omisión de ponderar el impacto de la demora en el juzgamiento de un hecho acaecido a casi dos décadas en el monto punitivo por entender que la duración del proceso solo resulta relevante para la decisión relativa a la vigencia de la acción penal, resulta una posición que está basada en una comprensión inadecuada del alcance de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable conforme surge, mutatis mutandis, de lo resuelto en “Espíndola” (Fallos: 342:584) (Disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

PENA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que, en los casos concernientes a la excesiva duración de los procedimientos penales, tanto la discontinuidad del proceso, dependiendo de la duración del caso, como la reducción del término de la pena privativa de la libertad efectuada expresamente en consideración a esta demora, constituyen maneras válidas para remediar la violación del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra una disposición equivalente a la del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica (Disidencia del juez Maqueda).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba rechazó las excepciones de falta de acción y extinción de la acción penal, así como el recurso de casación, que habían sido interpuestos por la defensa de Germán Luis K G y, en consecuencia, confirmó su condena a tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial perpetua, como autor del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (fs. 2/62).

Contra esa resolución, se interpuso el recurso extraordinario de fojas 65/84 que, al ser parcialmente denegado (fs. 121/133), dio lugar a esta queja.

-II-

La presentación directa se refiere a agravios fundados en el principio acusatorio, el debido proceso y la defensa en juicio, garantías que habrían sido vulneradas al rechazarse la excepción de falta de acción que dedujo la defensa inmediatamente después de que el fiscal general y la querrela contestaran la vista corrida por el tribunal. Ambas partes acusadoras se habían expedido con opinión favorable a la procedencia del planteo de prescripción de la acción pena l formulado por la defensa en el recurso de casación.

Los recurrentes interpretan que la doctrina de “Tarifeño” (Fallos: 325:2019) alcanza a cualquier pedido de absolución o sobreseimiento de quien ejerce la función de acusar, “en cualquier momento del proceso y con relación a cualquier tipo de situación que implique que el titular de la acción retire la acción penal” (fs. 69/vta); por lo tanto, dado que el fiscal y la querrela consideraron durante el trámite del recurso de casación que la acción estaba prescripta, el tribunal no tenía habilitada la jurisdicción para dictar una sentencia sobre el fondo.

Otro de los motivos de reclamo versa sobre la duración del proceso, la cual se estima que excedió lo razonable teniendo en consideración que los plazos que fija el código de forma han sido ampliamente superados y que la demora no puede justificarse por la complejidad de la causa o la conducta procesal del imputado.

Asimismo, los apelantes cuestionan con base en la doctrina de la arbitrariedad el tratamiento que la sentencia deparó a la cuestión de la responsabilidad del acusado en el hecho. En atención a los límites reglamentarios a la extensión del recurso, se remitieron a la expresión de los agravios realizada en el recurso de casación; no obstante, señalaron que el tribunal no explicó la forma en que valoró los indicios a partir de los cuales tuvo por acreditada la culpabilidad del imputado, se apoyó en la declaración de un testigo mendaz, no tomó debidamente en consideración que la contratación se hizo con la empresa que presentó la oferta más conveniente, a la que incluso se le solicitó con éxito una mejora en el precio y la aceptación de una cláusula que facultaba a la municipalidad a rescindir unilateralmente el contrato sin derecho a compensación.

El recurrente extiende la tacha de arbitrariedad a la individualización de la pena impuesta a K, por haberse omitido considerar con seriedad circunstancias atenuantes o bien por valorarlas en sentido agravatorio y computar como agravantes elementos del hecho que ya formaban parte del tipo legal; todo ello con el objetivo de fijar una pena que por su cantidad impidiera dejar en suspenso su cumplimiento, lo que hubiese resultado adecuado a las características personales del autor y conforme con el principio constitucional de resocialización.

Por último, la defensa señala, como vicio del procedimiento, que el tribunal no tomó el juramento a los jurados populares que exige la ley local en el momento de su incorporación al debate, razón por la cual ese cuerpo nunca adquirió la capacidad legal para dictar una sentencia válida.

-III-

La cuestión introducida en primer lugar es conceptualmente análoga a la que fue tratada por esta Procuración General en el dictamen emitido el 7 de junio de 2018 en el expediente FSA 74000120/2011/TO1/26/RH9, “S, Milagro Amalia Ángela y otros s/ daño agravado (art. 184 inc. 5) y amenazas”. En aquel caso también sostenía el recurrente que el fiscal general podía, en la oportunidad emitir su opinión respecto del recurso de casación deducido por la defensa, adoptar un criterio que implicara revocar la acusación formulada por el fiscal de grado anterior en la etapa del juicio oral, y que ello delimitaba el alcance de la jurisdicción del tribunal superior. La posición de la Procuración General en ese caso fue que una atribución tal, otorgada al fiscal general en el marco de su intervención en la instancia de revisión abierta por su contraparte, no se derivaba necesariamente de la organización jerárquica y el principio de unidad de actuación que caracterizan al Ministerio Público Fiscal.

En relación con la alegada afectación del principio acusatorio y la garantía de imparcialidad, que el apelante sustenta en la doctrina sentada in re “Tarifeño”, “García” (Fallos: 317:2043) y “Cattonar” (Fallos: 318:1234), corresponde señalar que el recurso desatiende las diferencias entre los hechos analizados en esos precedentes y los del *sub ju-dice*, y en esa medida queda resentida su fundamentación.

Es que, como se dijo también en el dictamen anteriormente citado, en tales pronunciamientos la Corte consideró que habían sido inobservadas las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia porque las condenas fueron dictadas a pesar de que los respectivos fiscales, durante el debate, solicitaron la absolución de los imputados. Sobre esa base, el Tribunal concluyó que habían sido pronunciadas sin que mediaran acusaciones. Similar situación se presentó en “Cáseres” (Fallos: 320:1891) y “Mostaccio” (Fallos: 327:120), entre otros. Esos casos, efectivamente, son diversos al *sub examine*, y pienso que esa circunstancia hacía necesario para el recurrente demostrar que el fiscal general -conforme la tesis que propuso- estuviera válidamente habilitado a retractar la acusación pública, en un supuesto en el que ésta había sido formulada por el agente fiscal, mantenida por su superior durante el debate y asentida por el tribunal del juicio al dictar sentencia.

Por el contrario, la situación del *sub lite* es idéntica a la que se planteó en el recurso deducido en la causa R. 1573, L. XL, “Read, Enrique Horacio s/ homicidio culposo”, que el Tribunal declaró inadmisibile

el 24 de octubre de 2006. Según surge del dictamen emitido en esas actuaciones por esta Procuración General, allí también el agente fiscal había requerido la apertura del juicio, al cabo del debate sostuvo la acusación y solicitó la condena del imputado, que fue luego dictada por el tribunal. Además, al igual que en el presente,

el fiscal de la siguiente instancia compartió los argumentos del recurso de la defensa y se abstuvo de sostener la condena. Y, como a mi modo de ver ocurre en el *sub examine*, allí tampoco el recurrente había explicado por qué la opinión del fiscal de la instancia recursiva favorable al acusado tendría eficacia vinculante para dejar sin efecto una condena dictada, al igual que en estas actuaciones, a partir de una acción oportuna y legítimamente ejercida (conf. dictamen emitido por esta Procuración General en dichos autos el 6 de febrero de ese año).

En síntesis, y salvo la mejor interpretación que de sus propias sentencias pueda hacer V.E., en “Tarifeño” se ha sentado una doctrina sobre el valor que cabe otorgar al pedido de absolución formulado por el fiscal en el debate, sin que puedan extrapolarse sus conclusiones a la posterior etapa recursiva. Incluso ése ha sido el criterio que en lo sustancial se reiteró en el precedente “Ruiz” (Fallos: 339:1208) que ha invocado el recurrente en apoyo de su reclamo.

Los argumentos expuestos complementan los razonables fundamentos expresados por el *a quo* para rechazar el agravio, basados en el derecho procesal cordobés que no reconoce al fiscal general la facultad de retractar la acusación luego de la sentencia. En este sentido, el superior tribunal afirmó que su jurisdicción se encuentra abierta y limitada sólo por la pretensión de la parte recurrente ; cuando esa parte es la defensa, no es una obligación legal del Ministerio Público emitir opinión, sino que queda a su discreción, y en caso de ejercerla , no es vinculante para el tribunal (fs. 5 vta.). Con respecto a este punto, resta decir que no corresponde a la Corte por la vía del artículo 14 de la ley 48 revisar la interpretación del derecho local realizada por los jueces de la causa, pues se trata del ejercicio de sus facultades privativas (Fallos: 324:4293; 325:2534; 330:53; entre otros).

-IV-

Junto con el planteo de prescripción de la acción penal que fue tratado por esta Procuración General al dictaminar en el día de la fecha en el expediente CSJ 1272/2018/CS1, la defensa califica la duración del proceso como lesiva del derecho de su representado a ser juzgado en un plazo razonable. El tema fue tratado en la sentencia al responder

las cuestiones cuarta y quinta (ver fs. 20 vta. y ss.). El tribunal sostuvo allí que en este proceso fueron investigados el entonces intendente de la ciudad de Córdoba y el subsecretario de coordinación administrativa, por haberse interesado en una contratación entre la municipalidad y la empresa “R A”, dedicada al seguimiento satelital de vehículos y vinculada a Marcos Aurelio Á, cuñado del intendente. El contrato fue la culminación de una maniobra compleja que comenzó con las gestiones de Á dirigidas a adquirir la empresa, pero ocultando su participación. Luego, los funcionarios establecieron la conveniencia de dotar a la flota de automóviles municipales de un control satelital y tomaron las decisiones necesarias para evitar el proceso de licitación pública y encaminar la selección de “R A” como prestadora de ese servicio. La última etapa corresponde a la celebración formal del contrato.

La prueba de los hechos requirió, según puede leerse a fojas 25 vta./26, de distintos medios y se sustanció en diversos lugares dentro y fuera de la jurisdicción territorial del tribunal. Además, en el ejercicio legítimo de sus derechos, las partes realizaron numerosos planteos en todas las etapas del proceso.

También valoró que -a diferencia de ciertos casos en que la Corte admitió reclamos basados en esta garantía- el juicio había llegado a su fin con el dictado de la sentencia definitiva.

El examen conjunto de todas las circunstancias a la luz de los criterios doctrinales vigentes en la materia, llevaron al tribunal a concluir que la duración del proceso había sido razonable.

Esta Procuración General, al dictaminar el 11 de junio de 2019 en los autos “S, Luis Eustaquio Agustín y otros s/infracción ley 22.415”, expte. CPE 33008830/1997/8/1/2/RH3, sostuvo que la propia naturaleza del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, impide determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues depende en gran medida de diversas características propias de cada caso, por lo que no puede traducirse en un número de días, meses o años (conf. voto en disidencia de los jueces Fayt y Bossert en “Kipperband”, Fallos: 322:360 y dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Acerbo”, Fallos: 330:3640). En el mismo sentido, V.E. ha señalado que no existen plazos automáticos o absolutos y ningún lapso puede ser considerado per se violatorio de la garantía (“Barra”, Fallos: 327:327); y si bien los jueces no pueden fijar con precisión matemática cuál es el plazo razonable de duración de un proceso, no equivale a eximirlos de profundizar y extender los argumentos de su

decisión, a fin de que la valoración pueda ser examinada críticamente y de evitar que se convierta en la expresión de una pura subjetividad (“Amadeo de Roth”, Fallos: 323:982).

Sin perjuicio de esa dificultad, el Tribunal ha señalado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 319:1840; 323:4130) consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el artículo 8º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe medirse en relación con una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:3640). Esos parámetros, tomados a su vez de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, fueron aplicados por la Corte Interamericana, entre otros, en los casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 29 de enero de 1997, serie C n° 30, párrafo 77; “Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C n° 35, párrafo 72; “Comerciantes vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C n° 109, párrafo 190; “Tibi vs. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C n° 114, párrafo 175.

Es igualmente importante destacar que el cómputo del plazo debe iniciarse cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “López Álvarez vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 1º de febrero de 2006, serie C n° 141, párr. 129 y caso “Baldeón García vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C n° 147, párr. 150). En otros términos, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas opera a partir de que la persona es legitimada en forma pasiva en un proceso, es decir cuando es llamada a prestar declaración indagatoria, tal como V.E. lo juzgó en la causa FRO 51000473/2009/1/RH1, “N.N. s/delito anterior al sistema”, del 27 de septiembre de 2018. Además, el *sub lite* presenta algunos elementos que han sido enumerados por la Corte Interamericana a los fines de determinar “la complejidad del asunto” y, por lo tanto, su consideración es pertinente: v. gr., hechos cometidos por funcionarios públicos que involucran debates técnicos (caso “López Mendoza vs. Venezuela, Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 1º de septiembre de 2011, serie C

n° 233, párr. 163); prueba compleja y pluralidad de sujetos procesales, aspectos o debates jurídicos (“Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C n° 246, párr. 156).

En relación con la actividad procesal de las partes, si bien las múltiples presentaciones y recursos de los imputados no pueden ser considerados en su contra, no obstante y sin menoscabo de su derecho de defensa, constituyen un factor objetivo y el tiempo requerido para su contestación o resolución no puede serle atribuido al Estado y debe ser tomado en cuenta a los fines de determinar si la duración del procedimiento excedió el plazo razonable (conf. Corte Interamericana, caso “Mémoli vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 22 de agosto de 2013, serie C n°. 265, párr. 174).

Al respecto, a fojas 14 vta. el *a quo* consignó una relación útil y detallada de la actividad procesal que se registró en la causa, de la que surge que Germán K fue citado a indagatoria el 17 de marzo de 2004; se requirió su citación a juicio el 31 de julio de 2006; el juez de control, tras considerar la oposición de las partes, resolvió elevar la causa a juicio el 9 de octubre siguiente; la defensa apeló y la cámara, luego de sustanciar el recurso, convocó a las partes a la audiencia fijada inicialmente para el 10 de mayo de 2007, reprogramada para el 19 de junio siguiente por pedido del abogado de uno de los imputados; el 20 de mayo de 2009 la cámara de acusación confirmó la elevación de la causa a juicio y contra esa decisión la defensa de K interpuso recurso de casación, cuyo rechazo por el superior tribunal fue informado el 23 de noviembre siguiente; ese mismo día, el tribunal de juicio dictó el auto de clasificación de la causa; que fue impugnado por los abogados de K mediante recurso de reposición y casación en subsidio, ambos rechazados el 2 de diciembre; dos días después, el representante de otro imputado planteó la nulidad del auto de clasificación y el 15 de diciembre instaron la prescripción de la acción los defensores de K; las dos presentaciones fueron rechazadas entre marzo y mayo de 2011; contra la decisión que no hizo lugar a la prescripción, se interpuso recurso de casación, que al ser denegado dio lugar a una queja, la que a su vez fue rechazada por el superior el 10 de febrero de 2012; el 14 de mayo siguiente tuvo lugar la citación a juicio y el 6 de noviembre se abrió a prueba; el 23 del mismo mes se presentó un nuevo pedido de prescripción que se rechazó el 4 de diciembre próximo y también derivó en otro recurso de casación, declarado inadmisibles el 14 de mayo de 2013; algunos días antes, el 9 de abril, la cámara había confirmado, ante un

planteo del Ministerio Público Fiscal, la integración del tribunal con jurados populares, decisión que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, rechazado el 3 de junio de 2015; el 24 de agosto siguiente los defensores de K volvieron a instar su sobreseimiento, lo que fue rechazado al día siguiente; el 28 la defensa pidió la nulidad de esa decisión, a lo que se hizo lugar el mismo día; el 31, otro imputado pidió que se declarara la prescripción de la acción; el 1° de septiembre de 2015 comenzó el debate, al día siguiente el tribunal rechazó los planteos de prescripción; durante el juicio, Germán K revocó el mandato de sus abogados y designó otros, a quienes se tuvo por nombrados el 23 de septiembre subsiguiente; el debate continuó hasta el 29 de octubre de 2015, fecha en que se dictó la sentencia condenatoria, cuyos fundamentos fueron leídos el 13 de noviembre de aquel año (ver fs. 15/18).

La breve reseña del párrafo anterior muestra que en este expediente, cuya calificación como asunto complejo encuentra respaldo en la presencia de varios de los indicadores mencionados más arriba, el plazo que transcurrió desde la citación a indagatoria de K hasta la sentencia definitiva, se explica más bien por la profusión de planteos y recursos legales interpuestos por los acusados durante la etapa de juicio y no por falta de diligencia especialmente relevante o inactividad que pueda enteramente atribuírsele a las autoridades judiciales (conf. CIDH, caso “Mémoli vs. Argentina” ya citado).

La realización de la actividad judicial indispensable para la resolución de tales planteos con respeto de las garantías de las partes, necesariamente requiere de tiempo, que habrá de ser el más breve posible en resguardo del derecho aquí examinado, pero en modo alguno puede dejar de tenerse en cuenta esta circunstancia cuando se trata de realizar una valoración global de la duración del proceso judicial.

Por otra parte, si bien la sentencia impugnada no mencionó el cuarto criterio para determinar la razonabilidad del plazo, “situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”, utilizado por la Corte Interamericana a partir del caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C n° 192, párrafo 155, su examen tampoco indica la lesión de la garantía. En ese precedente, se sostuvo que debía tomarse en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia.

Así se estableció que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el

procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. En el *sub lite*, no se ha acreditado que la duración del procedimiento haya afectado de manera relevante la situación de los imputados más allá de la restricción que comporta, en sí mismo, el enjuiciamiento penal

Por lo demás, si bien el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme (CIDH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C n° 35, párr. 71), no puede ser soslayado que en este caso ya fue dictada la sentencia y la defensa obtuvo la revisión de la condena para cumplir con la garantía del doble conforme; por lo tanto, la situación dista de la contemplada en “Barra” (Fallos: 327:327), donde restaba una parte sustancial del trámite para la culminación del litigio y no se podía predecir que en el corto plazo se obtendría una decisión definitiva.

En suma, la solución que el *a quo* adoptó en este punto no constituye sino la razonable conclusión que se deriva de las pautas generales ampliamente aceptadas en la materia con referencia a las circunstancias particulares del proceso. Al no introducir argumentos novedosos para apartarse de ello, el reclamo de la defensa debe reputarse insustancial (Fallos: 316:2747; 323:1432; 330:3801).

-V-

Los recurrentes tacharon de arbitraria la sentencia en cuanto tuvo por probado que Germán K realizó el hecho de manera punible. Para no infringir las reglas de la acordada n° 4/2007, se excusaron de desarrollar el argumento completo e n la apelación extraordinaria y se remitieron a la exposición del recurso de casación de fojas 2276/2367 del expediente principal que tengo a la vista. Los cuestionamientos se dirigen a la valoración de la prueba que, según su opinión, fue realizada sin sujeción a las reglas de la sana crítica, ya que de los elementos de juicio recolectados no surgía de manera inequívoca que el imputado supiera que su cuñado estaba interesado en el contrato que, como intendente de Córdoba, celebró con la empresa “R A” para prestar un servicio a la municipalidad a título oneroso.

Aunque es criterio de V.E. que el requisito de fundamentación autónoma sólo se cumple si la lectura del recurso extraordinario hace innecesaria la del expediente para pronunciarse sobre la procedencia de la vía de excepción, y no se satisface con la remisión a otras presentaciones efectuadas en la causa (Fallos: 323:1261; 328:792), estimo no obstante que, aun en la forma en que fue plan-

teado en el recurso de casación, el reclamo no es apto para ser conocido por la vía extraordinaria.

Así lo pienso, porque en aquella presentación la defensa solicitó una amplia revisión de la materia probatoria que cumpliera con la doctrina de la Corte sentada en Fallos: 328:3399 sobre el agotamiento de la capacidad de revisión, lo que fue llevado a cabo por el *a quo*, como surge indudablemente del extenso tratamiento que le dio al responder la séptima cuestión resuelta en la sentencia (ver fs. 31 vta./52 vta.).

Por ello, es oportuno recordar que conforme esa misma doctrina “satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, [la] Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable a l principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a [la] Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica” (Fallos: 328:3399, considerando 28).

Con el propósito de “aclarar en líneas generales el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes, en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión), y diferenciarlo adecuadamente de la materia de arbitrariedad reservada a (la) Corte, como complementaria de la anterior exigencia pero no requerida expresamente por el derecho internacional incorporado a la Constitución”, en el citado precedente se explicó que el método racional de reconstrucción histórica que se conoce como sana crítica consta de cuatro pasos que deben ser cumplidos: en primer lugar, la heurística se refiere a los criterios de admisibilidad de las fuentes de prueba; luego la crítica externa para determinar la autenticidad de las fuentes; de seguido, la crítica interna atañe a la credibilidad de la prueba misma; y por fin, la síntesis, que es la conclusión de los pasos anteriores y conduce a aceptar o desechar la hipótesis sobre el hecho pasado (considerandos 29 y 30).

A partir de esta noción, V.E. ha concluido que “la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la

sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder. No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna -sobre todo- haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores.

La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria” (considerando 31, énfasis original).

El vasto examen de la prueba que realizó el *a quo* (ver fs. 31 vta./52 vta.) en materia que le es privativa (Fallos: 311:571; 325:1922; 338:1156, entre otros), permite descartar un supuesto de esa gravedad. A lo largo de la sentencia, se advierte que han sido fundadamente respondidos los planteos relevantes sobre la admisibilidad y pertinencia de la prueba -como el caso de la incorporación de una declaración de Marcos Aurelio Á (fs. 46 vta./47) o la omisión de oír en el juicio a Schor Landman (fs. 45/vta.)-; dentro del campo de la crítica interna, el tribunal se pronunció, en cuanto fue materia de apelación, sobre la credibilidad de los testigos -en especial, Eusebio L (fs. 43 vta.)- y en general acerca de cómo habían sido valoradas las otras pruebas, por ejemplo, las declaraciones de los testigos J, W (fs. 44 vta.), M (fs. 45/vta.) y un pormenorizado detalle de todos los indicios con expresa invocación en cuanto a éstos del criterio de V.E. de Fallos: 311:948 (fs. 43/vta., 46 vta., 47, 50 vta. y *passim*).

Se trató, a mi modo de ver, de una respuesta que agotó la capacidad de rendimiento del recurso de casación como lo pide la doctrina de Fallos: 328:3399 y que se refería a agravios basados en una crítica distinta de los elementos de juicio, que pretendían mostrar un defecto o error judicial en la apreciación de la prueba o sembrar la duda mediante el planteo de hipótesis alternativas (ver fs. 31 vta. y siguientes). La remisión al recurso de casación no puede -más allá

de las objeciones formales señaladas- dar sustento a la apelación extraordinaria porque implica hacer caso omiso de las diferencias que existen entre la materia de la casación y la que corresponde a la instancia del artículo 14 de la ley 48, que no se abre para pronunciarse sobre el acierto o error de las sentencias en materia fáctico-probatoria (Fallos: 329:1631; 330:4770; 331:477), sino únicamente cuando en la decisión no puede reconocerse la utilización de un método racional para la reconstrucción histórica de los hechos o si -a diferencia de lo que se aprecia en autos - el tribunal desconoce las restricciones impuestas por la Constitución y la ley procesal en garantía de los derechos fundamentales de los imputados.

-VI-

También atañe a la apreciación de circunstancias fácticas -relativas tanto al hecho como a su autor - el reclamo por el que se cuestiona la determinación de la pena en tres años y medio de prisión para un delito que prevé una escala de uno a seis años (art. 265 del Código Penal). La crítica expresa un desacuerdo con el valor asignado a dichas circunstancias en la determinación de la gravedad del hecho y de la culpabilidad.

Al igual que en la cuestión anterior, ésta también ha sido atendida por el *a quo* con la amplitud propia del estándar definido en Fallos: 328:3399 (ver fs. 52 vta./62, “octava cuestión”) y resulta ajena a la Corte Suprema, pues, de acuerdo a su constante jurisprudencia, el modo en que los magistrados ejercen las facultades para graduar las sanciones dentro de los límites fijados por las leyes respectivas no habilita la revisión por la vía del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 312:551; 315:1699; 331:1099; entre otros), en especial cuando se han tomado en consideración elementos atenuantes (fs. 57 vta., Fallos: 330:1975) y la pena fijada no se encuentra muy próxima al máximo previsto (conf. Fallos: 332:494, *a contrario sensu*).

Estas circunstancias, según lo veo, permiten distinguir al *sub judice* del precedente de Fallos: 333:584 que ha invocado el recurrente, pues allí, a diferencia del presente caso, se había omitido analizar de manera razonada el planteo de la defensa en cuanto a la procedencia de suspender el cumplimiento efectivo de una pena fijada en un monto que *a priori* permitía la suspensión condicional de su ejecución.

-VII-

El último punto de agravio sostiene la invalidez de lo actuado a partir del incumplimiento de la regla del artículo 28 de la ley provincial

9182 que dispone que, al incorporarse al debate, los jurados deberán prestar juramento ante el tribunal.

Sin dejar de reconocer la omisión del juramento en la apertura del debate, en la instancia anterior se expuso el cuadro completo de la situación. Surge de la sentencia que los miembros del jurado prestaron el otro juramento que prevé la ley en su artículo 21 al momento de ser designados (consta a fojas 22 del incidente de integración del jurado, agregado al principal que tengo a la vista) y que el artículo 50 establece que los ciudadanos designados por el procedimiento establecido en la presente ley tendrán estado judicial de jurados, en los términos del Artículo 162 de la Constitución de la Provincia, a partir de que acepten formalmente y presten el juramento correspondiente.

El tribunal, sobre la base de estos antecedentes, señaló que el juramento omitido no estaba previsto bajo pena de nulidad y que la regla sobre nulidades de orden general no era aplicable porque las cuestiones relativas a la capacidad, nombramiento y constitución del tribunal estaban salvadas por la primera jura que prestaron los jurados al ser designados (fs. 29/vta.). Por tal motivo, juzgó que al no estar en juego el estado judicial del jurado, el incumplimiento del juramento en la apertura del debate a lo sumo podría calificarse como un caso de nulidad relativa y, en ese supuesto, para prosperar el planteo debería haber sido formulado de inmediato y no luego de tramitar todo el juicio (fs. 30).

Para finalizar, puntualizó que la defensa no había acreditado la existencia de un perjuicio concreto y que las garantías de imparcialidad y juez natural invocadas no guardaban ninguna relación con la omisión del segundo juramento (fs. 30 vta./31).

Entiendo que la mención de esta respuesta del tribunal provincial es necesaria para resaltar que la cuestión remite nuevamente al examen del derecho procesal local, materia ajena a la revisión de la Corte y que, por haber sido resuelta con argumentos como los resumidos en el párrafo anterior, tampoco merece descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, de aplicación excepcional, y que no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales como lo haría un tribunal de tercera instancia, sino que se reserva para aquellas sentencias que no constituyan actos jurisdiccionales válidos por apartarse de constancias relevantes comprobadas, omitir el tratamiento de temas sustanciales planteados por las partes o incurrir en severas fallas lógicas o en absoluta carencia de fundamentación normativa (Fallos: 328:3922; 330:133 y 338:623).

Los argumentos ofrecidos por el *a quo*, por lo contrario, son una respuesta adecuada y suficiente a las cuestiones introducidas por el recurrente, cuya reiteración en esta instancia, por cierto, no satisface el recaudo de fundamentación autónoma a que se supedita la admisibilidad de la apelación extraordinaria, máxime cuando tampoco la defensa ha refutado lo dicho sobre al carácter tardío de su reclamo (Fallos: 325:1905; 330:694).

-VIII-

Conforme a lo expuesto, opino que V.E. debe desestimar la queja. Buenos Aires, 3 de julio de 2020. *Casal Eduardo Ezequiel*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Germán Luis Kammerath Gordillo en la causa Álvarez, Marcos Aurelio y otro s/ p.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se desestima la queja. Intímase a la parte recurrente a que, dentro del quinto día de notificada, efectúe el depósito que dispone el art. 286 del código citado, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y archívese.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*)–
JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO
– RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) Que contra el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba que confirmó la condena de Germán Luis Kammerath Gordillo a la pena de tres años y seis meses de prisión por ser encontrado autor del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (artículo 265 del Código Penal), la defensa técnica del nombrado interpuso recurso extraordinario federal cuya denegatoria, parcial, motivó esta presentación directa.

2°) Que en el recurso extraordinario federal, en lo que aquí interesa, el recurrente planteó como agravios constitucionales que: a) al rechazarse la excepción de falta de acción, se vulneraron el principio acusatorio, el debido proceso y la defensa en juicio; b) que no se tomó el juramento a los jurados populares que exige la ley local en el momento de su incorporación al debate; c) no se trató debidamente a la impugnación contra la sentencia que atribuyó la responsabilidad del acusado en el hecho; d) que se vulneró la garantía de ser juzgado en un plazo razonable; y e) que medió arbitrariedad en el proceso de individualización de la pena impuesta, lo que determinó su fijación en un monto que impide su cumplimiento condicional, lo que hubiese resultado adecuado a las características personales del autor y conforme con el principio constitucional de resocialización.

Los tres primeros agravios reseñados (a, b y c) no son aptos para habilitar la instancia extraordinaria pues, en lo que a ellos respecta, los apelantes no rebaten los argumentos formulados por el *a quo*.

En cambio, los cuestionamientos reseñados como (d) y (e) suscitan cuestión federal suficiente en la medida en que se denuncia que la sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa desconoció la garantía a ser juzgado en un plazo razonable (Fallos: 336:495 y sus citas) a la par que se denuncia violación a la garantía de defensa en juicio protegida en el artículo 18 de la Constitución Nacional por mediar arbitrariedad en lo resuelto (Fallos: 342:2389; 329:3006). Finalmente, existe relación directa e inmediata entre los agravios constitucionales incoados y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

te. Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la queja en este punto y examinar dichos planteos.

En virtud de lo antedicho, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el artículo 14 de la ley 48.

3°) Que el recurrente se agravó de la irrazonabilidad de la duración del proceso seguido en su contra respecto de un hecho que data del año 2000. En esta línea, resaltó que el proceso, cuya duración total supera el doble del plazo de seis años previsto en abstracto para la prescripción de la acción penal, no poseyó complejidad significativa alguna —a punto tal que la investigación se inició en el 2003 y finalizó en el 2006 cuando fue elevada a juicio— pero se caracterizó por “tiempos muertos” inexplicables. En efecto, la elevación a juicio fue dispuesta en 2006 y confirmada en el 2009, y la condena fue dictada en el 2015. Mantuvo que no se le atribuyeron maniobras dilatorias y que, si bien los plazos procesales son ordenatorios, constituyen un indicador temporal relevante y señaló, a título ilustrativo, que mientras que el ordenamiento procesal prevé un plazo de duración del proceso que puede llegar a los tres años en casos graves y de difícil investigación, ese término había sido superado cinco veces; que mientras que el plazo para tramitar un recurso de apelación es de *dieciocho días*, en el caso la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la elevación a juicio demoró *dos años y ocho meses* y que, frente al plazo de *cinco días* previsto en el rito para que, luego de asignarse el tribunal, se disponga la citación a juicio, en el caso la demora fue de *dos años y medio*; que según las normas que regulan la etapa de juicio, el debate debió realizarse en el 2010 pero se llevó a cabo en 2015 y que entre la sentencia y la resolución del recurso de casación transcurrieron más de dos años.

Por ello, el recurrente concluyó en que no resulta compatible con la garantía de defensa en juicio hacerle soportar al imputado las consecuencias de un proceso llevado sin la diligencia debida cuando la complejidad del caso no lo ameritaba, ni atribuirle a este la demora por las impugnaciones que articuló cuando fueron las autoridades judiciales las que las resolvieron con demora excesiva.

4°) Que, luego de efectuar una detallada reseña de los distintos actos procesales que se sucedieron a partir de la denuncia que dio inicio a la causa y de reseñar distintos precedentes en la materia dictados

por esta Corte Suprema, así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *a quo* afirmó que “*las circunstancias que rodean el caso bajo examen, conjugadas con los parámetros que rigen la revisión de la durabilidad del proceso, no evidencian que ésta haya sido en modo alguno, excesiva*”.

5°) Que, contrariamente a ello, un análisis de la sentencia impugnada muestra que el *a quo* rechazó el agravio relativo a la falta de razonabilidad del plazo de duración del proceso con base en fundamentos que deben ser descalificados, ya por resultar meramente aparentes o bien por no ajustarse a los criterios que esta Corte ha sentado en forma consistente en la materia.

6°) Que, en primer lugar, el *a quo* sostuvo que la mayoría de los plazos que el recurrente denunció que fueron incumplidos resultaban meramente ordenatorios, mientras que, los que no lo eran, fueron estrictamente respetados. Además, ponderó la complejidad de la maniobra desplegada en la comisión del hecho cuya comprobación, según sostuvo, “*requirió desarrollar un extenso caudal probatorio que involucró distintos medios de prueba*”.

Estas razones resultan meramente aparentes. La primera de ellas se limita a reconocer el incumplimiento de plazos procesales al que la parte aludiera sin ensayar, como era necesario, una justificación que derrotara precisamente lo que la parte había planteado, esto es, que la presencia de “*tiempos muertos*” había impactado inválidamente en la prolongación irrazonable del proceso. Así, no se han rebatido las apreciaciones de la defensa acerca de la falta de impulso jurisdiccional de la causa por períodos considerables, lo cual resulta contrario a la garantía analizada.

Análogo déficit corresponde predicar respecto del segundo fundamento invocado, ya que la mera referencia a la complejidad del asunto y a las diligencias necesarias para la producción de prueba, en los términos en que fue efectuada, deja sin rebatir el planteo de la parte en el sentido que, como la investigación insumió menos de los tres primeros años del proceso, este extremo no podía ser invocado para justificar su extensa prolongación (para esa época, más de quince años). La complejidad de la investigación, que constituye un factor relevante a la hora de evaluar si el plazo que insume el proceso es razonable, puede obedecer al número de partes o implicados en el proceso, a

la complejidad procedimental o a la necesidad de practicar trámites complicados (v.g. las comisiones rogatorias a distintas jurisdicciones o ciertos dictámenes periciales). En el caso, la sentencia apelada no ha mostrado que esa complejidad haya existido.

7°) Que el *a quo* también destacó que “los retardos en el juzgamiento de los casos tienen origen justamente en planteos de las partes que imponen una respuesta de los órganos judiciales” y que valorar “esta circunstancia no implica privilegiar la desidia de los tribunales por sobre las garantías acordadas al imputado... sino simplemente no desatender una circunstancia fáctica de evidente incidencia en la duración del proceso. A su vez, la exigencia a los imputados de que de alguna manera motoricen el proceso que se estima dilatado guarda relación con la particular pretensión que se vehiculiza a través de esta garantía... En este sentido, si lo que en verdad agravaba a los acusados era el ritmo en que avanzaba el trámite, debieron éstos o sus defensas acudir a los remedios legales que permiten instar una mayor celeridad (vgr. pronto despacho y, en su caso, queja por retardada justicia ante este Tribunal Superior...), y no lo hicieron”.

Esta justificación resulta problemática porque alude al tiempo insumido en la resolución de distintos planteos efectuados no solo por el aquí recurrente sino también por el fiscal y por otro imputado. Además, a partir de la elevación a juicio finalmente confirmada en el 2009, la mayoría de dichos planteos eran relativos a cuestiones incidentales que resultaban independientes del trámite del proceso. Lo que es más importante, el argumento ensayado por el tribunal apelado implica una clara inobservancia de una larga línea jurisprudencial de esta Corte, reseñada y reafirmada recientemente en “Goye” (Fallos: 340:2001), en virtud de la cual resulta inadmisibles endilgar al imputado y a su defensa la responsabilidad de la prolongación del proceso por haber efectuado planteos que demandaron tiempo para su resolución. El uso regular de las facultades procesales, la manera en que el imputado diseñe su estrategia defensiva y el modo de interponer recursos no pueden ser considerados en contra del imputado.

8°) Que también cabe descalificar el argumento de la sentencia impugnada por el que se reprocha al recurrente no haber realizado peticiones expresas para que el proceso tuviera un trámite más veloz. Conforme se recordara también en “Goye”, con cita de precedentes previos del Tribunal y de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, el imputado no es el responsable de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal y no se le puede exigir que soporte la carga del retardo en la administración de justicia pues ello traería como resultado el menoscabo de su derecho de defensa (artículo 18 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la omisión de instar el proceso o el aprovechamiento de la inactividad jurisdiccional no implican que el imputado se vea impedido de invocar la garantía del plazo razonable. Fomentar mayor celeridad no es un deber u obligación que recaiga en la defensa y resulta ilegítimo considerar que se dispensa el derecho a un juicio rápido por no haber acudido a presentaciones como el pronto despacho o la queja por retardo de justicia. No hay ningún deber positivo de colaborar con el propio juicio rápido; sí, en todo caso, un deber negativo de no entorpecerlo. Eventualmente, quienes deben velar porque no prosperen los abusos o entorpecimientos son los jueces de la causa.

9º) Que, por último, también corresponde descalificar el restante argumento del fallo que descartó la violación de la garantía al juicio rápido por haberse ya dictado condena. Dicho argumento se basa en un entendimiento estrecho del ámbito de aplicación de la garantía en trato que no se condice con el que se le otorgara en los precedentes del Tribunal en la materia (cf. “Santander”, Fallos: 331:2319; “Barroso”, Fallos: 333:1639; “Oliva Gerli”, Fallos: 333:1987; “Goye”, antes citado; entre muchos otros) pues el derecho analizado rige aun para las causas con todos los hitos procesales fundamentales cumplidos.

10) Que, en definitiva, el análisis de las respuestas brindadas por el tribunal apelado acerca de factores como la complejidad del caso, la conducta procesal del imputado y la conducta de las autoridades judiciales refleja su arbitrariedad, por resultar meramente aparentes o bien por no ajustarse a los criterios sostenidos por esta Corte sin fundamento suficiente.

Las consideraciones anteriores tornan inoficioso el tratamiento del agravio del apelante según el cual tanto la determinación como la justificación de la pena privativa de la libertad que le fuera impuesta careció de debida fundamentación.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara parcialmente admisible la queja y el recurso extraordinario

con los alcances indicados precedentemente y se deja sin efecto el fallo apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS
MAQUEDA

Considerando:

1º) Que contra el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba que confirmó la condena de Germán Luis Kammerath Gordillo a la pena de tres años y seis meses de prisión por ser encontrado autor del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265 Código Penal), la defensa técnica del nombrado interpuso recurso extraordinario federal cuya denegatoria parcial, motivó esta presentación directa.

2º) Que en el recurso extraordinario federal, en lo que aquí interesa, el recurrente planteó como agravios constitucionales que: a) al rechazarse la excepción de falta de acción, se vulneraron el principio acusatorio, el debido proceso y la defensa en juicio; b) que no se tomó el juramento a los jurados populares que exige la ley local en el momento de su incorporación al debate; c) no se trató debidamente a la impugnación contra la sentencia que atribuyó la responsabilidad del acusado en el hecho; d) que se vulneró la garantía de ser juzgado en un plazo razonable; y e) que medió arbitrariedad en proceso de individualización de la pena impuesta, lo que determinó su fijación en un monto que impide su cumplimiento condicional, lo que hubiese resultado adecuado a las características personales del autor y conforme con el principio constitucional de resocialización.

Los tres primeros agravios reseñados (a, b y c) no son aptos para habilitar la instancia extraordinaria pues, en lo que a ellos respecta, los apelantes no rebaten los argumentos formulados por el *a quo*.

En cambio, los cuestionamientos reseñados como (d) y (e) suscitan cuestión federal suficiente en la medida en que se denuncia que la sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa desconoció la garantía a ser juzgado en un plazo razonable (Fallos: 336:495 y sus citas) a la par que se denuncia violación a la garantía de defensa en juicio protegida en el art. 18 de la Constitución Nacional por mediar arbitrariedad en lo resuelto (Fallos: 342:2389; 329:3006). Finalmente, existe relación directa e inmediata entre los agravios constitucionales incoados y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente. Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la queja en este punto y examinar dichos planteos.

En virtud de lo antedicho, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48.

3°) Que el recurrente se agravia de la irrazonabilidad de la duración del proceso seguido en su contra respecto de un hecho que data del año 2000. En esta línea, resaltó que el proceso, cuya duración total supera el doble del plazo de seis años previsto en abstracto para la prescripción de la acción penal, no poseyó complejidad significativa alguna –a punto tal que la investigación finalizó en el año 2006- pero se caracterizó por “tiempos muertos” inexplicables dado que la investigación se inició en el año 2003, la elevación a juicio fue dispuesta en el año 2006, confirmada en el 2009 y la sentencia condenatoria fue dictada en el año 2015. Mantuvo que no se le atribuyeron maniobras dilatorias y que, si bien los plazos procesales son ordenatorios, constituyen un indicador temporal relevante y señaló, a título ilustrativo, que mientras que el ordenamiento procesal prevé un plazo de duración del proceso que puede llegar a los tres años en casos graves y de difícil investigación, ese término había sido superado cinco veces; que mientras que el plazo para tramitar un recurso de apelación es de *dieciocho días*, en el caso la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la elevación a juicio demoró *dos años y ocho meses* y que, frente al plazo de *cinco días* previsto en el rito para que, luego de asignarse el tribunal, se disponga la citación a juicio, en el caso la demora fue de *dos años y medio*; que según las normas que regulan la etapa de juicio, el debate debió realizarse en el 2010 pero se llevó a cabo en 2015 y que entre la sentencia y la resolución del recurso de casación transcurrieron más de dos años. Por ello, el recurrente concluyó que no resulta compatible con la garantía de defensa en juicio hacerle soportar al imputado las consecuencias de un proceso llevado sin la diligencia debida cuando la

complejidad del caso no lo ameritaba ni atribuirle a este la demora por las impugnaciones que articuló cuando fueron las autoridades judiciales las que las resolvieron con demora excesiva.

4°) Que, luego de efectuar una detallada reseña de los distintos actos procesales que se sucedieron a partir de la denuncia que dio inicio a la causa y de reseñar distintos precedentes en la materia dictados por esta Corte Suprema, así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *a quo* concluyó que “*las circunstancias que rodean el caso bajo examen, conjugadas con los parámetros que rigen la revisión de la durabilidad del proceso, no evidencian que ésta haya sido en modo alguno, excesiva*”.

5°) Que, contrariamente a ello, un análisis de la sentencia impugnada lleva a concluir que el *a quo* rechazó el agravio relativo a la falta de razonabilidad del plazo de duración del proceso con base en fundamentos que deben ser descalificados ya por resultar meramente aparentes o bien por no ajustarse a los criterios que esta Corte ha sentado en forma consistente en la materia.

En efecto, en primer lugar, el *a quo* sostuvo que la mayoría de los plazos que el recurrente denunció que fueron incumplidos resultaban meramente ordenatorios mientras que, los que no lo eran, fueron estrictamente respetados. En segundo término, ponderó la complejidad de la maniobra desplegada en la comisión del hecho, cuya comprobación “*requirió desarrollar un extenso caudal probatorio que involucró distintos medios de prueba*”.

Es claro que estas razones resultan meramente aparentes en tanto, la primera, se limita a reconocer el incumplimiento de plazos procesales al que la parte aludiera sin ensayar, como era necesario, una justificación que derrotara precisamente lo que la parte había planteado, esto es, que la presencia de “*tiempos muertos*” había impactado, inválidamente, en la prolongación irrazonable del proceso.

Análogo déficit corresponde predicar respecto del segundo fundamento invocado ya que la mera referencia efectuada a la complejidad del asunto y a las diligencias necesarias para la producción de prueba, en los términos en que fue efectuada, deja sin rebatir el planteo de la parte en el sentido que, como la investigación insumió menos de los tres primeros años del proceso, este extremo no podía

ser invocado para justificar su extensa prolongación para, esa época, más de quince años.

En tercer orden de ideas, el *a quo* destacó que “*los retardos en el juzgamiento de los casos tienen origen justamente en planteos de las partes que imponen una respuesta de los órganos judiciales*” y que valorar “*esta circunstancia no implica privilegiar la desidia de los tribunales por sobre las garantías acordadas al imputado... sino simplemente no desatender una circunstancia fáctica de evidente incidencia en la duración del proceso. A su vez, la exigencia a los imputados de que de alguna manera motoricen el proceso que se estima dilatado guarda relación con la particular pretensión que se vehiculiza a través de esta garantía... En este sentido, si lo que en verdad agravaba a los acusados era el ritmo en que avanzaba el trámite, debieron éstos o sus defensas acudir a los remedios legales que permiten instar una mayor celeridad (vgr. pronto despacho y, en su caso, queja por retardada justicia ante este Tribunal Superior...), y no lo hicieron*”.

Ahora bien, esta justificación no solo resulta problemática porque alude al tiempo insumido en la resolución de distintos planteos efectuados no exclusivamente por el aquí recurrente -sino también por el fiscal y por otro imputado- y porque, incluso, a partir de la elevación a juicio finalmente confirmada en el año 2009, la mayoría de ellos eran relativos a cuestiones incidentales que resultaban independientes del trámite del proceso, sino esencialmente porque, en definitiva, implica, en clara inobservancia de una larga línea jurisprudencial de esta Corte reseñada y reafirmada recientemente en “Goye” (Fallos: 340:2001), endilgarle al imputado y a su defensa la responsabilidad de la prolongación del proceso por haber efectuado planteos que demandaron tiempo para su resolución, pese a que, en el caso, esta actividad defensiva no fue tildada de dilatoria.

Asimismo, también cabe descalificar el fundamento desplegado en la sentencia impugnada por el que se reprocha al recurrente no haber realizado peticiones expresas para que el proceso tuviera un trámite más célere, porque, conforme se recordara también en el citado precedente “Goye” con cita de precedentes previos del Tribunal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el imputado no es el responsable de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, razón por la cual no se

le puede exigir que soporte la carga del retardo en la administración de justicia pues ello traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.

Por último, y sin perjuicio de lo que seguidamente se expondrá, también corresponde descalificar, por basarse en un entendimiento estrecho del ámbito de aplicación de la garantía en trato que no se condice con el que se le otorgara en los precedentes del Tribunal en la materia (conf. “Santander” (Fallos: 331:2319); “Barroso” (Fallos: 333:1639); “Oli-va Gerli” (Fallos: 333:1987), “Goye” antes citado, entre muchos otros), el restante fundamento del fallo en que se descartó el compromiso a la garantía en trato por haberse ya dictado sentencia condenatoria.

6°) Que, de forma enlazada al agravio referido, el apelante cuestiona que se haya convalidado la pena privativa de la libertad que le fuera impuesta argumentando que su monto, que aparejó su cumplimiento efectivo, careció de debida fundamentación tanto en lo que hace a su determinación como también en lo que hace a su justificación de cara al fin constitucional de resocialización de la pena, máxime ponderando que esta sanción constituye la respuesta a la condena por el citado hecho que se habría cometido hace casi dos décadas por una persona que reviste la calidad de primario.

Resulta claro que este agravio exigía especial consideración por parte del *a quo* teniendo en cuenta que, conforme se estableciera en “Maldonado” (Fallos: 328:4343) “el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial” y a que, en “Garrone” (Fallos: 330:393), se consideró que la imposición de una pena elevada a más de quince años de cometido el delito debe ser precedida de una adecuada fundamentación.

Sin embargo, frente al planteo de la parte, el *a quo* consideró que el agravio relativo a que la imposición de esta sanción después de tantos años de producido el hecho desnaturalizaba la pena resultaba una afirmación meramente dogmática por entender “*que el recurrente ni siquiera se hace cargo de demostrar por qué no podría imponerse*

tal sanción cuando la pretensión punitiva está plenamente vigente al no haberse dado las condiciones previstas por el legislador para su extinción por prescripción ni haberse vulnerado la garantía de la duración razonable del proceso”.

En la medida que, conforme lo expuesto en los anteriores considerandos, resulta descalificable el fundamento por el que el *a quo* rechazó la afectación a la *garantía de la duración razonable* del proceso, también pierde validez lo resuelto, como derivación de ello, con relación al agravio vinculado a la pena respecto a este punto.

7°) Que, no obstante ello, no puede dejar de advertirse que el planteo relativo a la omisión de ponderar el impacto de la demora en el juzgamiento de un hecho acaecido a casi dos décadas en el monto punitivo fue también descartado por el *a quo* por entender que la duración del proceso solo resulta relevante para la decisión relativa a la vigencia de la acción penal, posición que está basada en una comprensión inadecuada del alcance de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable conforme surge, *mutatis mutandis*, de lo resuelto en Fallos: 342:584 (“Espíndola”).

En esta línea, y tal como se relevó en “Madero” (Fallos: 344:2559), voto del juez Maqueda, corresponde destacar con relación al punto en análisis la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia que, al versar sobre el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra una disposición equivalente a la del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, constituye un parámetro válido para la interpretación de las garantías constitucionales que se hallan biseladas por disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 310:1476; 319:2557; 331:1744; 340:549, voto del juez Maqueda, entre otros).

Así, el citado tribunal ha establecido que, en los casos concernientes a la excesiva duración de los procedimientos penales, tanto la discontinuidad del proceso, dependiendo de la duración del caso, como la reducción del término de la pena privativa de la libertad efectuada expresamente en consideración a esta demora, constituyen maneras válidas para remediar la violación del art. 6.1 de la convención (conf. “Schutte vs. Austria”, resolución del 26 de julio de 2007; “Stein vs. Alemania”, resolución del 7 de julio de 2009; “Taavitsainen vs. Finlandia”, resolución del 8 de diciembre de 2009; entre muchas otras).

Atendiendo a esa jurisprudencia, el Comité de Ministros, órgano ejecutivo del Consejo de Europa que supervisa la ejecución de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recomendó a los estados miembros a considerar la posibilidad de prever formas específicas de reparación no monetaria, como la reducción de sanciones o la suspensión de los procedimientos, según corresponda, en procedimientos penales o administrativos que hayan sido excesivamente prolongados (conf. Recomendación CM/REC (2010)3 relativa a los remedios efectivos en los casos de excesiva duración de los procedimientos, n° 10).

8°) Que, en función de todo lo precedentemente dicho el fallo recurrido carece de la debida fundamentación y, en tales condiciones, corresponde descalificar lo resuelto.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara parcialmente admisible la queja y el recurso extraordinario con los alcances indicados precedentemente y se deja sin efecto el fallo apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de queja interpuesto por **Germán Luis Kammerath Gordillo**, asistido por el **Dr. Tomás Capdevilla**, con el patrocinio letrado de los **Dres. José I. Cafferata Nores** y **Marcos G. Salt** y la **Dra. Natalia Sergi**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba**.

COSTA LUDUEÑA, PETER HARRY c/ UBA s/ AMPARO
LEY 16.986

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

La decisión de exigir la presentación del DNI a todos los aspirantes a las carreras de grado dictadas en la Universidad de Buenos Aires -sean es-

tos nacionales o extranjeros, se encuentren, o no, cumpliendo una pena privativa de la libertad- no constituye un indebido privilegio otorgado a una persona o a un grupo sino, simplemente, la fijación de un requisito uniforme para demostrar la identidad de las personas, conforme el régimen vigente.

-Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar al amparo promovido por una persona de nacionalidad peruana contra la Universidad de Buenos Aires para que se ordenara su inscripción en la carrera de sociología, pese a no contar con el documento nacional de identidad argentino exigido al efecto en función de lo establecido en el art. 19 de la resolución 7349/13 y en el art. 6°, Anexo I, de la resolución 3836/11 dictadas por el Consejo Superior de dicha casa de estudios, pues la exigencia cuestionada no supone ningún tipo de afectación al derecho a la igualdad y a la no discriminación, en tanto aquel como el resto de los aspirantes se encuentran obligados a satisfacerla, cualquiera sea su nacionalidad y sea que estén privados o no de su libertad ambulatoria; máxime cuando en la misma disposición que se ataca se establece un plazo para el cumplimiento de aquel requisito para quienes no hubieran nacido en el país.

-Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar al amparo promovido por una persona de nacionalidad peruana contra la Universidad de Buenos Aires para que se ordenara su inscripción en la carrera de sociología, pese a no contar con el documento nacional de identidad argentino exigido al efecto en función de lo establecido en el art. 19 de la resolución 7349/13 y en el art. 6°, Anexo I, de la resolución 3836/11 dictadas por el Consejo Superior de dicha casa de estudios, pues el hecho de que el peticionario no pueda regularizar su situación migratoria por la particular situación penal en la que se encuentra y, por ende, se vea impedido de tramitar el documento nacional de identidad argentino requerido por la demandada, no torna arbitraria o irrazonable una reglamentación que se muestra homogénea en sus exigencias para todas las personas que

procuran acceder al programa implementado por la universidad en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal.

-Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER

El derecho de aprender que la Constitución y los pactos internacionales amparan no sufre privación alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquel debe someterse, por lo cual se debe tener en consideración que el requisito impuesto por las autoridades universitarias en función del marco normativo vinculado a la acreditación de la identidad -y que implica un cierto grado de arraigo- no parece desproporcionado ni un recaudo injustificado si se tiene en cuenta que lo que se halla en disputa es el acceso a ofertas educativas que permitan a los aspirantes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilite para ejercer una profesión.

-Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

PRINCIPIO DE IGUALDAD

La garantía de igualdad solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria, ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo.

-Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible, pues los agravios de la recurrente ponen en tela de juicio la inteligencia que corresponde atribuir a las leyes 17.671 y 25.871, de carácter federal, y la deci-

sión de la cámara ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, incs. 1° y 3° de la ley 48).

-Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 195 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I), con remisión a los fundamentos expuestos por el fiscal general, revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar al amparo deducido por el actor contra la Universidad de Buenos Aires (UBA) a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la resolución 7349/13 dictada por el Consejo Superior de la UBA.

Para decidir de este modo, el tribunal consideró en primer lugar que la vía del amparo es admisible, pues la conducta de la demandada de negar al actor -quien acreditó su identidad con el pasaporte, tiene aprobado el Ciclo Básico Común (CBC) y se halla cumpliendo una pena privativa de la libertad la inscripción al primer año de la carrera de Sociología por carecer de documento nacional de identidad, constituye un supuesto de arbitrariedad manifiesta en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986 al privarlo de ejercer su derecho a la educación.

Tras efectuar una reseña de las disposiciones contenidas en diversos pactos internacionales referidas a la protección de las personas privadas de la libertad y la doctrina sentada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cámara consideró que requerir necesariamente la presentación del documento nacional de identidad para inscribir al actor en la carrera constituye una exigencia formal excesiva e injustificada.

Sostuvo que, a los fines de asegurar la verdadera identidad de quienes pretenden formar parte de la comunidad universitaria, es suficiente en el caso con la presentación del documento que las autoridades públicas consideraron idóneo para tener por acreditada fehacientemente su identidad en el marco del proceso penal realizado en su

contra y de la ejecución de la condena dispuesta, esto es el pasaporte. En tal sentido, aseveró que una interpretación diferente del art. 6° de la resolución 3836/11 frustraría el derecho constitucional a la educación del actor y se tornaría inconstitucional la remisión dispuesta por el art. 19 de la resolución 7349/13.

Concluyó que la sentencia de la instancia anterior - en cuanto interpretó restrictivamente la resolución 3836/11 impidiendo que el pasaporte sea considerado un documento del país de origen que acredite la identidad- debe ser revocada y, por lo tanto, no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la norma que aquí se impugna.

-II-

Disconforme con esta decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 197/207, que fue concedido a fs. 230.

En lo sustancial, aduce que la sentencia apelada se inmiscuye en la esfera propia del poder administrador, violando el principio de división de poderes, como así también la autonomía y autarquía de las que gozan las universidades nacionales.

Sostiene que se la obliga a actuar en violación a lo dispuesto por la ley 17.671 de Identificación, Registro y Clasificación del Potencial Humano Nacional, que es de orden público y vela por el interés general y colectivo. Añade que se realizó una interpretación parcial, subjetiva y errónea del art. 19 de la resolución (CS) 7349/13, que dispone expresamente que los aspirantes extranjeros deben cumplir los requisitos establecidos en la resolución (CS) 3836/11 en cuanto regula su admisión a la universidad para realizar una carrera de grado.

En este sentido, añade que aquellas normas no tienen sesgo alguno de discriminación ni imponen un requisito caprichoso al exigir al aspirante extranjero que acredite su identidad, sino que fueron dictadas de conformidad con la citada ley 17.671, que en su art. 13 dispone que la presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas resulta obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en la ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad cualquiera fuera su naturaleza y origen.

Alega que la sentencia es arbitraria al sostener que el actor ha acreditado su identidad mediante el pasaporte, pues efectúa una interpretación forzada de una norma de orden público que determina expresamente que el único medio fehaciente para acreditar la identidad de una persona es el documento nacional.

Finalmente, cuestiona la imposición de las costas del proceso porque -a su entender- no se ajusta a parámetros objetivos en detrimento del erario público y conlleva un desapoderamiento imprevisto de fondos que afecta la autonomía universitaria.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia apelada se ha pronunciado en contra de la validez de un acto de autoridad nacional (resolución 7349/13 dictada por el Consejo Superior de la UBA) y se encuentra en discusión la inteligencia de normas de carácter federal, como son las leyes 17.671 y 25.871 (art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48).

Asimismo, cabe recordar que, en la tarea de esclarecer el alcance y la inteligencia de las normas de aquella naturaleza, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 319: 353; 326:2342, entre muchos otros).

-IV-

En cuanto al fondo del asunto, cabe recordar que mediante la resolución 7349/13 dictada por el Consejo Superior se aprobó el Reglamento del Programa de Estudios de la UBA en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (Programa UBA XXII), cuyo art. 19 dispone que los aspirantes extranjeros deben cumplir los requisitos establecidos por la resolución (CS) 3836/11.

Este último ordenamiento, por su parte, aprobó el Régimen de Admisión de Estudiantes Extranjeros e Internacionales para el nivel de grado y en su anexo I, art. 6°, establece que para realizar una carrera de grado en la UBA el aspirante extranjero debe presentar en el Ciclo Básico Común el documento nacional de identidad argentino o un documento del país de origen que acredite su identidad. Seguidamente, dispone que “Para obtener el alta definitiva como estudiantes, aquellos que no hubieren presentado el documento nacional de identidad argentino al momento de su ingreso deberán presentarlo en la Unidad Académica en la que formalice su inscripción, antes de transcurridos DOS (2) cuatrimestres a partir del ciclo lectivo en el que ingresa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley N° 25.871”.

A su vez, dicho art. 7° determina que en ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, sea público o privado; nacional, provincial o municipal; secundario, terciario o universitario primario.

De la reseña que antecede se concluye relativa al control de desprende una primera constitucionalidad que corresponde efectuar con respecto a la norma que impide al actor inscribirse en la carrera de Sociología. Se advierte que, si bien el pasaporte puede resultar suficiente para que los aspirantes extranjeros se inscriban al iniciar el Ciclo Básico Común (CBC), lo cierto es que dicha documentación no los habilita a cursar la carrera elegida, pues la reglamentación exige que, dentro de un plazo determinado, el aspirante presente el documento nacional de identidad argentino, que es el único que le permite obtener el alta definitiva como estudiante.

Por tal motivo, entiendo que las cuestiones planteadas en autos no pueden dilucidarse efectuando una interpretación -ya sea amplia o restrictiva- del art. 6°, anexo I, de la resolución (CS) 3836/11 en cuanto les permite inscribirse con un “documento del país de origen que acredite su identidad”, sino que es menester efectuar un examen de la validez de la norma que cercena la posibilidad de continuar cursando la carrera elegida a aquellos estudiantes extranjeros que no presentan el documento nacional de identidad argentino en el plazo estipulado.

Sentado lo anterior, cabe recordar que V.E. ha establecido que, a fin de abordar la cuestión relativa al derecho a la igualdad contenido en el art. 16 y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional según lo prescripto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados, o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 332:433 y sus citas).

El Alto Tribunal también ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en categorías o criterios llamados “sos-

pechosos”, tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, pues se trata de categorías que no pueden ser empleadas para efectuar distinciones, máxime a partir del otorgamiento de jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos.

A mi modo de ver, las disposiciones dictadas por la UBA con el objeto de reglamentar el Programa de Estudios denominado UBA XXII -implementado en el Servicio Penitenciario Federal- y el ingreso de aspirantes extranjeros a las carreras universitarias que ofrece superan los cuestionamientos basados en el derecho a la igualdad y en los criterios que se fundan en cláusulas antidiscriminatorias.

En efecto, se advierte como a los ciudadanos nacionales que tanto a los extranjeros se les exigen determinados requisitos para cursar una carrera universitaria en el marco del citado programa, según la situación en que se encuentre cada uno, lo que no representa discriminación de ninguna especie y se ajusta a los principios establecidos por la Constitución Nacional. En lo que aquí interesa, cabe señalar que la presentación del documento nacional de identidad que expide el Registro Nacional de las Personas es exigida por la reglamentación a todos los aspirantes para ingresar a la universidad para realizar una carrera de grado, de conformidad con los preceptos de la ley 17.671.

En el caso de aquellos extranjeros que tengan interés en incorporarse al Programa UBA XXII, se establece un plazo de espera para otorgar el alta definitiva como estudiantes, permitiéndoseles la inscripción al CBC con un documento del país de origen que acredite su identidad más, una vez transcurrido ese lapso, se requiere la presentación del documento nacional de identidad, lo que no pudo cumplirse en el caso del actor en razón de que se vio privado de su libertad sin haberlo obtenido con anterioridad, aun cuando ya residía en el país.

Esta circunstancia, que deriva de su propio accionar y le impide continuar cursando la carrera elegida, no convierte en arbitraria o irrazonable la reglamentación que regula el acceso al programa implementado en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal.

Al respecto, procede recordar que el derecho de aprender que la Constitución y los pactos internacionales amparan no sufre mengua alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquél debe someterse (Fallos: 310:2085; 324:4048). En la especie, el requisito impuesto por las autoridades universitarias en

función del marco normativo vinculado a la acreditación de la identidad -y que implica un cierto grado de arraigo- no parece irrazonable ni una exigencia injustificada si se tiene en cuenta que lo que se encuentra en juego es el acceso a las ofertas educativas que permitan a los aspirantes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilite a ejercer una profesión.

No obsta a lo expuesto lo resuelto por V. E. en el precedente publicado en Fallos: 330:3853, toda vez que allí se declaró la inconstitucionalidad de un precepto que, para acceder a una pensión por invalidez, exigía un requisito mucho más gravoso a los extranjeros en cuanto a la residencia mínima continuada en el país, mientras que en el *sub lite* las normas aplicables en lo que atañe a la acreditación de la identidad precisamente no efectúan distinción alguna entre nacionales y extranjeros, ni entre las personas privadas de su libertad y aquellas que no lo están.

En consecuencia, entiendo que la reglamentación impugnada no vulnera el derecho a la educación ni puede ser tachada de discriminatoria (arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional), pues no requiere una exigencia diferente o más gravosa al extranjero con relación al nacional que aspira a obtener el alta definitiva como estudiante de una carrera que se ofrece en el marco del programa denominado UBA XXII, sino que, en razón de la situación en que se encuentra el actor por motivos que exceden el ámbito universitario, no le resulta posible cumplir uno de los requisitos, cual es la presentación del documento nacional de identidad.

-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar la procedencia del recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 29 de mayo de .2018. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Costa Ludueña, Peter Harry c/ UBA s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1°) Que la Sala I 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 acción de amparo deducida por el actor, de nacionalidad peruana -representado por la defensa pública oficial- contra la Universidad de Buenos Aires para que se ordenara su inscripción en el primer año de la carrera de Sociología, pese a no contar con el documento nacional de identidad argentino (en lo sucesivo, DNI) exigido al efecto en función de lo establecido en el art. 19 de la resolución 7349/13 y en el art. 6°, Anexo I, de la resolución 3836/11 dictadas por el Consejo Superior de dicha casa de estudios. Asimismo, el peticionario solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de la primera de esas resoluciones.

2°) Que para así decidir, el tribunal de alzada, con remisión a los fundamentos expuestos por el Fiscal General interviniente, expresó que la vía del amparo resultaba admisible pues, al negar al actor la inscripción pretendida, la conducta de la demandada constituía un supuesto de arbitrariedad manifiesta, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, en tanto privaba a aquel de su derecho a la educación.

A su vez, aseveró que el requerimiento del DNI para la inscripción en una carrera de grado constituía una exigencia formal excesiva e injustificada, pues en el art. 7° de la Ley de Migraciones se establece que en ningún supuesto la irregularidad migratoria de un extranjero puede impedir su admisión como alumno en un establecimiento educativo, a la par que se dispone que las autoridades deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes para subsanar tal irregularidad.

Asimismo destacó que, en el caso, la necesidad de asegurar la verdadera identidad de quienes pretenden formar parte de la comunidad universitaria debía tenerse por satisfecha mediante la presentación del pasaporte del actor, toda vez que este había sido el documento que las autoridades consideraron idóneo para tener por demostrada fehacientemente su identidad en el marco del proceso penal seguido en su contra. En relación con ello, consideró que una interpretación diversa del art. 6° de la resolución 3836/11 –en la que se instituye el Régimen de Admisión de Estudiantes Extranjeros e

Internacionales- frustraría el derecho a la educación del peticionario y, por ello, tornaría inconstitucional la remisión a este dispuesta por el art. 19 de la resolución 7349/13.

Por otra parte, señaló que la sentencia de primera instancia había interpretado restrictivamente la resolución cuestionada al sostener que el pasaporte expedido por el país de origen del actor no podía ser considerado como un documento útil para demostrar la identidad de aquel.

Finalmente concluyó en que, con ello, se había restringido de manera irrazonable el derecho fundamental analizado; motivo por el cual el pronunciamiento debía ser revocado, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma peticionada por el actor.

3°) Que contra ese fallo, el representante de la Universidad de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario que fue concedido, en el que afirma que al regular el ingreso a las carreras de grado que se imparten en dicha casa de estudios mediante las resoluciones 7349/13 y 3836/11 no se vulneran los derechos a la educación y a la igualdad y no discriminación. En ese sentido, considera que el tribunal *a quo* interpretó erróneamente la primera de esas resoluciones, que fue dictada por el Consejo Superior del claustro universitario de conformidad con lo normado en el art. 13 de la ley 17.671, en el que se establece que la presentación del DNI es obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento. Indica que dicha disposición no fue declarada inconstitucional por el tribunal de alzada, extremo que demostraría que el requisito atacado por el peticionario no resulta discriminatorio. En relación con ello, cuestiona puntualmente que la sentencia haya tenido por probada la identidad de aquel mediante el pasaporte expedido por su país de origen, apartándose de la citada norma de orden público. Asimismo, señala que, según lo reglado en el art. 6° del Anexo I de la resolución 3836/11, para obtener el alta definitiva como estudiante de la referida universidad, aquellos que no hubieren presentado el DNI al momento de su ingreso, deben hacerlo en la unidad académica correspondiente antes de transcurridos dos cuatrimestres a partir del ciclo en el que se ingresa, de acuerdo con lo establecido en el art. 7° de la ley 25.871.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, pues los agravios de la recurrente ponen en tela de juicio la inteligencia que corresponde atribuir a las leyes 17.671 y 25.871, de carácter

federal, y la decisión de la cámara ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, incs. 1° y 3° de la ley 48).

Al respecto, corresponde recordar que en la tarea de determinar la interpretación y alcances de normas de tal naturaleza, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes ni por los aportados por el tribunal, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 314:529; 324:803; 329:201; 331:735; 336:1774, entre otros).

5°) Que, en primer término, cabe señalar que en el art. 19 de la resolución 7349/13 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, mediante la que se aprobó el Reglamento del Programa de Estudios de la referida universidad en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (Programa UBA XXII), se exige a las personas extranjeras aspirantes a dicho programa el cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución 3836/11 del mencionado Consejo, entre los que se incluye, para obtener el alta definitiva como estudiante en dicha casa de estudios, la presentación del DNI, antes de transcurridos dos cuatrimestres, contados a partir del ciclo lectivo en el que se ingresa (Anexo I, art. 6°, de la última de las normas citadas).

Dicha resolución concuerda con lo establecido en la ley 17.671 de Identificación, Registro y Clasificación del Potencial Humano Nacional -cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en el *sub lite*- en cuyo art. 13 se establece que la presentación del DNI expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuera su naturaleza y origen.

6°) Que cabe destacar que esta Corte ha sostenido que la garantía de igualdad solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria, ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 182:355 y sus citas; 258:36; 312:826; 321:3481 y 340:1581).

En el presente caso, la decisión de exigir la presentación del DNI a todos los aspirantes a las carreras de grado dictadas en la Universidad de Buenos Aires -sean estos nacionales o extranjeros, se encuentren, o no, cumpliendo una pena privativa de la libertad- no constituye un indebido privilegio otorgado a una persona o a un grupo sino, simplemente, la fijación de un requisito uniforme para demostrar la identidad de las personas, conforme el régimen vigente.

En función de ello, la exigencia cuestionada por el actor no supone ningún tipo de afectación al derecho a la igualdad y a la no discriminación, pues tanto aquel como el resto de los aspirantes se encuentran obligados a satisfacerla, cualquiera sea su nacionalidad y sea que estén privados o no de su libertad ambulatoria. Máxime cuando en la misma disposición que se ataca se establece un plazo para el cumplimiento de aquel requisito para quienes no hubieran nacido en el país.

7°) Que el hecho de que, en este caso, el peticionario no pueda regularizar su situación migratoria por la particular situación penal en la que se encuentra y, por ende, se vea impedido de tramitar el documento nacional de identidad argentino requerido por la demandada, no torna arbitraria o irrazonable una reglamentación que se muestra homogénea en sus exigencias para todas las personas que procuran acceder al programa implementado por la universidad en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal.

Al respecto, es preciso observar que el único obstáculo para que el actor pueda obtener el documento nacional de identidad argentino que se le exige está dado por la condena a una pena privativa de la libertad que se encuentra cumpliendo en la Argentina la que, conforme con lo dispuesto en el art. 29, inc. c, de la ley 25.871, es causa impediende de su permanencia en el país.

8°) Que no obsta a la conclusión antedicha lo establecido en el art. 7° de esa misma ley, en el que el tribunal de alzada apoyó su decisión, en cuanto dispone que la irregularidad migratoria de un extranjero no impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo; pues a la par establece el deber para las autoridades de dichos establecimientos de brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites para subsanar la irregularidad migratoria aludida.

9º) Que, para concluir, tal como lo manifiesta la señora Procuradora Fiscal y es jurisprudencia de esta Corte, el derecho de aprender que la Constitución y los pactos internacionales amparan no sufre privación alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquel debe someterse. Específicamente en lo que al caso interesa, se debe tener en consideración que el requisito impuesto por las autoridades universitarias en función del marco normativo vinculado a la acreditación de la identidad –y que implica un cierto grado de arraigo- no parece desproporcionado ni un recaudo injustificado si se tiene en cuenta que lo que se halla en disputa es el acceso a ofertas educativas que permitan a los aspirantes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilite para ejercer una profesión.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la decisión apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas por su orden de todas las instancias. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*)–
JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)–
RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

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

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Universidad de Buenos Aires**, representada por el **Dr. Gonzalo Cantó**.

Traslado contestado por **Peter Harry Costa Ludueña**, representado por la **Dra. Florencia G. Plazas, Defensora Pública Oficial**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 10**.

**GONZÁLEZ, RICARDO c/ PREFECTURA NAVAL
ARGENTINA s/ AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

ESTADO NACIONAL

El plazo especial de pago establecido por el art. 170 de la ley 11.672, obsta a la ejecución forzosa de las condenas dinerarias dictadas contra el Estado Nacional, mientras esté vigente y a condición de que se cumplan los recaudos previstos en él.

-Del precedente “Martinez” (Fallos:343:1894) al que la Corte remite-

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

El art. 22 de la ley 23.982 estableció un procedimiento que procura armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia.

-Del precedente “Martinez” (Fallos:343:1894) al que la Corte remite-

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

El art. 68 de la ley 26.895, incorporado como art. 170 de la ley 11.672 complementaria permanente de presupuesto –t.o. decreto 740/2014- fijó las pautas a las que deben someterse para su cancelación las condenas dinerarias a cargo del Estado Nacional.

-Del precedente “Martinez” (Fallos: 343:1894) al que la Corte remite-

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

El plazo de diez días para la cancelación de los honorarios contados a partir de que quede firme la resolución regulatoria en el marco del proceso judicial - en los términos del art. 54 de la ley 27.423- resulta aplicable a aquellos emolumentos que deben ser abonados por personas que no se encuentran sujetas al art. 170 de la ley 11.672, pues cuando el obligado al pago es el Estado Nacional o alguno de sus entes y organismos que integran el sector público nacional, resulta insoslayable adecuarse al procedimiento allí previsto para su inclusión en la correspondiente partida presupuestaria y en consecuencia, la norma arancelaria queda desplazada por tal motivo.

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

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

El precepto del art. 54 de la ley 27.423 -que establece que las deudas por honorarios cuando hubiere mora del deudor, devengan intereses desde la fecha de la regulación de primera instancia y hasta el momento de su efectivo pago- no resulta aplicable cuando se trata del pago de deudas a cargo del Estado Nacional, puesto que ellas se cancelan mediante el procedimiento específico que tiene sus propias reglas con respecto a la mora y al momento en que pueden ser ejecutadas, lo que incide en el cálculo de los accesorios.

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

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

El plazo de diez días para la cancelación de los honorarios al que refiere el artículo 54 de la ley 27.423, supone -mas no excluye ni destruye- el cumplimiento del esquema de ejecución de sentencias contra el Estado estructurado en los artículos y por lo tanto, dicho plazo debe computarse desde el momento en que el crédito se encuentra en condiciones de ser ejecutado en los términos de los arts. 22 de la ley 23.982, 165 y 170 de la ley 11.672 (Voto del juez Rosatti).

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Ante la ausencia de ley que excluya el cómputo de intereses al reglamentar el ejercicio del derecho de propiedad en los términos de los arts. 14, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional, no puede inferirse una norma prohibitiva de la retribución de la privación del capital, sino más bien lo contrario: la plena operatividad de las cláusulas constitucionales sin necesidad de recurrir a disposiciones de derecho privado (Voto del juez Rosatti)

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Corresponde el devengamiento de intereses ante un crédito con una expresa regulación sectorial y específica que los reconoce, tal como dispone el art. 54 de la ley 27.423, último párrafo, en tanto prevé que las deudas de honorarios, pactados o por regulación judicial firme, cuando hubiere mora del deudor, devengarán intereses desde la fecha de la regulación de primera instancia y hasta el momento de su efectivo pago; solución que, en definitiva, cuadra dentro del conocido carácter alimentario de los honorarios profesionales (Voto del juez Rosatti).

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO

El procedimiento previsto en las leyes 11.672 y 23.982 resulta aplicable a todas las condenas dinerarias que pesen sobre el Estado Nacional y que no contempla excepciones (Voto del juez Lorenzetti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 46/47 la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario revocó la decisión de la instancia anterior y, en consecuencia, fijó los honorarios de la doctora Nora Berizzo por su actuación en el presente amparo por mora en la suma de \$4.992 (equivalente a 8 UMA) y dispuso que sea abonada “dentro de los 10 días de quedar firme la presente resolución y conforme las pautas previstas en el artículo 54 de la ley 27.423”.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, el Estado Nacional (Prefectura Naval Argentina) interpuso el recurso extraordinario de fs. 49/55, que fue concedido a fs. 66/67.

Aduce, en lo sustancial, que la sentencia se aparta de lo dispuesto por el art. 132 de la ley 11.672 (texto modificado por la ley 25.565) que regula la forma de atender las deudas judiciales a cargo del Estado Nacional, lo que conlleva un claro supuesto de gravedad institucional al afectar el normal manejo de los recursos públicos. Añade que, al establecer un exiguo plazo de diez días para el pago de los honorarios, se avanzó sobre competencias propias del órgano encargado de ejecutar el presupuesto, de conformidad con la normativa citada.

Por otra parte, sostiene que le causa agravio la sentencia en cuanto ordena aplicar el art. 54, último párrafo, de la ley 27.423, pues entiende que dicha norma, al prever como mecanismo de actualización el cálculo de intereses para el caso de mora, resulta contrario al art. 132 antes citado. Al respecto, agrega que el mismo Estado Nacional es el que añade al monto aprobado en sede judicial los intereses que corresponden, computados desde la fecha en que el crédito queda firme hasta la efectiva incorporación al proyecto de ley de presupuesto del año siguiente, aplicando la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que, si bien lo relativo a la regulación y el pago de los honorarios resulta ajeno a la vía excepcional del art. 14 de la ley 48 por tratarse de cuestiones fácticas y de derecho procesal, en autos se halla en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

-IV-

En cuanto al fondo del asunto, cabe recordar que en el precedente publicado en Fallos: 339:1812 (caso "Curti") V.E. tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del cumplimiento de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar una suma de dinero. Allí sostuvo que el art. 22 de la ley 23.982 estableció un procedimiento que procura armoni-

zar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia. Seguidamente, efectuó una reseña del procedimiento previsto por el art. 68 de la ley 26.895 -incorporado como art. 170 de la ley 11.672 complementaria permanente de presupuesto (t. o. decreto 740/14)- al que deben someterse para su cancelación las condenas dinerarias a cargo del Estado Nacional. Concluyó en que se confiere al Estado la prerrogativa de diferir por única vez el pago de la condena en el supuesto de que se agote la partida presupuestaria correspondiente al ejercicio en el que se encontraba prevista su cancelación; mientras esto suceda, cobra pleno efecto la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución presupuestaria prevista en el art. 165 de la ley 11.672. Añadió que si el deudor no acredita el agotamiento de la partida, incumple el orden de prelación para el pago o bien, concretado el diferimiento, transcurre el ejercicio sin que se verifique la cancelación de la condena dineraria, el acreedor está facultado para llevar adelante la ejecución. Habida cuenta de lo expuesto, entiendo que el plazo de diez días para la cancelación de los honorarios contados a partir de que queda firme la resolución regulatoria en el marco de un proceso judicial en los términos del art. 54 de la ley 27.423 - resulta aplicable a aquellos emolumentos que deben ser abonados por personas que no se encuentran sujetas al art. 170 de la ley 11.672 (t.o. 2014). Ello es así, toda vez que, cuando el obligado al pago es el Estado Nacional o alguno de los entes y organismos que integran el Sector Público Nacional, resulta insoslayable adecuarse al procedimiento allí previsto para su inclusión en la correspondiente partida presupuestaria y, en consecuencia, la norma arancelaria queda desplazada por tal motivo.

Por otra parte, entiendo que ocurre lo propio en lo que se refiere al cálculo de intereses dispuesto por la cámara al ordenar que se abonen los emolumentos “conforme las pautas previstas en el artículo 54 de la ley 27.423”. Ello es así, pues el precepto mencionado por el tribunal -que establece que las deudas de honorarios, pactados o por regulación judicial firme, cuando hubiere mora del deudor, devengan intereses desde la fecha de la regulación de primera instancia y hasta el momento de su efectivo pago- no resulta aplicable cuando se trata del pago de deudas a cargo del Estado Nacional, puesto que ellas se cancelan mediante un procedimiento específico que tiene sus propias reglas con respecto a la mora y al momento en que pueden ser ejecutadas, lo que incide en el cálculo de los accesorios.

-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar la procedencia del recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de origen, a fin de que se dicte una nueva conforme a lo expuesto. Buenos Aires, 30 de diciembre de 2019. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “González, Ricardo c/ Prefectura Naval Argentina s/ amparo por mora de la administración”.

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte los puntos I a IV (párrafos primero, segundo y tercero) del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que los planteos relativos a la alegada incompatibilidad que existiría entre el procedimiento especial de pago regido por los arts. 170 de la ley 11.672 y 22 de la ley 23.982 y la previsión del último párrafo del art. 54 de la ley 27.423, suscitan el examen de cuestiones sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa “Martínez, Gabriel Rubén” (Fallos: 343:1894), a la que cabe remitir, con el mismo alcance y por las mismas razones que fueron señaladas en el considerando anterior.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Con costas en el orden causado, en atención a la complejidad que exhibe la cuestión debatida y a las divergencias interpretativas suscitadas a raíz de las normas aplicables (art. 68, segunda parte,

del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*) – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte los puntos I a III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que los agravios del Estado Nacional referentes al plazo para abonar los honorarios de la letrada de la parte actora exigen interpretar la vinculación entre el sistema de ejecución de sentencias contra el Estado (arts. 22 de la ley 23.982, 165 y 170 de la ley 11.672), que permite el diferimiento de pago de las condenas dinerarias por un plazo que puede extenderse hasta tres años; y el art. 54 de la ley de honorarios profesionales (ley 27.423), cuyo primer párrafo establece que “*los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez (10) días de quedar firme la resolución regulatoria*”.

A tal fin, debe recordarse que la tarea de interpretación de las leyes comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 258:75), evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje todas con valor y efecto (Fallos: 1:297; 310:195; 312:1614 y 323:2117). Se ha sostenido asimismo antes de ahora que es un principio de recta interpretación que los textos legales no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, aisladamente, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia (Fallos: 242:247).

En tales condiciones, a fin de evitar la colisión y desplazamiento de una de las normas involucradas, una lectura armónica de ambas

permite concluir que el plazo de diez días para la cancelación de los honorarios al que refiere el artículo 54 de la ley 27.423, *supone* -mas no excluye ni destruye- el cumplimiento del esquema de ejecución de sentencias contra el Estado estructurado en los artículos. Por lo tanto, dicho plazo debe computarse desde el momento en que el crédito se encuentra en condiciones de ser ejecutado en los términos de los arts. 22 de la ley 23.982, 165 y 170 de la ley 11.672.

3°) Que en lo atinente al devengamiento de intereses durante ese plazo, esta Corte ha resuelto, en la causa “Martínez, Gabriel Rubén” (Fallos: 343:1894), voto del juez Rosatti, que *ante la ausencia de ley que excluya el cómputo de intereses al reglamentar el ejercicio del derecho de propiedad en los términos de los arts. 14, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional, no puede inferirse una norma prohibitiva de la retribución de la privación del capital, sino más bien lo contrario: la plena operatividad de las cláusulas constitucionales sin necesidad de recurrir a disposiciones de derecho privado* (conf., voto del juez Rosatti, considerando 8°).

Con mayor razón, entonces, corresponde el devengamiento de intereses ante un crédito con una expresa regulación sectorial y específica que los reconoce, tal como dispone el art. 54 de la ley 27.423, último párrafo, en tanto prevé que “*las deudas de honorarios, pactados o por regulación judicial firme, cuando hubiere mora del deudor, devengarán intereses desde la fecha de la regulación de primera instancia y hasta el momento de su efectivo pago*”. Solución que, en definitiva, cuadra dentro del conocido carácter alimentario de los honorarios profesionales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Con costas en el orden causado, en atención a la complejidad que exhibe la cuestión debatida y a las divergencias interpretativas suscitadas a raíz de las normas aplicables (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte los puntos I a III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

2°) Que los agravios del Estado Nacional referentes al plazo para abonar los honorarios de la dirección letrada de la parte actora exigen interpretar la vinculación existente entre el sistema de ejecución de sentencias contra el Estado (arts. 165 y 170 de la ley 11.672 y 22 de la ley 23.982) y el art. 54 de la ley 27.423 (ley de honorarios profesionales) en cuanto establece que “los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez (10) días de quedar firme la resolución regulatoria”.

A tal fin debe recordarse que la tarea de interpretación de las leyes comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 258:75), evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje todas con valor y efecto (Fallos: 1:297; 310:195; 312:1614 y 323:2117, entre otros).

3°) Que la ley de honorarios profesionales vigente hasta la sanción de la ley 27.423 ya establecía un plazo para el pago de los honorarios regulados judicialmente. En ese caso, era de treinta (30) días en lugar de los diez actualmente fijados por la nueva norma. En tal sentido, amén de la reducción del plazo señalada, no parece que la nueva ley haya innovado demasiado sobre la cuestión.

Cabe señalar, entonces, que en Fallos: 322:1201 el Tribunal consideró que el procedimiento especial de pago de deudas públicas resultaba de aplicación al crédito por honorarios judiciales de un perito ingeniero y que en la causa “Bullorini” (Fallos: 323: 2916) se consideró que el art. 49 de la ley 21.839 resultaba de aplicación analógica a los honorarios regulados en favor de un perito contador.

En la misma dirección, recientemente, se ha reafirmado que el procedimiento previsto en las leyes 11.672 y 23.982 resulta aplicable a

todas las condenas dinerarias que pesen sobre el Estado Nacional y que no contempla excepciones (ver Fallos: 343:264, en particular, considerando 11 del voto de la mayoría).

4°) Que, en tales condiciones, y en consonancia con lo expresado en el considerando 2° de la presente decisión, debe concluirse que el plazo previsto en el art. 54 de la ley 27.423 supone -mas no excluye ni destruye- el cumplimiento del esquema de ejecución de sentencias contra el Estado y, por lo tanto, deberá computarse desde el momento en que el crédito se encuentra en condiciones de ser ejecutado en los términos de los arts. 165 y 170 de la ley 11.672 y 22 de la ley 23.982.

5°) Que, por otra parte, los planteos relativos a la incompatibilidad entre el procedimiento especial de pago antes referido y la previsión del último párrafo del art. 54 de la ley 27.423 -devengamiento de intereses- involucran el examen de cuestiones sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa “Martínez, Gabriel Rubén” (Fallos: 343:1894), a la que cabe remitir en lo pertinente por razones de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Con costas en el orden causado, en atención a la complejidad que exhibe la cuestión debatida y a las divergencias interpretativas suscitadas a raíz de las normas aplicables (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional – Prefectura Naval Argentina, parte demandada**, representado por la **Dra. María Flavia Juárez**.

Traslado contestado por **Ricardo González, parte actora**, representada por la **Dra. Nora Berizzo**.

Tribunal de origen: **Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala A.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de Rosario.**

VIDAL, MATÍAS FERNANDO CRISTÓBAL Y OTROS
S/ INFRACCIÓN LEY 24.769*JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA*

La decisión que no hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley por el cual se solicitó el dictado de una sentencia plenaria por parte de la Cámara Federal de Casación Penal ante la jurisprudencia contradictoria en torno a la retroactividad de la ley 27.430 aparece comprometida en un doble aspecto: por una parte, en la medida que no consideró alcanzado el supuesto de la causa por el precedente “Palero” excluyendo el caso por esa vía del alcance del principio constitucional de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna y por la otra, en tanto se adoptó una decisión frente a la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre el punto en el ámbito de un tribunal colegiado y pese a esa circunstancia, se optó por habilitar la vía extraordinaria federal con la consecuente intervención de la Corte Suprema, cuando aquella debió ser resuelta con carácter previo a la enervación de la jurisdicción del máximo Tribunal.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde que la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y habida cuenta del nítido carácter federal -aunque no exclusivo- de las cuestiones planteadas -interpretación de la ley 27.430 a la luz del principio de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad de la ley penal más benigna- que habilita su intervención en los términos del art. 14 de la ley 48, decida de modo definitivo la cuestión para superar la situación de colapso suscitada ante la proliferación de la actividad recursiva y el interés de los diversos operadores del sistema de administración de justicia en el criterio que guíe la decisión de estas causas.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si la Corte entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto supuestamente violado por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión, ejercería una facultad legal ajena al recurso extraordinario y propia del recurso de casación.

INTERPRETACION DE LA LEY

La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional y solo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento.

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

En la actualidad, el máximo tribunal penal del orden federal del sistema de organización judicial detenta, por un lado, una competencia amplia del recurso de casación que hace posible -sin alterar ni exceder la resistencia semántica de las normas que rigen su competencia- la intervención de ese tribunal intermedio con un alcance que garantice el derecho al recurso y, de otra parte y al propio tiempo, que el legislador le haya asignado la unificación interpretativa en el ámbito de la justicia federal, en tanto competencia que, aun cuando tenga la finalidad de dotar a la jurisprudencia de uniformidad, lejos está de identificarse con el objetivo político propio del recurso de casación en su concepción originaria; por el contrario, responde a una impronta propia del sistema argentino en tanto mecanismo seleccionado por el legislador para restaurar la unidad del tribunal, cuya división en salas solo apunta, en el derecho argentino, al cúmulo de la labor judicial.

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

La adecuada aplicación de las reglas y principios que rigen la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal, adquiere especial significación en circunstancias como las de autos en tanto la sala interviniente no impulsó la convocatoria a plenario -ni previo al dictado de la primera sentencia que dio origen a la jurisprudencia contradictoria en ese ámbito, ni luego de ello.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY

Es arbitraria la sentencia que rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley por no configurarse las exigencias reglamentarias y no revestir el

auto apelado el carácter de definitivo bajo una fórmula cuyo contenido y alcance fue precisado por cada uno de los jueces del tribunal apelado, al intervenir en otros casos, ya sea señalando que una decisión de ese tenor no reflejaba ni arbitrariedad ni error jurídico o, expresamente -por mayoría- al sostener que la resolución atacada no reviste la calidad de sentencia definitiva pero luego de ello consideró reunidas las exigencias para conceder el remedio federal atento a la existencia de cuestión federal y auto equiparable a sentencia definitiva.

SENTENCIA DEFINITIVA

Resultan contradictorias las decisiones del a quo en tanto el criterio de sentencia definitiva que hizo valer difiere según se trate del supuesto del artículo 11 de la ley 24.050 o del recurso extraordinario federal, aplicando respecto del primero una noción de sentencia definitiva más restrictiva que la adoptada para el segundo, pese a que -en última instancia- ambas vías recursivas se dirigen contra un mismo acto jurisdiccional (el de anulación con reenvío), apartándose así de la regla fijada en “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108) y la consecuente consagración de criterios contradictorios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa, nada de lo cual se compeadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Nada releva a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, prima facie valorada, cuenta con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso excepcional, como lo es el de la arbitrariedad, pues de ser seguida una orientación opuesta, la Corte debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalen uno u otro resultado, lo cual irroga un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El avance jurisdiccional del a quo en la concesión del recurso extraordinario federal no solo no analizó de modo suficientemente circunstanciada la apelación federal, sin referirse con precisión y de manera separada a cada uno de los distintos agravios presentados por cada uno de los recurrentes sino que, además, tuvo lugar sin que la Cámara Federal de Casación Penal dirimiera, con carácter previo y tal como correspondía, la divergencia suscitada en su propio seno con el objetivo de que, dentro del ámbito de ese tribunal colegiado, se dictara la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa que determinara el parecer uniforme de la máxima instancia federal del país competencia exclusivamente penal.

NORMAS FEDERALES

El carácter de una ley que permite encuadrar la generalidad de sus disposiciones en el marco del derecho común - o excluirlas del mismo- no impide que parte de ella pueda ser de naturaleza diferente, de manera tal que no convenga a esta última, la calificación correspondiente a las primeras.

INTERVENCION DE LA CORTE SUPREMA

Cuando, en el marco de su competencia, la Corte fija el alcance de una norma de derecho común, solo se limita a fijar su compatibilidad [o no] con la Constitución Nacional y las leyes federales en consecuencia dictadas, sin que pueda asimilarse al ejercicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia en tanto dicha función le resulta por completo ajena.

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

A la luz del principio del máximo rendimiento de la competencia que detenta la Cámara Federal de Casación Penal en tanto tribunal intermedio, la obliga a garantizar que una eventual habilitación de la competencia federal de la Corte Suprema solo tenga lugar, previo agotamiento de la propia, toda vez que fue creado para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante aquella pueden encontrar las partes la repara-

ción de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir a la sede de la Corte, sea porque el objeto a revisar ya sería un producto seguramente más elaborado.

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

La sentencia dictada, acorde con la doctrina establecida por la Cámara de Casación en pleno, constituye la decisión definitiva del superior tribunal de la causa contra la cual cabe interponer el recurso extraordinario federal, siempre y cuando las cuestiones contenidas en este último sean, en el supuesto del artículo 11, segundo párrafo de la ley 24.050, análogas a las sometidas a la decisión de la cámara en pleno mediante el recurso de impugnación previsto por la legislación aplicable.

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Resulta imperioso que el superior tribunal de la causa ajuste su proceder para que el ejercicio de la vía -cualquiera fuere- que el ordenamiento jurídico contempla para superar las consecuencias disvaliosas que se derivan de la existencia de jurisprudencia contradictoria en el seno de un mismo tribunal colegiado, no se frustre haciendo valer exigencias no previstas en la ley ni tampoco criterios más restrictivos que los que rigen la habilitación de la vía extraordinaria; y que, además, el mecanismo de toma de decisión sobre el criterio a seguir, brinde certeza y claridad en tiempo útil al justiciable y a todo el sistema de administración de justicia subordinado a ese tribunal colegiado, salvaguardando la habilitación de la competencia de la Corte Suprema hasta que recaiga decisión definitiva sobre la materia de convocatoria, con el fin de evitar situaciones como las del sub lite que solo condujeron a generar un desgaste jurisdiccional innecesario que en nada contribuye a la buena y pronta administración de justicia.

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Si bien falta de fundamentación y la falta de agotamiento de la competencia propia de un tribunal intermedio, lo que redundó en la omisión de tratar adecuadamente, con el dictado de una sentencia definitiva que emanara del tribunal superior de la causa, la cuestión federal comprometida a la luz de la doctrina de “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108), obligaría a declarar la nulidad del auto de concesión, no escapa a la Corte que el

reenvío de la causa al tribunal apelado para un nuevo pronunciamiento generaría que cientos de casos quedarán expuestos a una significativa demora, con la agravante de que ello prolongaría la incertidumbre jurídica ya existente en torno a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal y retroactividad de la ley penal más benigna, a la luz de la reforma que introdujo la ley 27.430, en lo que específicamente concierne a la elevación de los montos cuantitativos en cuestión.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que el auto apelado proviene del tribunal superior de la causa y es equiparable a sentencia definitiva ya que, en el particular contexto de la causa, la anulación con reenvío dispuesta por la Cámara Federal de Casación Penal genera un gravamen de insusceptible reparación ulterior al mantener a los imputados sometidos a proceso conforme a una ley que -según entienden- viola el principio de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad de la ley penal más benigna contenido en el art. 2° del Código Penal y con jerarquía constitucional en los artículos 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a ello se suma que la decisión ha sido contraria al derecho que cita el apelante (art. 14, inciso 3°, de la ley 48) en violación al derecho al debido proceso y al principio de legalidad consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y también compromete el contenido y alcance de normas de carácter federal en materia penal tributaria y el apartamiento de la autoridad institucional del precedente “Palero”.

INTERPRETACION DE LA LEY

En la tarea de establecer la inteligencia de normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del tribunal a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema es el tribunal de último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, sus decisiones son

finales, ningún Tribunal las puede revocar; representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar; y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

Es inherente a la función constitucional propia de la Corte que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones, al punto que a ninguna autoridad le esté permitido desconocerlas, en tanto con ello se contribuye a la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La autoridad institucional de los precedentes de la Corte Suprema, fundada en su condición 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 por los tribunales inferiores.

CORTE SUPREMA

Si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 de la Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos y fundados argumentos que justifiquen no aplicar al caso la posición sentada por ella, carecen de fundamento, salvo que se invoquen circunstancias de hecho con base a las cuales se fijan distinciones entre los fallos que se invocan como contradictorios.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Si, a partir de lo resuelto por el a quo lo que se pretende es advertir sobre la inconveniencia o el error de que la actualización monetaria no se hubiera tenido en cuenta en oportunidad de dictarse el fallo “Pale-ro” (Fallos: 330:4544), ello no constituye un argumento novedoso- para apartarse del precedente-, en tanto ya había sido esgrimido por las partes acusadoras, en el marco de los cuestionamientos que se plantearon contra la reforma que introdujo -también sobre el punto bajo examen- la ley 26.735 y que, luego de no ser admitido por ninguna de las salas del tribunal superior de la causa, la vía federal impulsada por los mismos interesados fue desestimada, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en “Soler, Diego”

RECURSO EXTRAORDINARIO

La desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación del art. 280 del del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida; en rigor, la conclusión que cabe extraer de un pronunciamiento fundado en el citado precepto legal, es que el recurso deducido no ha superado el examen de la Corte encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá, según las pautas establecidas al respecto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

INTERPRETACION DE LA LEY

Si bien las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de la ley son, en general, simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronuncian, no puede decirse lo mismo de las explicaciones o aclaraciones de los miembros in-

formantes de las comisiones de las Honorables Cámaras del Congreso y los debates parlamentarios que constituyen una valiosa herramienta para desentrañar la interpretación auténtica de una ley.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Si alguna diferencia debiera establecerse entre la reforma de la ley 26.063 y la ley 27.430 es en términos contrapuestos a los que presentan las partes acusadoras públicas y la Cámara Federal de Casación Penal, en tanto, así como, respecto de la primera, existe evidencia legislativa que vincula la modificación que introdujo respecto del monto cuantitativo a una actualización por efecto de la depreciación monetaria no es posible identificar en la ley 27.430 esa misma finalidad.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Sostener que el aumento que introdujo la reforma sancionada por la ley 27.430, en los montos cuantitativos de los tipos penales tributarios, haya respondido a una actualización monetaria, con el fin de mantener un tratamiento igualitario a través del tiempo entre maniobras de valor económico equivalente en un contexto en el que la moneda en la que fue expresado ese valor se ha depreciado, constituye una afirmación dogmática, que no encuentra sustento en elemento de juicio alguno.

INTERPRETACION DE LA LEY

Toda vez que en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa, a la luz de las herramientas reconocidas por la Corte en su jurisprudencia, la interpretación auténtica brindada por ambas Cámaras del Congreso, con más razón cuando ha recibido expreso tratamiento en el debate legislativo, pueda excluir de los sentidos posibles del texto aquellos que -según considera el legislador- no debieron haberse incluido, siempre que ello resulte razonable en los términos del artículo 28 de la Norma Suprema.

INTERPRETACION DE LA LEY

La primera fuente de exégesis de la ley es su letra, que ellas deben entenderse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y en esa tarea 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.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Lo resuelto en el fallo “Palero” (Fallos: 330:4544) siguió la línea jurisprudencial del precedente “Cristalux” (Fallos: 330:4445) que supuso la aplicación universal del principio de la ley más benigna salvo algunas excepciones, cuyo abordaje sometió a rigurosos estándares y sin que ello supusiera prescindir del sistema en el que está llamado a operar ese principio según la regla del artículo 4 del Código Penal conforme al cual aplica a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario, sin que sea preciso que las leyes dispongan literalmente lo contrario respecto de las disposiciones generales del Código Penal para excluir la aplicación de estas, sino que es suficiente que la aplicación subsidiaria del Código mencionado sea incompatible con la orgánica armonía de las disposiciones de aquellas.

LEY PENAL MAS BENIGNA

Cualquier solución que -por vía interpretativa- pretenda introducir un recorte del principio constitucional de la ley más benigna, goza de una alta presunción de violentar la interpretación auténtica de la ley ya que sería incurrir en una subestimación de otro poder del estado asignarle, al silencio de la ley 27.430 sobre el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, consecuencias diversas a las que cabe derivar de los expresos lineamientos de “Cristalux” (Fallos: 330:4445) como así también de la clara previsión del artículo 4° del Código Penal y las normas convencionales en cuyo marco está llamado a operar, en virtud de lo cual el silencio del legislador sobre el punto supone prima facie una decisión de no exceptuar -de la aplicación de ese principio- a la materia penal tributaria.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Si mediante la consagración de la “Unidad de Valor Tributaria” en la ley 27.430, el legislador creó un mecanismo dirigido específicamente a regular la actualización de los parámetros monetarios del régimen penal tributario, con la finalidad de contrarrestar los efectos adversos de la inflación es porque sin esa incorporación el sistema se mostraba insuficiente para hacer frente a esa realidad y ello era así, aun cuando el propio legislador estaba calificando a los montos cuantitativos como condiciones objetivas de punibilidad, en tanto cualquier inferencia que, por ende, se efectúe a partir de esa calificación con miras a introducir un recorte en el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no resiste una interpretación sistemática de la norma en que está inserta ya que atentaría contra el objeto y fin para el cual fue creada la “UVT”, según quedó plasmado en la letra de la ley.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Si el legislador, al crear la Unidad de Valor Tributaria -Ley 27.430- especificó que a los fines de la fijación de la cantidad de UVT que corresponda en cada supuesto, se deberán contemplar, entre otros factores y por cada parámetro monetario, los objetivos de política tributaria perseguidos (artículo 303), no exige mayor esfuerzo interpretativo advertir que decidió canalizar los objetivos de su política económica y criminal -frente a la desvalorización monetaria- por vía de la Unidad de Valor Tributaria, consagrando que la relación de conversión entre “UVT” y pesos se ajustara anualmente con base en la variación anual del Índice de Precios al Consumidor que suministre el Instituto Nacional de Estadística y Censos (artículo 304)

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

La conjunción del carácter nominal que caracteriza al monto evadido en los tipos penales tributarios bajo examen - Ley 27.430- y de las limitaciones referidas para hacer valer una actualización monetaria en las circunstancias del caso, se erigen en valla infranqueable para que, por vía interpretativa, se conciba al monto cuantitativo como una unidad de homogeneización de valores con el fin de mantener constante el valor del monto evadido, según propicia la Administración Federal de Ingresos Públicos.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Sin desconocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la realidad económica, su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regula concretamente la realidad tributaria, en tanto una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o de legalidad, supondría paralelamente un serio menoscabo al de seguridad jurídica, e importaría prescindir de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria; extremo que adquiere especial significación en materia penal atento a que la observancia de las reglas generales de hermenéutica jurídica no agota la interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico; y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Las razones esgrimidas por el a quo y las partes acusadoras públicas-respecto de la irretroactividad de la ley 27.430- encuentran un límite insuperable precisamente en las decisiones de política criminal y económica adoptadas por el Congreso Nacional, plasmadas en la ley y cuya interpretación deben respetar los criterios de hermenéutica jurídica ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de la Corte, en tanto no corresponda al Poder Judicial sortear -por vía interpretativa- al cuerpo deliberativo en el mérito o conveniencia de las soluciones legislativas que adopta, circunscribiéndose su ámbito de apreciación al análisis de lo irrazonable, inicuo o arbitrario.

JUECES

Los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las con-

secuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.769”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, luego de valorar que la ley 27.430 no era aplicable retroactivamente como ley penal más benigna, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, casó y anuló la decisión recurrida proveniente de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que –a su turno- había confirmado –en lo que aquí interesa- el sobreseimiento total de Matías Fernando Cristóbal Vidal y de Francisco Susmel en orden a las supuestas evasiones de pago del Impuesto a las Ganancias correspondientes al ejercicio fiscal 2011 y del Impuesto al Valor Agregado por el mismo ejercicio (períodos fiscales mensuales 1, 2 y 3 del 2011) a cuyo ingreso se habría encontrado obligada la contribuyente RB INDUSTRIAL S.A. (fs. 1091/1093 y 1045/1048), reenviando la causa a la instancia de origen (fs. 1162/1168).

Ante lo así resuelto, la defensa técnica de Matías Fernando Cristóbal Vidal solicitó el dictado de una sentencia plenaria por parte de la Cámara Federal de Casación Penal, en los términos del art. 11 de la ley 24.050, con amplio desarrollo sobre la jurisprudencia contradictoria existente y el cumplimiento de las exigencias para su interposición (fs. 1169/1172), según ya había anticipado que haría al presentar el memorial de ley en el término de oficina (fs. 1141/1144, aquí fs. 1141) y tal como había –además- reiterado en sus “breves notas” (fs. 1147).

La presidencia de la Sala III, el 27 de mayo de 2019, resolvió “*Por cuanto no se dan los requisitos previstos en el artículo 12 del Reglamento de esta Cámara Federal de Casación Penal –reformado por*

Acordada n° 3/2012- y la sentencia de esta Sala no es definitiva, no ha lugar al recurso de inaplicabilidad de ley planteado” (fs. 1173).

2°) Que, luego de esa decisión, interpuso recurso extraordinario federal por violación al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna con amplias consideraciones sobre las razones por las cuales debía aplicarse en el *sub lite* –retroactivamente- la ley 27.430 como ley penal más benigna en términos que –en lo sustancial- también hizo valer el coimputado Francisco Susmel al impulsar la misma vía recursiva, ambos con cita de vasta jurisprudencia –incluso de casación- y lo resuelto por la Corte Suprema en “Palero” y “Cristalux” (fs. 1174/1182 y 1184/1191, respectivamente).

A ello agregó la defensa de Susmel la nulidad del auto apelado por falta de firma de uno de los jueces que conformó la mayoría y, en el caso de Vidal, defendió la interposición en tiempo y forma de la vía de impugnación que contempla el artículo 11 de la ley 24.050, tildando el rechazo decidido de arbitrario -por falta de motivación- “sin que se le diera trámite alguno” ya que “no se expresó cuáles eran los supuestos requisitos incumplidos por el recurso”. A lo que agregó que la calificación de “no definitiva” de la sentencia de casación no debería ser un obstáculo para la procedencia ya que la ley no refiere a la sentencia definitiva de la causa sino a la sentencia definitiva de la casación (fs. 1174/1182, aquí fs. 1179 vta./1180).

Efectuado el traslado de ley, el tribunal apelado concedió ambos remedios federales con sustento en que se había planteado una cuestión federal relacionada con la inteligencia y aplicación de normas de derecho federal, como lo es el artículo 18 de la Constitución Nacional, las leyes 24.769, 26.735 y 27.430 y el artículo 2° del Código Penal, en su incidencia con las normas tributarias penales y que la inteligencia de esa cuestión estaba relacionada con la doctrina emanada *in re* “Palero” (Fallos: 330:4544). A lo que agregó el carácter de equiparable a sentencia definitiva de aquellos pronunciamientos anteriores a ella que, por su índole y consecuencias, llegan a frustrar el derecho federal invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior; lo que en el presente caso consideró quedaba evidenciado por la relevancia de la cuestión federal planteada y la existencia de un pronunciamiento de la Corte Suprema (Fallos: 330:4544), acorde con la postura sustentada por los recurrentes (fs. 1196/1197).

3°) Que, expuestos los antecedentes del caso, cabe tener presente que la sanción de la ley 27.430 (B.O. 29.12.2017) introdujo significativas reformas en el régimen impositivo argentino en general, entre las cuales, en el artículo 279, consagró un nuevo régimen penal tributario que derogó al anterior (artículo 280) que estaba vigente según ley 24.769 (B.O. 15.1.1997), con las reformas introducidas por las leyes 26.063 (B.O. 9.12.2005) y 26.735 (B.O. 28.12.2011). En lo que aquí concierne, mantuvo el sistema de cuantías mínimas para regular algunos de los delitos en él previstos, tratándose –por lo demás– de una modalidad que ya contemplaba su predecesora –la 23.771 (B.O. 27.2.1990)– con las modificaciones introducidas por ley 24.587 (B.O. 22.11.1995) que las catalogaba como *condiciones objetivas de punibilidad*, en calificación que había abandonado la ley 24.769 (y sus reformas) y que la actual ley retoma (artículo 1º, último párrafo).

A resultas de la entrada en vigor de la ley 27.430, el máximo representante del Ministerio Público Fiscal dictó la Instrucción General aprobada por resolución PGN 18/18, de fecha 21 de febrero de 2018 e impartió la directiva, a todos los fiscales con competencia federal en materia penal, para que se opusieran a su aplicación retroactiva. Mantuvo así los lineamientos trazados en la resolución PGN 5/12, del 8 de marzo de 2012, a propósito de la reforma que la ley 26.735 había introducido en las cuantías mínimas de los distintos delitos del anterior régimen penal tributario.

Asimismo, la Administración Federal de Ingresos Públicos instruyó a las áreas del organismo para que acompañaran al Ministerio Público Fiscal en la articulación de las vías recursivas que correspondieran (conf. referencia sobre el particular a fs. 20 de la queja CPE 604/2008/TO1/7/RH9 caratulada “Mascardi, Carlos Gustavo s/ infracción ley 24.769”).

Lo expuesto dio lugar a la promoción de una considerable cantidad de planteos por parte de quienes se sintieron alcanzados por lo que entendieron la mayor benignidad de la ley 27.430, con la consecuente habilitación de las correspondientes vías recursivas impulsadas por las distintas partes según si esa pretensión era –o no– acogida, lo cual generó una situación sin precedentes en los tribunales federales de todo el país. Cientos de esas causas se encuentran actualmente radicadas en este máximo Tribunal, a instancias sea de la defensa de los imputados o de las partes acusadoras (Ministerio Público Fiscal y/o

Administración Federal de Ingresos Públicos) y tanto por vía de recursos extraordinarios federales que fueron concedidos o por recurso de queja, respecto de los denegados.

En tales condiciones, corresponde que la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y habida cuenta del nítido carácter federal –aunque no exclusivo- de las cuestiones planteadas en las aludidas causas, que habilita su intervención en los términos del art. 14 de la ley 48, decida de modo definitivo la cuestión. Ello implica, por cierto, el ejercicio de la más alta función institucional asignada al Tribunal, en lo exclusivamente referido a la naturaleza federal de la materia debatida -la interpretación de la ley 27.430 a la luz del principio de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad de la ley penal más benigna- para superar la situación de colapso suscitada ante semejante proliferación de la actividad recursiva y el interés de los diversos operadores del sistema de administración de justicia en el criterio que guíe la decisión de estas causas.

Tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a una controversia de indudable trascendencia institucional, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones que pudieron haber formulado en otros precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas. Esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la seguridad jurídica en favor de una eficaz y eficiente administración de justicia que garantice al justiciable los derechos constitucionales comprometidos, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 329:5913 “Massa”, considerandos 10 y 11).

De allí que la decisión que aquí se adopte necesariamente comprende no solo una valoración sobre el contenido de lo que específicamente resolvió la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal apelado y que replicó en una gran cantidad de otros casos que quedarían alcanzados por lo que aquí se resuelva, sino tam-

bién consideraciones –desde una perspectiva netamente institucional– sobre el proceder de ese cuerpo colegiado como superior tribunal de la causa, frente a la situación de inusitadas características a la que ha dado lugar la controversia bajo examen, en la que ahora toca al Tribunal intervenir.

4º) Que, previo a avanzar en consideraciones de fondo, cabe tener presente el contexto más amplio en que se insertan los casos individuales sometidos a decisión teniendo en cuenta que la situación a resolver se origina cuando la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal dictó su primera sentencia sobre la cuestión bajo examen el 27 de junio de 2018, en la causa “Galetti” oponiéndose a que la reforma que introdujo la ley 27.430 en el “monto cuantitativo” del tipo penal comprometido en ese caso (artículo 7º de la actual ley) quedara alcanzado por el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna toda vez que, para esa fecha, ya sus pares de la Sala IV habían resuelto en sentido contrario, por aplicación del precedente “Palero” y/o una fundamentación que confluyó con esa solución. Tal lo que surge del caso “Diwan” (sentencia del 20 de marzo de 2018) donde estaba comprometido ese mismo delito y de “Mitre” (sentencia del 18 de abril de 2018), respecto del delito de evasión tributaria simple. Al poco tiempo, la Sala I se pronunció en ese sentido y en relación con esos mismos delitos, en “Leiva” e “Isso”, respectivamente (sentencias del 31 de octubre de 2018). La Sala II, por su parte, denegó el acceso de los recurrentes a la instancia de casación (“Trust Technology” sentencia del 14 de mayo de 2018).

Cabe aclarar que de las causas recién mencionadas han quedado radicadas ante el Tribunal las registradas como FRO 51000313/2000/4/RH1 “Galetti, Carlos Antonio y otros s/ apropiación indebida de recursos de la seg. social”; CPE 67/2015/3/1/RH1 “Diwan, Ariel Alberto s/ incidente de falta de acción”; CPE 67/2015/3/2/RH2 “Diwan, Ariel Alberto s/ incidente de falta de acción”; FCR 1160/2016/1/RH1 “Mantenimiento S.A. y otros s/ infracción ley 24.769”; FRO 51000822/2010/TO1/3/2/RH2 “Isso, Claudio Fabián y otro s/ legajo de casación” y CPE 5162/2015/6/1/RH1 “Trust Technology S.A. y otros s/ legajo de casación” y FSM 5162/2015/6/2/RH2 interpuesta por la Administración Federal de Ingresos Públicos contra el mismo auto apelado en esta última.

No constituye un dato menor aclarar que la situación suscitada, según lo hasta aquí expuesto, tuvo origen en una circunstancial y tem-

poraría mayoría que adquirió la conformación de la Sala III y que condujo a que una sala de la Cámara Federal de Casación Penal alterara –en forma unilateral- la “uniformidad” que, aun frente a la relatividad que conlleva semejante afirmación, existía en la jurisprudencia del tribunal colegiado que integra en punto a cuál era la incidencia que, en relación al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, tenía el aumento en los “montos cuantitativos” de los delitos penales tributarios, en términos que dotaban de suficiente seguridad jurídica a los justiciables y al sistema de administración de justicia federal subordinado a su competencia.

Ese estado de cosas era fruto del leal acatamiento que había tenido la Cámara Federal de Casación Penal -y, por esa vía, todo el sistema de administración de justicia federal- de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Palero” (Fallos: 330:4544) dictado hace más de catorce años –el 23 de octubre de 2007- a propósito de la reforma que, por ley 26.063, el legislador introdujo en esos tiempos al elevar los “montos” contemplados por los tipos penales tributarios vinculados a recursos de la seguridad social de la entonces ley penal tributaria 24.769. Al punto que, años más tarde, todas y cada una de las salas que componen ese tribunal superior de la causa –incluso la Sala III-pacífica y uniformemente aplicaron la solución de ese precedente al intervenir con motivo de la reforma que –en relación con ese mismo contenido- introdujo la ley 26.735 en los delitos contemplados por esa última. Los términos de ese parecer no se modificaron cuando la Corte Suprema desestimó, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. sentencia del 18 de febrero de 2014, en la causa CSJ 765/2012 (48-S)/CS1 ”Soler, Diego s/ recurso de casación”) las apelaciones extraordinarias interpuestas por la Administración Federal de Ingresos Públicos y el Ministerio Público Fiscal, poniendo en tela de juicio que el criterio de aquel precedente pudiera ser aplicado a esa posterior reforma, con base en que la finalidad de esta última había sido la de una “actualización monetaria” ausente en aquel y que, por ende, debía interpretarse, según jurisprudencia del Tribunal que invocó, de acuerdo con las reglas que rigen las actualizaciones de los montos expresados en sumas de dinero sometidos a la depreciación monetaria, reconocida por el legislador con el objetivo de mantener vigente el juicio de valor expresado en 1997 al dictar la ley 24.769. Y, a resultas de lo cual, debía descartarse la exégesis que las concibe como una sustitución en el tiempo de montos meramente nominales dirigida a alterar la sustancia de la clase de comportamientos originalmente criminalizados.

El escenario hasta aquí descrito, permite identificar, además, en algunos de los casos radicados ante el Tribunal -y que incluye el del *sub lite*- que la existencia de jurisprudencia contradictoria en el ámbito de la casación fue planteada no solo en el trámite del recurso de esa especie sino, además, al impulsar los recurrentes la vía de impugnación -por cierto, rechazada- contemplada por el artículo 11 de la ley 24.050 de Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación, tendiente a la convocatoria del tribunal en pleno (conf. causas CPE 1388/2017/CS1 -planteo deducido por Lijtenberg...-, CPE 1754/2014/CS1 -"Marra"-, FPO 5737/2016/CS1 -planteo deducido por Urrutia...-, FMP 618/2017/1/1/CS1 -"Di Leva"-, FRO 25733/2016/1/CS1 "Alberto", CPE 756/2017/1/CS1 -planteo deducido por Yonadi...-, FPO 6156/2017/CS1 "Fernández", FSM 29239/2016/1/CS1 "Bovero", CPE 1477/2015/CS1 "Fiorito", CPE 23/2017/2/CS1 "Giannotta", CPE 1453/2013/CS1 "Buks", CPE 1745/2016/6/CS1 "Barreiro", CPE 1045/2015/11/CS1 "Pegaso Seguridad Integral S.R.L.", CPE 1756/2016/CS1 "Nowodworski"; CPE 918/2010/CS1 y CPE 1009/2013/CS1 -planteo deducido por Antón...-, FMP 31014039/2010/3/CS1 "Juanes" y FRO 5419/2014/TO1/ 1/1/CS1 "Leiggener").

Por último, el Tribunal advierte que, frente a la situación de inusitadas características a la que ha dado lugar la controversia bajo examen, cada una de las salas de la Cámara Federal de Casación Penal se limitó a reiterar sistemáticamente su propia solución en sucesivos casos.

5º) Que, a esta altura, la Corte Suprema entiende necesario señalar que, a la luz de la reseña que antecede, la decisión del *a quo* aparece comprometida en un doble aspecto. Por una parte, en la medida que no consideró alcanzado el supuesto de autos por el precedente "Palero" y se excluye por esa vía al *sub lite* del alcance del principio constitucional de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. Por la otra, en tanto se adopta una decisión frente a la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre el punto en el ámbito de un tribunal colegiado y pese a esa circunstancia, se opta por habilitar la vía extraordinaria federal con la consecuente intervención de esta Corte Suprema, cuando aquella debió ser resuelta con carácter previo a la enervación de la jurisdicción de este máximo Tribunal.

En la medida en que este último aspecto de lo actuado ante el tribunal apelado concierne a una definición sobre cuál es la sentencia

definitiva -dictada, además, por el tribunal superior de la causa- y que ello compete al examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario cabe considerar, como cuestión previa, el adecuado cumplimiento de esas exigencias al habilitar la casación la competencia del Tribunal (Fallos: 328:1108 “Di Nunzio”, considerando 4º y su cita), siendo propicia la ocasión para recordar el tratamiento que en su jurisprudencia tiene la cuestión referida.

6º) Que, al resolver en “Casal” (Fallos: 328:3399), ya se señaló que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo basado en una concepción tradicional u originaria, fundada en el objetivo político de garantizar –por lo menos técnicamente- el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley, con el fin de que el recurso de casación garantizara la voluntad del legislador y reducir al juez a la *boca de la ley* para que con su interpretación no la distorsionase (considerandos 9º y 10).

Ese modelo fue llamado a insertarse en un diseño constitucional como el argentino que es, estructuralmente, refractario a un recurso de casación de esas características porque responde a un paradigma constitucional que no admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y que hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. Ello atento a que la más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Solo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento (considerando 13).

A ello responde la línea jurisprudencial de Fallos: 189:234 (1941) que sustentó también las decisiones de Fallos: 216:701; 217:991; 218:792; 219:317; 220:1522 y 221:636, entre otros. Y si bien fue abandonada en Fallos: 227:413 (1953), fue retomada como “jurisprudencia tradicional” (Fallos: 242:222; 247:247; 249:83, entre otros).

Para el mencionado criterio, es ineficaz el argumento de desigualdad fundado en la diversa interpretación que algunos tribunales de provincia y de la entonces Capital Federal, hayan dado a una ley de derecho común, cuya aplicación fue expresamente reservada

a las provincias por el entonces inciso 11 del artículo 67 de la Constitución Nacional, tal como quedó redactado después de la reforma de 1860 y que se mantiene en la vigente, según el texto del año 1994 (artículo 75, inciso 12). En efecto, esa garantía no obsta a la desigualdad de hecho que resulta de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, cuando es la consecuencia natural o inevitable del ejercicio de la potestad de juzgar que incumbe a los diversos tribunales de justicia, nacionales o provinciales, al aplicar la ley conforme a su propio criterio y, sobre ese ejercicio jurisdiccional, la Corte Suprema no tiene facultad de revisión o de casación, correspondiéndole solamente, en virtud de los artículos 31 y 100 de la Constitución Nacional –actuales artículos 31 y 109- conocer de ella en los casos y por el medio del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 189:234, pág. 242).

En esa misma línea, en Fallos: 246:300 (1960), se recordó que si la Corte entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto supuestamente violado por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión [en ese caso era en materia laboral], ejercería una facultad legal ajena al recurso extraordinario y propia del recurso de casación.

7º) Que cabe tener presente que, asimismo, en “Casal” (Fallos: 328:3399), la Corte Suprema recordó que la estructura de organización judicial dentro de la cual se insertó la creación de la casación argentina, tampoco tenía la necesidad de una casación que tuviera el contenido tradicional u originario ya señalado -cuya vigencia hoy en el mundo tampoco puede afirmarse- porque la unificación interpretativa era ocasional y ya se llevaba a cabo por medio de la inaplicabilidad de ley y los plenarios (considerado 17).

En efecto, ya en Fallos: 133:298 (1921) se recordaba que la ley 7055 (B.O. 22.8.1910), al crear una segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial y escindir la Cámara Penal de la Comercial, promovía la reunión plenaria cuando resultara conveniente para “fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”, de tal manera que la jurisprudencia invocada en casos análogos era la ley misma interpretada por las cámaras en pleno (pág. 302).

La necesidad de evitar decisiones contradictorias había inspirado también la sanción del artículo 5º de la ley 12.330 (B.O. 22.12.1936) sobre organización de las cámaras de apelaciones en lo Civil y de apelación en lo Comercial de la Capital Federal. Igual criterio recogió el artículo 17 de la ley 12.948 (B.O. 6.3.1947) que mantuvo en vigor -con fuerza de ley- al decreto-ley 32.347/44 (B.O. 13.1.1945), luego derogado por la ley 18.345 (B.O. 24.9.1969), que creó y organizó el fuero laboral, siendo toda esta normativa recogida por el artículo 113 del Reglamento para la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema -mediante acordada S/N/1952 del 17 de diciembre de 1952 (B.O. 22.4.1953)- en uso de facultades que -por entonces- le otorgaba el artículo 94 de la Constitución Nacional y de las de superintendencia estableciendo que *“antes de dictar sentencia en las causas sometidas a su pronunciamiento, cada Sala deberá informarse de la jurisprudencia de las demás del tribunal de que forma parte sobre el punto a resolver. En el caso de que no haya coincidencia de criterio la Sala se abstendrá de dictar sentencia y se reunirá el tribunal en pleno para fijar jurisprudencia”*.

Sobre esa base, en Fallos: 226:402 (1953) sostuvo que a esos fines bastaba que el juzgamiento de la causa requiriese la elucidación de un punto o cuestión de derecho, resuelto antes por otra Sala del mismo tribunal. Más tarde, en Fallos: 241:16, sostuvo que, en caso de jurisprudencia contradictoria sobre el punto debatido, era exigible que, antes del fallo final, se planteara el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 113 del Reglamento para la Justicia Nacional, a fin de que el tribunal de la causa tuviera oportunidad de pronunciarse acerca de la cuestión.

La creación del recurso de inaplicabilidad de ley, por el artículo 28 del decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467 y sus modificatorias, motivó que la Corte Suprema interpretara que ese recurso reemplazaba al recurso extraordinario con fundamento en el alegado desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 113 del Reglamento para la Justicia Nacional (Fallos: 241:30, 195 y 370; 242:276; 243:296; 244:133) y que, por ende, lo atinente a la prescindencia del cumplimiento con lo dispuesto en esa norma reglamentaria debía proponerse ante la cámara respectiva (Fallos: 240:426; 241:195; 242:183, 333; 243:54; 244:218 y 245:24 y 108). Asimismo, en Fallos: 240:452 (1958) avanzó en señalar que, al haberse otorgado al mismo tribunal en pleno la facultad de unificar la jurisprudencia de las salas que lo componen, la denegación de ese recurso quedaba alcanzada por la jurisprudencia del Tribunal conforme a la cual, como principio, no era susceptible de apelación ex-

traordinaria, por comprometer cuestiones de orden común y procesal (Fallos: 246:135; 250:120; 253:33, 131; 251:340, 254:21 y 294, entre otros).

Así, el Tribunal desestimó la tacha de arbitrariedad habida cuenta de los serios fundamentos del fallo plenario (Fallos: 243:293 y 246:266); por tratarse de un pronunciamiento fundado (Fallos: 245:554) y por no ser aplicable al supuesto a decidir (Fallos: 246:47, 49 y 384). Por el contrario, la admitió cuando la sentencia apelada carecía de fundamentos que permitieran determinar el criterio seguido por el tribunal apelado para dejar de lado la doctrina de un plenario (Fallos: 313:635 y sus citas) o porque los datos para justificar tal apartamiento no eran congruentes con el objeto de la litis (Fallos: 314:420). Y también cuando se había omitido considerar una cuestión conducente para la decisión del pleito, privándola de fundamento suficiente para sustentarlo, supuesto dentro del cual se ha considerado incluido el referido a la invocación de jurisprudencia recaída en fecha reciente por una sala del mismo tribunal conociendo en un caso estrictamente similar, en tanto ese extremo ha sido considerado como una circunstancia que integra la materia a decidir de la causa y no puede ser válidamente pasada por alto (Fallos: 244:468 y 249:48).

La jurisprudencia señalada mantiene vigencia en el marco de la actual ley de organización judicial 24.050 que derogó –en lo que aquí interesa– los artículos 27 y 28 del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467 y sus modificatorias (artículo 52) pero mantuvo la reunión en pleno de la Cámara Nacional de Casación Penal –actual Cámara Federal de Casación Penal (artículo 13 de la ley 26.371). Así, según el artículo 10 esa Cámara “se reunirá en tribunal pleno: a) Para reglamentar su labor o la distribución de la labor de sus Salas; b) Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias; c) Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus Salas, entendiera que es conveniente”. Asimismo, que “La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal” y que “La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria”. A su vez, el artículo 11 consagra que “También darán lugar a la reunión de la Cámara de Casación en pleno las sentencias que contradigan otra anterior de la misma Cámara, cuando el

precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva de ese Tribunal. La impugnación tendiente a la convocatoria del Tribunal en Pleno deberá ser interpuesta y fundada dentro de los CINCO (5) días, ante la Sala interviniente”; que “La Cámara establecerá la doctrina aplicable y si la del fallo impugnado no se ajustare a aquélla, lo declarará nulo y dictará sentencia acorde con la doctrina establecida” y que “Hasta tanto la Cámara resuelva sobre la procedencia o no de la impugnación, la sentencia quedará suspendida en su ejecución”.

Lo expuesto explica que, en la actualidad, el máximo tribunal penal del orden federal del sistema de organización judicial detente, por un lado, una competencia amplia del recurso de casación que hace posible –sin alterar ni exceder la resistencia semántica de las normas que rigen su competencia- la intervención de ese tribunal intermedio con un alcance que garantice el “derecho al recurso” (considerando 21 de “Casal”). Y, de otra parte y al propio tiempo, que el legislador le haya asignado la unificación interpretativa en el ámbito de la justicia federal, en tanto competencia que, aun cuando tenga la finalidad de dotar a la jurisprudencia de uniformidad, lejos está de identificarse con el objetivo político propio del recurso de casación en su concepción originaria. Por el contrario, responde a una impronta propia del sistema argentino en tanto mecanismo seleccionado por el legislador para restaurar la unidad del tribunal, cuya división en salas solo apunta, en el derecho argentino, al cúmulo de la labor judicial (Fallos: 249:22) (1961).

8º) Que la adecuada aplicación de las reglas y principios que rigen la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal, con el sentido y alcance hasta aquí expuesto, adquiere especial significación en circunstancias como las del *sub lite* en tanto la sala interviniente no impulsó la convocatoria a plenario -ni previo al dictado de la primera sentencia que dio origen a la jurisprudencia contradictoria en ese ámbito (“Galetti”, sentencia del 27 de junio de 2018)- ni luego de ello.

Por lo demás, una compulsa del *sub lite* y de los demás casos referidos en el párrafo 5º del considerando 4º, pone en evidencia que existió un trato dispar en la forma en que la Sala III abordó el agravio referido a la existencia de jurisprudencia contradictoria en supuestos como el de autos, lo que revela la ausencia de una respuesta institucional seria que –en términos de eficacia y eficiencia- atendiera a la situación a la

que estaba llamada a contrarrestar, por vía del recurso de inaplicabilidad de ley, siendo que –en definitiva- solo sumó mayor indefinición e incertidumbre al estado de cosas existente. Ello de un modo que incluso condujo a cercenar –como sucedió en el supuesto de autos- el acceso del justiciable a esa vía de impugnación desentendiéndose de las consecuencias adversas –de público y notorio conocimiento- que de ello se derivaban en la buena y pronta administración de justicia.

En efecto, tal como se reseñó en el considerando 1º de esta sentencia, la inaplicabilidad de ley le fue denegada a Vidal por no configurarse las exigencias reglamentarias y no revestir el auto apelado el carácter de “definitivo” bajo una fórmula cuyo contenido y alcance fue precisado por cada uno de los jueces del tribunal apelado, al intervenir en otros casos, ya sea señalando que una decisión de ese tenor no reflejaba ni arbitrariedad ni error jurídico (conf. fs. 151/152 de la causa CPE 1745/2016/6/CS1 “Barreiro”) o, expresamente –por mayoría- al sostener que “*la resolución atacada no reviste la calidad de sentencia definitiva*” (conf. fs. 751 en la causa CPE 1756/2016/CS1 “Nowodworski”).

Sin embargo, luego de ello, el tribunal apelado consideró reunidas las exigencias para conceder el remedio federal con sustento en las razones reseñadas en el considerando 2º atento a la existencia de cuestión federal y auto equiparable a sentencia definitiva. El mismo temperamento –ya sea para rechazar la vía de impugnación con el fin de convocar a plenario como para conceder el remedio federal- se reprodujo en la enorme cantidad de casos ingresados a este máximo Tribunal en donde medió decisión sobre esos aspectos y, desde ya, en los identificados en el citado párrafo del considerando 4º.

Atento a que, en el recurso extraordinario federal, la defensa de Matías Fernando Cristóbal Vidal, tildó de arbitraria la denegación de acceso a plenario, en los términos reseñados en el considerando 2º, caben las siguientes precisiones. Por un lado, que el criterio de “sentencia definitiva” que hizo valer el tribunal apelado en el *sub lite* difiere según se trate del supuesto del artículo 11 de la ley 24.050 o del recurso extraordinario federal, aplicando respecto del primero una noción de sentencia definitiva más restrictiva que la adoptada para el segundo, pese a que –en última instancia- ambas vías recursivas se dirigen contra un mismo acto jurisdiccional (el de anulación con reenvío). Lo así resuelto supuso un apartamiento de la regla fijada en Fallos: 328:1108

“Di Nunzio” (considerando 12) y la consecuente consagración de criterios contradictorios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa, nada de lo cual se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes (Fallos: 307:146; 327:608).

De otra parte, no surge que al conceder la vía federal el *a quo* haya ponderado el agravio que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, la parte hizo valer con relación al modo en que el tribunal apelado rechazó la vía de impugnación para la convocatoria a plenario. Al respecto, el Tribunal ha señalado reiteradamente que nada releva a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso excepcional, como lo es el de la arbitrariedad (Fallos: 323:1247; 325:2319, entre muchos). De ser seguida una orientación opuesta, la Corte debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalen uno u otro resultado, lo cual irroga un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de la Corte (Fallos: 323:1247 y 325:2319, entre otros).

9º) Que, por las razones expuestas en los considerandos 6º a 8º, el avance jurisdiccional en la concesión del recurso extraordinario federal -en las circunstancias referidas- no solo no analizó de modo suficientemente circunstanciada la apelación federal, sin referirse con precisión y de manera separada a cada uno de los distintos agravios presentados por cada uno de los recurrentes sino que, además, tuvo lugar sin que la Cámara Federal de Casación Penal dirimiera, con carácter previo y tal como correspondía, la divergencia suscitada en su propio seno.

Esto último, con el objetivo de que, dentro del ámbito de ese tribunal colegiado, se dictara la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa que determinara el parecer uniforme de la máxima instancia federal del país -con competencia exclusivamente penal- en dos aspectos. El primero, respecto a las razones invocadas por la Sala III para excluir, las modificaciones que introdujo la ley 27.430 en lo que aquí compete, del alcance del precedente “Palero” (Fallos: 330:4544, sentencia del 23 de octubre de 2007), cuyo leal acatamiento había tenido

lugar no solo en los casos alcanzados por las modificaciones ponderadas en ese precedente sino incluso, con posterioridad, por las de la ley 26.735. El segundo, con relación a si el fundamento del auto apelado aconsejaba someter a consideración de la Corte Suprema un apartamiento de su propio precedente.

Ese proceder adquiriría aún mayor significación en las circunstancias del *sub lite* en que –con prescindencia del alcance de la materia federal comprometida– el debate que nutrió a la postura mayoritaria de la Sala III también involucraba el alcance de normas de derecho común ajenas, en principio y por su naturaleza, a la competencia extraordinaria federal con referencia a la calificación del “monto cuantitativo” como “condición objetiva de punibilidad”, en términos que recoge la actual ley en el último párrafo del artículo 1º. Y teniendo en cuenta –además– que tanto en primera como en segunda instancia la aplicación retroactiva de la ley 27.430 como ley penal más benigna la hicieron valer los jueces intervinientes aún frente a esa calificación (fs. 1047 vta. y 1092/1092 vta., respectivamente). Más allá de la incidencia que ello tiene en el abordaje que ha de efectuarse sobre el fondo en el marco de las exigencias del recurso extraordinario federal, cabe aquí recordar que el carácter de una ley que permite encuadrar la generalidad de sus disposiciones en el marco del derecho común –o excluirlas del mismo– no impide que parte de ella pueda ser de naturaleza diferente, de manera tal que no convenga a esta última, la calificación correspondiente a las primeras (conf. *mutatis mutandis* Fallos: 183:49).

Pues si se toma en cuenta que los estándares de la casación surgen de jurisprudencia contradictoria también con relación al nivel en que, dentro de la teoría del delito, cabe insertar a las “condiciones objetivas de punibilidad” y las consecuencias que de ello se derivan, la significación del mentado proceder se veía aún más robustecida. Ello por cuanto las cuestiones de derecho común no pierden tal carácter, aun cuando se trate de interpretarlas en relación con una ley federal y, por ende, son materia ajena, como regla, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 307:1017 y su cita de Fallos: 256:256).

En efecto, cuando, en el marco de su competencia, la Corte fija el alcance de una norma de derecho común, solo se limita a fijar su compatibilidad [o no] con la Constitución Nacional y las leyes federales en consecuencia dictadas, sin que pueda asimilarse al ejer-

cicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia en tanto dicha función le resulta por completo ajena (“Casal” Fallos: 328:3399, considerando 13).

Lo expuesto devenía por demás exigible, a la luz del principio del máximo rendimiento de la competencia que detenta la Cámara Federal de Casación Penal en tanto tribunal intermedio que la obliga a garantizar que una eventual habilitación de la competencia federal de esta Corte Suprema solo tenga lugar, previo agotamiento de la propia en los términos expuestos, toda vez que fue creado para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante aquella pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir a esta sede, sea porque el objeto a revisar ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 328:1108 “Di Nunzio” considerandos 8° y 10 con cita de Fallos: 318:514 “Girolidi”).

10) Que, con el fin de agotar el examen de lo actuado en sede casatoria, no puede dejar de señalarse –a luz de lo expuesto en el considerando 8°- que la misma obligación pesaba –y subsiste a la fecha- sobre todas y cada una de las salas de ese tribunal intermedio ya que, más allá de que la Sala III resolvió el primer caso que inauguró esa jurisprudencia contradictoria, lo cierto es que la reiteración sistemática y uniforme que cada una de las otras salas hizo de su posición sobre la cuestión controvertida, no puede sino ser interpretada –más allá del acierto o error de lo resuelto- no solo como contribución al mantenimiento de ese estado de cosas que al presente subsiste, cuanto menos respecto de cientos de casos, sino –además- como la renuncia a zanjar divergencias como las del *sub lite* por los mecanismos que el ordenamiento jurídico proporciona a tribunales colegiados y cuya finalidad está dirigida, además de lo ya expuesto, a neutralizar las consecuencias disvaliosas que de ello se derivan para el justiciable.

Semejante proceder del máximo tribunal federal con competencia exclusivamente penal condujo –en definitiva y tal como surge del *sub examine*- a que la definición de la situación del contribuyente imputado, frente a la ley, quedara sometida al factor aleatorio de cuál de todas las salas resultaba desinsaculada para intervenir, ya sea en el recurso de casación interpuesto por esa parte o en el deducido por la acusadora, lo cual en nada contribuyó a la certeza y prontitud que –como

directrices fundamentales del proceso penal- deben guiar la actividad jurisdiccional, según el Tribunal viene destacando de modo constante.

Contrariamente a esos principios, lo actuado en esa instancia intermedia, solo condujo a transferirle a la Corte Suprema la controversia que tuvo exclusivo origen en su seno, desatendiendo que la intervención de este Tribunal no tiene por finalidad dirimir discrepancias propias de un tribunal colegiado cuya división en salas –según ya se dijo- solo apunta, en el derecho argentino, al cúmulo de la labor judicial (Fallos: 249:22 ya citado).

Por ende, con el fin de brindar certeza sobre el punto con miras a evitar futuras repeticiones que no se ajusten a las reglas y principios que rigen la habilitación de la competencia del Tribunal, cabe señalar que -en supuestos como el del *sub lite*- la sentencia dictada, acorde con la doctrina establecida por la Cámara de Casación en pleno, constituye la decisión definitiva del superior tribunal de la causa contra la cual cabe interponer, en su caso, el recurso extraordinario federal (Fallos: 330:2999, considerando 3º y sus citas), siempre y cuando las cuestiones contenidas en este último sean, en el supuesto del artículo 11, segundo párrafo de la ley 24.050, análogas a las sometidas a la decisión de la cámara en pleno mediante el recurso de impugnación previsto por la legislación aplicable (Fallos: 324:4504, considerando 3º).

A tal fin, deviene imperioso que el superior tribunal de la causa ajuste su proceder para que el ejercicio de la vía –cualquiera fuere- que el ordenamiento jurídico contempla para superar las consecuencias disvaliosas que se derivan de la existencia de jurisprudencia contradictoria en el seno de un mismo tribunal colegiado, no se frustre haciendo valer exigencias no previstas en la ley ni tampoco criterios más restrictivos que los que rigen la habilitación de la vía extraordinaria. Y que, además, el mecanismo de toma de decisión sobre el criterio a seguir, brinde certeza y claridad en tiempo útil al justiciable y a todo el sistema de administración de justicia subordinado a ese tribunal colegiado, salvaguardando la habilitación de la competencia de la Corte Suprema hasta que recaiga decisión definitiva sobre la materia de convocatoria, con el fin de evitar situaciones como las del *sub lite* que solo condujeron a generar un desgaste jurisdiccional innecesario que en nada contribuye a la buena y pronta administración de justicia.

11) Que lo expuesto en los considerandos 6° a 10 obligaría a declarar la nulidad del auto de concesión no solo por falta de fundamentación sino también por falta de agotamiento de la competencia propia de un tribunal intermedio, lo que redundó en la omisión de tratar adecuadamente, con el dictado de una sentencia definitiva que emanara del tribunal superior de la causa, la cuestión federal comprometida a la luz de la doctrina de “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108).

12) Que, sin embargo, no escapa al Tribunal que el reenvío de la causa al tribunal apelado para un nuevo pronunciamiento en el sentido hasta aquí expuesto, generaría que cientos de casos quedarán expuestos a una significativa demora, con la agravante de que ello prolongaría la incertidumbre jurídica ya existente en torno a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal y retroactividad de la ley penal más benigna, a la luz de la reforma que introdujo la ley 27.430, en lo que específicamente concierne a la elevación de los “montos cuantitativos” en cuestión.

A lo que se suma que la controversia involucra a cientos de contribuyentes cuya situación, frente a la garantía del plazo razonable de duración del proceso, podría verse ciertamente afectada teniendo en cuenta que algunos casos ya quedaron alcanzados por la reforma de la ley 26.735 y ahora por la de la ley 27.430 y que, además, no solo una solución como la señalada abarca autos apelados por los imputados que reconocen como tribunal de origen a la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal sino, también, los que provienen de todas las demás salas atento a la profusa actividad recursiva impulsada por el Ministerio Público Fiscal y a la que adhirió la Administración Federal de Ingresos Públicos, en función de lo referido en el considerado 3°.

En tales condiciones y en virtud de la invariable jurisprudencia de esta Corte, según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre muchos otros), la cuestión a resolver excede la de una posible falencia de acatamiento de lo resuelto por este Tribunal en una causa singular aislada, sino que “se proyecta a numerosas causas, [...] a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero federal en casos que versan sobre la materia (Fallos: 156:283; 317:462 y 335:2379)” (Fallos: 337:354, considerando 7°) y, a resultados de lo cual, se ha suscitado la expectativa generalizada –por cierto razonable, a esta altura– de que solo el Tribunal podría disipar esa incer-

tidumbre al fijar una posición que resuelva definitivamente el punto federal comprometido dentro de su misión de "...afianzar una pauta jurisprudencial que contribuya a fortalecer la seguridad jurídica y de tal modo evite situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación al fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho" (Fallos: 328:1108 "Di Nunzio", considerando 9°).

De allí que, en el contexto actual en que toca resolver, el Tribunal va a avanzar en un pronunciamiento sobre el recurso extraordinario interpuesto, exclusivamente en lo que concierne a la materia federal comprometida –en los términos señalados- y en la medida en que guarde relación directa e inmediata con lo resuelto, con la expresa aclaración de que ello no implica privar de contenido ni alcance al cauce institucional que estaba obligado a agotar el tribunal superior de la causa, según lo expuesto en los considerandos 6° a 10.

13) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que, además, el auto apelado proviene del tribunal superior de la causa y es equiparable a sentencia definitiva ya que, en el particular contexto descripto precedentemente, la anulación con reenvío dispuesta por la Cámara Federal de Casación Penal genera un gravamen de insusceptible reparación ulterior al mantener a los imputados sometidos a proceso conforme a una ley que –según entienden- viola el principio de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad de la ley penal más benigna contenido en el art. 2° del Código Penal y con jerarquía constitucional en los artículos 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -convenciones internacionales que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad por así disponerlo el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional-. A ello se suma que la decisión ha sido contraria al derecho que cita el apelante (art. 14, inciso 3°, de la ley 48) en violación al derecho al debido proceso y al principio de legalidad consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Sumado a que el caso también compromete el contenido y alcance de normas de carácter federal en materia penal tributaria y el apartamiento de la autoridad institucional del precedente "Palero".

Asimismo, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su

decisión por los argumentos de las partes o del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 310:727; 319:2886; 323:1406; 328:1883; 330:3593; 333:2396; 339:609 y 340:1775, entre muchos otros).

Toda vez que las razones que dan sustento a la tacha de arbitrariedad esgrimida por la defensa de Vidal, con relación a la problemática suscitada por la denegación a esa parte del acceso a la vía de impugnación contemplada por el artículo 11 de la ley 24.050, quedaron alcanzadas por el examen efectuado en el considerando 8º, cabe estar a lo decidido sobre el punto en los considerandos 9º a 12.

Corresponde, además, desestimar –por falta de fundamentación– el planteo de nulidad esgrimido por la defensa de Susmel con sustento en que uno de los vocales que conformó el voto de la mayoría no firmó el auto apelado (fs. 1187/1187 vta.). Esa parte no se hizo cargo ni mínimamente de las razones por las cuales lo dispuesto por el precepto legal que invoca en sustento de su posición (artículo 124 del Código Procesal Penal de la Nación según el cual “*Las sentencias y los autos deberán ser suscriptos por el juez o todos los miembros del tribunal que actuaren; los decretos, por el juez o el presidente del tribunal. La falta de firma producirá la nulidad del acto*”) sería incompatible con la solución adoptada por el *a quo* para justificar la ausencia de la firma de quien participó de la deliberación pero estaba en uso de licencia al suscribirse el fallo. Esto último, con sustento en el artículo 399 *in fine* de ese mismo cuerpo legal en cuanto consagra que “...si uno de los jueces no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la *deliberación*, esto se hará constar y aquella valdrá sin esa firma”, siendo que el artículo 469 de ese mismo código remite a la observancia –en lo pertinente– de aquel al regular la “*deliberación*” y el dictado de la sentencia en el marco del recurso de casación.

14) Que a la luz de lo expuesto, circunscripta la habilitación de la instancia a un pronunciamiento sobre la exclusión que, respecto del principio constitucional de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, hizo el *a quo* en relación a la elevación de los “*montos cuantitativos*” de los delitos penales tributarios dispuesta por la ley 27.430, ello conduce a valorar no solo las razones por las cuales no se consideró alcanzada la solución del *sub lite* por el precedente “Palero” sino también si las esgrimidas para propiciar un parecer diverso con lo allí resuelto tienen sustento suficiente.

A esta altura, parece oportuno recordar que el vocal preopinante fundó su posición en lineamientos expuestos al votar en casos previos de esa misma Sala -en relación a esta misma reforma- en el sentido de que “...la actual elevación de los montos dispuestos por la ley 27.430 no puede ser asimilada a un menor reproche de la conducta, por lo que no puede dar lugar a su aplicación retroactiva en función del principio de benignidad invocado”; que, según expuso en su intervención en esas decisiones previas, “a diferencia de la ley 24.769 y sus posteriores modificaciones, la actual ley que regula el régimen penal tributario puso expresamente de manifiesto que la elevación de los umbrales cuantitativos se vincula con cuestiones de política económica -con el fin de compensar la depreciación monetaria y el proceso inflacionario acaecido en nuestro país desde la última reforma- y no con un cambio de valoración social de la conducta”. A tal efecto, tuvo en cuenta que “...surge del mensaje de elevación del proyecto de ley en cuestión por parte del Poder Ejecutivo (donde se indica que la modificación del monto responde a una actualización económica) y de la misma norma aprobada por el Congreso Nacional que califica a los montos como condiciones objetivas de punibilidad (es decir, limitan la punibilidad con total independencia del tipo penal y culpabilidad del autor) y crea la Unidad de Valor Tributaria (unidad de medida actualizable anualmente a partir del índice de precios al consumidor por afuera de la ley penal) para reemplazar los montos fijos, y en pesos, establecidos por la ley 24.769 (en épocas de vigencia del régimen de convertibilidad)” (fs. 1165 vta./1166).

A su turno, el vocal que se expidió en segundo término acompañó la solución del preopinante en cuanto a que correspondía hacer lugar al recurso de casación del fiscal, con sustento en sentencias previas dictadas en el marco de la reforma que introdujo al régimen penal tributario la ley 26.735, que “como inveteradamente hemos sostenido, las modificaciones a los montos dinerarios en los artículos correspondientes en la ley penal tributaria no son más que actualizaciones, que no comportan una ley penal más benigna”; que esa postura no se vio conmovida por lo resuelto por el Tribunal en “Soler” dada la naturaleza de la solución adoptada en ese caso con sustento en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, recordó que se trata del criterio sostenido por esa Sala III en una serie de precedentes que citó, con base en que la reforma que introdujo la ley 27.430 “en relación a los montos dinerarios no es más que una nueva actualización y que de ningún modo se encuentra desincri-

minada la conducta” teniendo en cuenta el Poder Ejecutivo, en su mensaje 126/17 –correspondiente al Proyecto de Ley de Reforma del Sistema Tributario Argentino- sostuvo que “...*dado el tiempo transcurrido desde la última modificación en 2011, se entiende oportuno actualizar los montos de las condiciones objetivas de punibilidad de cada uno de los delitos tipificados en la ley a fin de adecuarlos a la realidad económica imperante...*” (fs. 1166/1167).

Por último, el voto en disidencia se pronunció en consonancia con el precedente “Palero” y la posición asumida al intervenir en el marco de la reforma que la ley 26.735 introdujo al aumentar los montos mínimos a partir de los cuales son punibles determinadas conductas previstas en la ley penal tributaria en situación que calificó de “*muy similar a la presente*” en donde estaba en juego el “...*aumento, no de la sanción punitiva, sino de la modificación de un elemento del delito como es la condición objetiva de punibilidad, traída en las leyes tributarias*” y el “...*tema se centró en la debida intelección del interés del Estado al aumentar el valor económico de la frontera de punibilidad como reflejo de su desinterés en mantener la incriminación en determinadas conductas*”. En ese marco, sostuvo que de la letra de la ley 27.430 “*se desprende que la modificación del monto de la deuda punible responde a una cuestión de política criminal y dinámica social, basada en la pérdida del interés punitivo del Estado en mantener una incriminación por una obligación tributaria no cumplida de valor mínimo. De ahí el aumento*” según entiende, además, que quedó reflejado al calificar a aquel como “*condición objetiva de punibilidad*” en el artículo 1° *in fine*. Supuesto que distinguió de las reglas atinentes a la actualización de las penas de multa en materia aduanera, campo en el cual “...*el espíritu del legislador [habría sido el de] impedir que quien ha cometido una infracción no reciba sanción alguna por efecto de las distorsiones económicas que el mismo contribuye a producir violando las obligaciones pertinentes...*”. Sobre esa base, concluyó en que “*Puesto, pues, en evidencia a través de la sanción de la ley 27.430 el desinterés del Estado en el incumplimiento de tributos considerados de bajo monto, no cabe sino concluir que... la incriminación atribuida al encausado debe examinarse a tenor de dicha norma*” (fs. 1162/1165).

15) Que lo expuesto refleja que el único argumento –mayoritario- que se infiere del auto apelado para obviar la aplicación del precedente “Palero” al *sub lite* –el de la “actualización monetaria”- remite al que hizo valer el señor Procurador General de la Nación interino en esta

instancia, al dictaminar en la causa “Ferrero, Gastón Javier y otro s/ evasión simple tributaria” (FCB 12000093/2012/1/1/RH2) recogiendo la postura del Ministerio Público Fiscal en la resolución PGN 18/18 que –a su turno- se remonta a la de la resolución PGN 5/12, con sustento en lo cual fueron mantenidos los cientos de recursos de hecho presentados por los fiscales intervinientes en la instancia de grado, de las distintas jurisdicciones federales de todo el país, en posición a la que adscribió la Administración Federal de Ingresos Públicos en sus quejas, tal como se señaló en el considerando 3°.

Su examen queda alcanzado por la jurisprudencia recordada recientemente en “Farina” (Fallos: 342:2344, considerando 16) conforme a la cual, en el diseño constitucional argentino “...*la Corte Suprema es el tribunal de último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción (...) Sus decisiones son finales. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones...*” (Fallos: 12:134 y 325:2723).

De ello se colige, necesariamente, que es inherente a la función constitucional propia de este Tribunal que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones (cfr. Fallos: 332:2425), al punto que a ninguna autoridad le esté permitido desconocerlas (Fallos: 327:5106; 328:175 y 325:2723), en tanto con ello se contribuye a la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114).

Asimismo, la autoridad institucional de los precedentes de la Corte Suprema, fundada en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; 331:162; 337:47 y 339:1077, entre muchos otros) da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores (Fallos: 341:570; 342:533, etc.).

Por ende, si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben –aun

frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 de la Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

En virtud de lo cual, si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos y fundados argumentos que justifiquen no aplicar al caso la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento (Fallos: 307:1094) salvo que se invoquen circunstancias de hecho con base a las cuales se fijan distinciones entre los fallos que se invocan como contradictorios (conf. *mutatis mutandis* Fallos: 226:290; 227:291 y 349; 228:183 y 331; 230:27 y 152; 231:432 y 242:516).

El argumento en cuestión tiene sustento en una misma y única motivación, esgrimida en común por los partidarios de esa hipótesis, cual es que, al sancionarse la ley 26.063, no existía –a diferencia de la situación que tuvo lugar con la actual reforma introducida por ley 27.430- “*evidencia legislativa*” que permitiera sostener que la modificación que introdujo respecto del “monto cuantitativo” –en aquel caso en relación al artículo 9° de la ley 24.769 (actual artículo 7°)- estuviera dirigida a “*actualizar la suma original para compensar el efecto de una depreciación monetaria*” o que, al menos, no había “*ninguna indicación en los antecedentes legislativos de esa norma que autoricen a una interpretación distinta*”. Y que, “*en ausencia de esa evidencia legislativa en contrario*”, la Corte “*no pudo sino interpretar que la variación del monto respondía al interés del Congreso de reducir el conjunto de hechos punibles alcanzado por la regla del artículo 9 de la Ley Penal Tributaria que la nueva ley modificaba*”.

16) Que, siguiendo las pautas antes señaladas para el buen uso de los precedentes, no es posible conocer la razón por la cual la cuestión referida a la “actualización monetaria” debería autorizar a no aplicar la solución de “Palero” en tanto y en cuanto no surge de allí que esa haya sido la regla de derecho para fijar el alcance del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

En efecto, la sentencia en “Palero” (23 de octubre de 2007) se inserta en la línea jurisprudencial de “Cristalux S.A.” (sentencia del 11 de abril de 2006 publicada en Fallos: 329:1053) cuya invocación expresa hizo el dictamen del por entonces señor Procurador Fiscal –actual Procurador General de la Nación interino- a cuyos “argumentos y conclusiones” remitió el fallo de la Corte Suprema, con la particularidad de que ese último precedente fue adoptado por remisión a la disidencia del juez Petracchi en “Ayerza” (Fallos: 321:824), ocasión en la cual, si bien respecto de un supuesto de ley penal cambiaria, previo a avanzar en esa especificidad, se fijó el alcance y contenido del principio de la ley penal más benigna a resultas de la jerarquía constitucional otorgada, por la reforma constitucional de 1994, al principio contemplado en los artículos 9º del Pacto de San José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aceptando su aplicación universal y admitiendo solo limitadas excepciones, de acuerdo a lineamientos que también pueden identificarse en esa sentencia y, entre los cuales, no existe referencia alguna al factor de “actualización monetaria”. Tampoco aluden al punto las posteriores decisiones en las cuales el Tribunal aplicó ese precedente (conf. Fallos: 329:5410 “Agrigenetics S.A.”, sentencia del 28 de noviembre de 2006 y causa CSJ 385/2008 (44-D)/CS1 “Docuprint S.A. s/ inf. ley 24.144”, sentencia del 28 de julio de 2009). E incluso, en fecha más reciente, al resolver –por unanimidad- en “Re Dress S.A.” (Fallos: 339:662, sentencia del 17 de mayo de 2016), la Corte Suprema expresamente señaló las razones por las cuales la cuestión federal a resolver en ese caso se distinguía de la de aquellos otros (considerando 14).

Si, a partir de lo resuelto, lo que se pretende es advertir sobre la “inconveniencia” o el “error” de que la “actualización monetaria” no se hubiera tenido en cuenta en oportunidad de dictarse el precedente “Palero”, ello no constituye un argumento “novedoso”, en tanto ya había sido esgrimido por las partes acusadoras, en el marco de los cuestionamientos que se plantearon contra la reforma que introdujo –también sobre el punto bajo examen- la ley 26.735 y que, luego de no ser admitido por ninguna de las salas del tribunal superior de la causa –incluida la Sala III-, la vía federal impulsada por los mismos interesados fue desestimada, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en “Soler, Diego” según se anticipó en el considerando 4º.

Atento a las consecuencias que se han derivado en las instancias de grado y por las partes intervinientes, sobre el contenido de esa úl-

tima sentencia, cabe poner de relieve -a fin de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de la Corte Suprema- que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación de dicha norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. En rigor, la conclusión que cabe extraer de un pronunciamiento fundado en el citado precepto legal, es que el recurso deducido no ha superado el examen de este Tribunal encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá, según las pautas establecidas al respecto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. Fallos: 330:496 y sus citas de Fallos: 322:3217; 323:86; 325:2431 y 2432; 327:5395 y 5448) conforme a las cuales “*La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*”.

Lo hasta aquí expuesto, bastaría para descalificar el auto apelado desde la perspectiva bajo examen, por fundamentación aparente, toda vez que el argumento invocado no se corresponde con el que fijó, como regla aplicable, “Palero”. Sin perjuicio de lo cual, el Tribunal considera imperioso efectuar algunas otras consideraciones, a fin de zanjar definitivamente cualquier futuro intento de insistir en una distinción como la que efectuó el *a quo*, orientada a justificar un apartamiento de ese precedente para, por esa vía, hacer valer una solución diversa a la de esa sentencia.

17) Que una lectura de los antecedentes parlamentarios que culminaron con la sanción de la ley 26.063, refleja que –contrariamente a lo sostenido por las partes acusadoras y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal- efectivamente *sí* se había dicho *algo* sobre la “*actualización monetaria*” en ocasión de tratarse ese proyecto de ley y señalarse que la modificación introducida en el “*monto cuantitativo*” del entonces artículo 9° de la ley 24.769 respondía a esa finalidad.

En efecto, la diputada por la Provincia de Entre Ríos, Rosario Margarita Romero, al dar cuenta de lo actuado en la Comisión de Legislación Penal, refirió que “...*en el texto original se hablaba de cinco mil pesos, y en la Comisión de Legislación Penal se debatió y se consideró que debía aumentarse a diez mil pesos*” y que “*Cuando este año debatimos anteriores reformas a la ley 24.769 algunos señores diputados también habían planteado que en materia de evasión tri-*

butaria los montos habían quedado desactualizados y era necesario incrementarlos” (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período 123, 23ª Reunión-Continuación de la 9ª Sesión Ordinaria en Minoría, 7 de septiembre de 2005, pág. 23).

Esta Corte ya viene sosteniendo que si bien las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de la ley son, en general, simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronuncian (Fallos: 77:319), no puede decirse lo mismo de las explicaciones o aclaraciones de los miembros informantes de las comisiones de las Honorables Cámaras del Congreso (Fallos: 33:228; 100:51; 114:298; 115:186; 141:254; 328:4655; 329:3546 y 332:1704, entre otros) y los debates parlamentarios (Fallos: 114:298; 313:1333) que constituyen una valiosa herramienta para desentrañar la interpretación auténtica de una ley.

De modo tal que, si alguna diferencia debiera establecerse entre la reforma de la ley 26.063 y la del *sub lite* es en términos contrapuestos a los que presentan las partes acusadoras públicas y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal. En efecto, así como, respecto de la primera, existe “*evidencia legislativa*” que vincula la modificación que introdujo respecto del “*monto cuantitativo*” a una “*actualización*” por efecto de la “*depreciación monetaria*” –tal como se señaló- no es posible identificar en la ley 27.430 esa misma finalidad, según se propicia.

Los partidarios del parecer bajo examen se basan exclusivamente en el contenido del Mensaje 126/17, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional elevó el Proyecto de Ley que luego se convirtió en la sancionada y según el cual, “*En lo respectivo a la conducta punible, dado el tiempo transcurrido desde la última modificación en 2011, se entiende oportuno actualizar los montos de las condiciones objetivas de punibilidad de cada uno de los delitos tipificados en la ley a fin de adecuarlos a la realidad económica imperante, consecuente con el objetivo tenido en cuenta originariamente desde la vigencia de la ley 24.769, y antes de la ley 23.771, que fue sancionar penalmente únicamente a las conductas graves*” (conf. MEN-2017-126-A PN-PTE, del 15 de noviembre de 2017, pág. 27).

Sin embargo, ni el tribunal apelado ni las partes acusadoras que recurren explican la razón por la cual la motivación de ese Mensaje de

elevación debería tener la incidencia que se le endilga en tanto no es posible identificar que ese factor haya influido en el trámite legislativo al que quedó sometido el proyecto aprobado por ley 27.430. Es cierto que el contenido de Mensajes de elevación sobre proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo Nacional fue tenido en cuenta en casos previos. Sin embargo, fue solo con el fin de reforzar el sentido y alcance de la ley y en tanto y en cuanto el cuerpo legislativo lo había aprobado manteniendo el texto del elevado por el Poder Ejecutivo Nacional (sentencia del 11 de febrero de 2020 en la causa “Liu, Cairong”, Fallos: 343:3, considerando 4°, segundo párrafo), supuesto este último que dista del que se configuró en el caso, según se considera a continuación.

Un seguimiento del trámite legislativo al que quedó sometido el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional refleja que, entre las modificaciones que el legislador introdujo al texto, quedó incluido un retoque en los “montos dinerarios” de algunas de las figuras penales tributarias reformadas por la ley 27.430, al aumentar los fijados por el del proyecto de ley. Así, respecto de los artículos 1° y 3°, los \$ 400.000 –que consagraba la ley 24.769 con sus modificatorias- fueron elevados por el proyecto de ley a \$ 1.000.000 y, al intervenir el Congreso Nacional, reformuló el monto para que ascendiera a \$ 1.500.000. De igual modo, respecto del artículo 2°, inciso a, que -de \$ 4.000.000 en el texto anterior- el proyecto de ley lo elevó a \$ 10.000.000 pero, a su turno, el Congreso Nacional lo incrementó a \$ 15.000.000.

Por último, el Congreso Nacional elevó a \$ 1.500.000, el “monto cuantitativo” de \$ 1.000.000 que el proyecto de ley consignaba para la figura agravada por el uso de facturas apócrifas del artículo 2°, inciso d.

De lo expuesto surge que, cualquiera fuera la motivación para avanzar en la reforma de la actual ley, en lo que a los “montos cuantitativos” respecta, aquella no quedó reflejada en el texto de la ley.

Cualquier posición que pretenda apartarse de esa conclusión debería, previamente, dar respuesta a una serie de interrogantes que lejos de avalar ese parecer lo controvierten. En efecto, si el baremo de “actualización” es el que reflejaba el proyecto elevado por el Poder Ejecutivo Nacional, -como se esgrime- no se explica de qué modo mantiene consistencia ese argumento frente al “*plus*” que introdujo el Congreso Nacional al elevar aun más los “montos” en cuestión.

Tampoco cuál habría sido la pauta objetiva cierta a la cual vincular la elevación de los “montos cuantitativos” previstos en las distintas figuras penales. Ni siquiera es posible identificar que los ajustes introducidos respondieran a un porcentual único aplicado por igual a todas las formulaciones delictivas reformadas. Así, mientras que el proyecto de ley reflejaba en los “montos cuantitativos” un aumento del 150% en la mayoría de las figuras típicas, salvo en materia de delitos contra los recursos de la seguridad social que ascendía a un 400%, el Congreso Nacional solo elevó de 150% a 275% los correspondientes a la evasión simple, a la agravada por el monto (artículos 1° y 2° a.) como así también al “aprovechamiento indebido de beneficios fiscales” (artículo 3°), dejando los restantes en el propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional.

En tales condiciones sostener –como se hizo–, que el aumento que introdujo la reforma sancionada por la ley 27.430, en los “montos cuantitativos” de los tipos penales tributarios, haya respondido a una “actualización monetaria”, con el fin de mantener un tratamiento igualitario a través del tiempo entre maniobras de valor económico equivalente en un contexto en el que la moneda en la que fue expresado ese valor se ha depreciado, constituye una afirmación dogmática, que no encuentra sustento en elemento de juicio alguno, lo cual conduce también a la descalificación del auto apelado desde esta perspectiva. Y, al propio tiempo, a desestimar el agravio que, sobre esa base, las partes acusadoras públicas invocaron al impulsar la vía extraordinaria federal en los demás casos citados en el considerando 4° segundo párrafo.

18) Que desechada entonces la posibilidad de justificar un apartamiento del precedente “Palero”, sobre la base del argumento de que la elevación de los “montos cuantitativos” que introdujo la ley 27.430 respondió a una “actualización monetaria”, cabe ponderar ahora si las razones que dieron sustento a aquel precedente deberían ceder frente a las restantes invocadas no solo por el auto apelado sino también por las partes acusadoras en esos otros recursos, en la medida que sean coincidentes.

Dada la incidencia directa que ciertamente el factor de la “actualización monetaria” ha tenido en el *sub lite* para fijar el alcance de normas de naturaleza federal -incluida la actual ley 27.430- con el fin de introducir un recorte en el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna –también de contenido federal- esta Corte Suprema entiende propicio señalar que son las reglas de hermenéutica

jurídica –amplia y reiteradamente consagradas en la jurisprudencia del Tribunal– las que deben guiar al intérprete en general respecto de las leyes y, en especial, de las referidas a materia tributaria, a la luz de su jurisprudencia y el régimen legal aplicable, con especial referencia a la problemática suscitada con reformas legales que elevaron los “montos cuantitativos” en los tipos penales tributarios, según el estado actual de la cuestión.

Desde antaño esta Corte ha sostenido, como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal, que sus altas responsabilidades le imponen considerar las respuestas institucionales aprobadas por los otros Poderes de la Nación en el ámbito de sus atribuciones respectivas, dado que la obligación de dar respuesta jurisdiccional razonablemente fundada a las partes no puede llevar al juez a sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos (“Apaza León, Pedro Roberto” -Fallos: 341:500- voto del juez Rosatti). Ello así pues “en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía...” (Fallos: 180:384; 182:411; 318:1154, voto de los jueces Petracchi y Bossert; 328:2056, voto del juez Maqueda).

Es que en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa. De ahí que, a la luz de las herramientas reconocidas por el Tribunal en su jurisprudencia y a las que ya se hizo referencia en el tercer párrafo del considerando 17, la interpretación auténtica brindada por ambas Cámaras del Congreso, con más razón cuando ha recibido expreso tratamiento en el debate legislativo, pueda excluir de los sentidos posibles del texto aquellos que –según considera el legislador– no debieron haberse incluido, siempre que ello resulte razonable en los términos del artículo 28 de la Norma Suprema (Fallos: 342:917, considerando 4°).

Asimismo, en reiteradas oportunidades se ha dicho que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, que ellas deben entenderse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan. En esa tarea 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: 342:2344 “Farina”, considerando 10 y sus citas de Fallos: 313:1149; 327:769).

En tales condiciones, lo resuelto en “Palero” siguió la línea jurisprudencial del precedente “Cristalux” que supuso la aplicación universal del principio de la ley más benigna salvo algunas excepciones, cuyo abordaje sometió a rigurosos estándares y sin que ello supusiera prescindir del sistema en el que está llamado a operar ese principio según la regla del artículo 4° del Código Penal conforme al cual aplica “*a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario*”, sin que sea preciso que las leyes dispongan literalmente lo contrario respecto de las disposiciones generales del Código Penal para excluir la aplicación de estas, sino que es suficiente que la aplicación subsidiaria del Código mencionado sea incompatible con la orgánica armonía de las disposiciones de aquellas (Fallos: 212:64). Así entonces, no surge –ni se invoca– que el *sub examine* encuadre en el supuesto de excepción tenido en cuenta por el Tribunal en “Cristalux” ni tampoco que, siendo la ley penal tributaria una ley especial (Fallos: 165:319), el legislador haya excluido a la materia expresamente del ámbito del principio constitucional, ni que la aplicación subsidiaria de este último resulte incompatible en los términos señalados, sin que ello suponga adelantar opinión del Tribunal en cuanto a que esa sola previsión legal *per se* constituya un recorte admisible de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

Frente a esta estructura normativa, la práctica legislativa en materia penal tributaria da cuenta de que el único intento que tuvo el Poder Ejecutivo Nacional para introducir un recorte al principio constitucional, en supuestos de aumentos de los “montos cuantitativos” en los tipos penales de la ley penal tributaria, fue rechazado en el trámite parlamentario que culminó con la sanción de la ley 26.735, cuyo texto –que no incluía la excepción señalada– fue promulgado por el decreto 266/2011 sin observaciones (B.O. 28.12.2011).

Cabe tener en cuenta que, en esa ocasión, el Mensaje n° 379 del por entonces Poder Ejecutivo Nacional, explicaba que “*La experiencia adquirida con motivo de la aplicación [de la Ley Penal Tributaria n° 24.769 y sus modificaciones] y fundadas razones de política criminal tornan necesario impulsar la modificación aludida*”; que “*En ese sentido y con respecto a la primera de ellas, se propicia adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, considerando el tiempo transcurrido desde su sanción. Ello con el fin de mantener una razonable proporción entre las distintas figuras típicas consideradas y la magnitud de la*

afectación del bien jurídico protegido en relación con el contenido del injusto de los diferentes delitos” y que “Esta medida posibilitará, asimismo, disminuir el flujo de nuevas causas en los juzgados con competencia en la materia y optimizar su gestión mediante un previsible incremento de los casos resueltos con sentencia condenatoria, dotando de este modo al instrumento legal propuesto de una mayor eficacia disuasoria sobre la comisión de este tipo de ilícitos” (conf. Antecedentes Parlamentarios de la ley 26.735, págs. 21/25, aquí pág. 20, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).

Asimismo, el Proyecto introducía, en el artículo 15 -como artículo 17 bis de la ley 24.769- que *“El aumento del monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados en la presente, no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna. En los hechos cometidos con anterioridad resultarán aplicables los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión”*. Sobre el mismo, el Mensaje de Elevación explicaba que *“el aumento del monto fijado como condición objetiva de punibilidad... no entraña una modificación de la política criminal en la materia, sino exclusivamente una adecuación cuantitativa...”* y que, sobre esa base, se consagraba que *“no dará lugar a la aplicación de la ley penal más benigna”* (conf. Antecedentes Parlamentarios de la ley 26.735, págs. cit., aquí pág. 24 y 21 respectivamente, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).

El proyecto fue considerado por las Comisiones de Legislación Penal y de Presupuesto y Hacienda del Congreso Nacional las que, a su turno, presentaron un nuevo proyecto de ley basado -según refieren los antecedentes- en un amplio consenso y que guardaba silencio sobre la cuestión señalada. El miembro informante por ambas Comisiones -el diputado por Río Negro Oscar Albrieu- explicó que el proyecto respondía a cuatro o cinco razones fundamentales, refiriéndose, en primer lugar, a la modificación de los montos en los siguientes términos: *“Tal modificación reconoce, en parte, el transcurso del tiempo ocurrido desde la sanción de la ley 24.769, que tiene alrededor de quince años de vigencia. Durante ese lapso se produjeron alteraciones de la situación económica del país -recordemos la grave crisis que vivimos a principios de la década anterior- que hicieron necesario que los montos previstos en la mencionada ley fueran puestos a tono con la situación económica y financiera. Unido a esto existen razones de política criminal y tributaria que llevan también a ajustar tales montos”* y que *“Cada uno de los montos mínimos que prevé la ley*

ha sido multiplicado por cuatro; es decir que en lo relativo a la llamada ‘condición objetiva de punibilidad’ –término que no comparto, porque en un derecho penal de culpabilidad no existe fórmula alguna de condición objetiva de punibilidad– las cantidades han sido multiplicadas por cuatro. Resulta innecesario enumerar los montos resultantes en cada una de las figuras típicas previstas, aunque sí debemos recalcar que en cada caso la multiplicación, repito, ha sido por cuatro. Tal producto importa un reconocimiento a la variación económica producida en estos años de vigencia de la ley, pero también constituye una decisión de política económica y fiscal tendiente a evitar que en los tribunales de nuestro país se promuevan causas por montos irrisorios, debiendo concentrarse los esfuerzos de persecución penal en aquellas evasiones o infracciones a nuestra legislación tributaria que representen cantidades significativas; esto es perseguir con eficacia a los grandes evasores e infractores de la Ley Penal Tributaria, aplicando a los menores evasores simples sanciones administrativas” (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período 129º, 13ª Reunión-Continuación de la 1ª Sesión Extraordinaria (Especial), 15 de diciembre de 2011, págs. 191/192).

El debate parlamentario se desarrolló dentro de esos lineamientos con expreso señalamiento en favor de la adopción de los nuevos montos sin referencia alguna a la problemática vinculada con el principio en cuestión aunque sí aludiendo a la desactualización sufrida y a que la corrección por cuatro siguió la de la cotización del dólar oficial (conf. Diario de Sesiones cit., pág. 194 –Diputado Gil Lavedra-, pág. 195 –Diputado Gambaro-, pág. 199 –Diputado De Marchi-, pág. 200 –Diputado Prat Gay- y pág. 203 –Diputada Fadul-).

Ello, sin que pueda atribuírsele al legislador el desconocimiento de la realidad llamada a regular por esa reforma, pues para entonces ya se había resuelto “Palero”, además de haber sido lealmente acatado por todo el sistema de administración de justicia federal, según ya se puntualizó en el considerando 4º. Aspecto que surge específicamente ponderado en la sesión llevada a cabo ante la Cámara de Senadores de la Nación, con motivo del trámite parlamentario de esa misma ley, al referir la Senadora Sonia Escudero que “...*si bien la ley se presenta como un traje a rayas para los evasores, en realidad tiene aspectos que morigeran y otros que endurecen las penas. En lo que morigera, en realidad, es en cuanto a las penas de evasión simple y agravada. Las penas no se modifican, pero al elevarse el monto de la evasión,*

en realidad, por aplicación de la ley penal más benigna, el efecto inmediato será la liberación de todos aquellos que están imputados por haber cometido evasiones inferiores al monto nuevo, que será de 400.000 pesos para la evasión simple y de \$4.000.000 de pesos para la evasión agravada” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período 129°, 13ª Reunión-Continuación de la 1ª Sesión Extraordinaria (Especial), 15 de diciembre de 2011, págs. 141/142).

A ello se suma que la línea de decisiones jurisdiccionales, adoptadas con anterioridad a esa reforma y con posterioridad hasta la sanción de la ley 27.430, no merecieron respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, de modo tal que ese Poder del Estado tenía la competencia para hacerlo si de alguna manera se hubiera otorgado a estas un significado erróneo.

Por ende, cualquier solución que –por vía interpretativa- pretenda introducir un recorte del principio constitucional bajo examen, en supuestos como el que motivan esta sentencia, goza de una alta presunción de violentar la interpretación auténtica de la ley ya que sería incurrir en una subestimación de otro poder del estado asignarle, al “silencio” de la ley 27.430 sobre el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, consecuencias diversas a las que cabe derivar de los expresos lineamientos de “Cristalux” (Fallos: 330:4445) como así también de la clara previsión del artículo 4º del Código Penal y las normas convencionales en cuyo marco está llamado a operar, en virtud de lo cual el silencio del legislador sobre el punto supone *prima facie* una decisión de no exceptuar -de la aplicación de ese principio- a la materia penal tributaria.

19) Que, en un afín, pero diverso orden de ideas, tampoco es admisible derivar de la Unidad de Valor Tributaria (“UVT”) que crea la ley 27.430 un argumento en pos de que la actual elevación de los montos no es más que una actualización monetaria de las condiciones objetivas de punibilidad que no puede ser asimilada a un menor reproche de la conducta de evasión. Cabe tener presente que la ley consagra la “UVT” “...como unidad de medida de valor homogénea a los efectos de determinar los importes fijos, impuestos mínimos, escalas, sanciones y todo otro parámetro monetario contemplado en las leyes de tributos y demás obligaciones cuya aplicación, percepción y fiscali-

zación se encuentre a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, incluidas las leyes procedimentales respectivas y los parámetros monetarios del Régimen Penal Tributario” (artículo 302).

Nada se dice sobre la razón por la cual este aspecto de la reforma no debería ser visto –precisamente- como un claro elemento que corrobora la solución que aquí se adopta, dentro de una interpretación de contexto e integral en los términos expuestos en el considerando 18, teniendo en cuenta que no puede presumirse la inconsecuencia o imprevisión del legislador (conf. Fallos: 310:195 y 1715; 312:1614; 321:793, y causa “Apaza León, Pedro Roberto”, Fallos: 341:500).

Si mediante la consagración de la “UVT”, el legislador creó un mecanismo dirigido específicamente a regular la “actualización” de los “parámetros monetarios” del régimen penal tributario, con la finalidad de contrarrestar los efectos adversos de la inflación –como todos coinciden- es porque sin esa incorporación el sistema se mostraba insuficiente para hacer frente a esa realidad y ello era así, aun cuando el propio legislador estaba calificando a los “montos cuantitativos” como “condiciones objetivas de punibilidad”. Cualquier inferencia que, por ende, se efectúe a partir de esa calificación con miras a introducir un recorte en el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no resiste una interpretación sistemática de la norma en que está inserta ya que atentaría contra el objeto y fin para el cual fue creada la “UVT”, según quedó plasmado en la letra de la ley.

Por lo demás, si el legislador, al crear la Unidad de Valor Tributaria especificó que “*A los fines de la fijación de la cantidad de UVT que corresponda en cada supuesto, se deberán contemplar, entre otros factores y por cada parámetro monetario,... los objetivos de política tributaria perseguidos...*” (artículo 303), no exige mayor esfuerzo interpretativo advertir que decidió canalizar los objetivos de su política económica y criminal -frente a la desvalorización monetaria- por vía de la Unidad de Valor Tributaria, consagrando que la relación de conversión entre “UVT” y pesos se ajustara anualmente con base en la variación anual del Índice de Precios al Consumidor que suministre el Instituto Nacional de Estadística y Censos (artículo 304).

En esa misma línea, si el legislador excluyó las disposiciones de la ley 27.430 que regulan la Unidad de Valor Tributaria, de lo dispuesto en los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias (artículo 307) y

si -para hacerlo- lo explicitó en una ley, es porque hasta ese momento las sucesivas reformas introducidas en los “montos cuantitativos” en-contraban ese obstáculo para calificar como “actualizaciones monetarias” pasibles de operar del modo en que se argumenta. Cabe recordar –en lo que aquí interesa- que el artículo 10 de la primera de esas leyes dispuso la derogación de “*todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios*” (el énfasis agregado).

Esas normas son de orden público (art. 19 de la ley 25.561) y fueron dictadas en el marco de las atribuciones que el Congreso Nacional posee en cuestiones de soberanía monetaria, según dispone el artículo 75, inciso 11, de la Constitución Nacional. Además, dicha prohibición ha sido sostenida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, ocasión en la cual destacó que en esos preceptos legales fue explícitamente reiterado el principio nominalista -consagrado en el entonces artículo 619 del Código Civil para las obligaciones de dar sumas de dinero que el legislador mantuvo en el Código Civil y Comercial actual (artículo 765)- como así también el repudio a todo tipo de reajuste o actualización monetaria (Fallos: 329:4789; 333:447 y causa CSJ 338/2012 (48-S)/CS1 “Servicios Portuarios S.A. c/ H.I.E. Argener S.A. s/ indemnización de servidumbre de electroducto”, sentencia del 27 de octubre de 2015 por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación).

20) Que, en tales condiciones, la pretensión de hacer valer en supuestos como el de autos la jurisprudencia del Tribunal elaborada sobre el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, en materia de actualización de multas, solo conduce a reafirmar la solución que aquí se adopta.

Más allá de que el argumento no es novedoso toda vez que ya había sido sometido a conocimiento en las apelaciones interpuestas por el Ministerio Público Fiscal en el marco de la causa “Soler”, su invocación carece de fundamentación mínima toda vez que no repara en que las decisiones dictadas por la Corte Suprema en ese marco –por cierto diverso al del caso- refieren a supuestos en los cuales la “actualización monetaria” estaba contemplada expresamente en la legislación aplicable y la controversia giraba en torno a particularidades que contemplaban los mecanismos de actualización previstos en las respectivas

normas. Así –en los únicos dos precedentes invocados sobre el punto por el Ministerio Público Fiscal en sus diversas presentaciones- en Fallos: 315:923 (1992 – “Bruno Hnos.”) la “actualización monetaria” estaba contemplada en el artículo 8º de la ley 21.898 y se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 10 que disponía que debían ser actualizadas las multas que se impusieran, con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, por infracciones cometidas con anterioridad. Y, en Fallos: 319:2174 (“Caja de Crédito Díaz Vélez Coop. Ltda. -1996), la “actualización monetaria” se refería a las multas a que autorizaba el inciso 3º de la ley 21.526 de entidades financieras y el decreto nacional 3236/78 y se discutía si la ley aplicable era la del momento de comisión del delito o la de la imposición de la sanción.

En términos que quedaron así explicitados en la causa “Priasco, Marta Catalina” (Fallos: 320:1019) en cuyo considerando 7º se explicó que las sentencias de Fallos: 304:1692; 306:1965; 307:295 y 1332 “se refieren a infracciones cometidas con anterioridad a la vigencia del Código Aduanero (ley 22.415), y se discutía en ellos la aplicación de los sistemas de reajuste establecidos por las leyes 21.369 y 21.898, o bien la de aquel cuerpo normativo en calidad de ley penal más benigna posterior, posibilidad que fue descartada por el Tribunal -precisamente- por cuanto sus disposiciones consagran la actualización de los valores que deben tenerse en vista para la imposición de las multas que prevé (Fallos: 307:294 y 1332)”.

Ese elemento –el de la existencia de un mecanismo de actualización contemplado por la ley- claramente se diferencia de las circunstancias del *sub lite* en que recién la ley 27.430 incorporó una unidad de medida de valor homogénea y dispuso, además, su ajuste “anual” (artículos 304 ya citado), fijando que “*Para evaluar la configuración de delitos y otros ilícitos se considerará la relación de conversión entre pesos y UVT vigente al momento de su comisión*” (artículo 305).

En tales condiciones, la conjunción del carácter nominal que caracteriza al “monto evadido” en los tipos penales tributarios bajo examen y de las limitaciones referidas para hacer valer una “actualización monetaria” en las circunstancias del caso, se erigen en valla infranqueable para que, por vía interpretativa, se conciba al “monto cuantitativo” como una “unidad de homogeneización de valores” con el fin de mantener constante el valor del monto evadido, según propicia la Administración Federal de Ingresos Públicos en algunos de

los casos bajo examen (conf. escrito de contestación al traslado que contempla el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el marco de la sustanciación del recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa del imputado, cuya denegación, dio lugar a la queja FGR 748/2015/1/RH1 “Gaspar, Juan Pablo s/ evasión simple tributaria” obrante a fs. 72/78, aquí fs. 75/78).

21) Que, desde hace décadas, la Corte Suprema ha señalado que uno de los peores males que el país soporta es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la evasión o bien de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que, en la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la aminoración de esos dañosos factores y comprender que son disvaliosas las soluciones que involuntariamente los favorecen (Fallos: 313:1420 y sus citas).

Asimismo, dentro del ámbito de su competencia, ha tenido en cuenta la existencia de períodos inflacionarios y la consecuente distorsión de precios que genera en distintos ámbitos de la economía, al señalar que las decisiones que los jueces adoptan no pueden estar desvinculadas de la realidad económica del caso (conf. “Di Cunzolo, María Concepción”, Fallos: 342:54, considerandos 7°, 8° y 9°).

Y si bien el tribunal apelado ha pregonado haber sido receptivo de esa jurisprudencia en algunos de los casos sometidos a decisión (conf. por ejemplo, el voto del vocal que se expidió en segundo término en la causa “Gaspar” citada en el considerando 20), las razones expuestas a lo largo de esta sentencia dan cuenta de que la propuesta formulada por los acusadores públicos y acogida por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en modo alguno condice con claras directrices del legislador que impiden avanzar en ese sentido, por vía interpretativa. De modo tal, que cualquiera fuera la explicación que exista al respecto y aún frente al legítimo interés de buscar contrarrestar, en el ámbito propio de las decisiones jurisdiccionales, el gravísimo perjuicio social causado por aquel estado de situación nunca puede ello llevar al juez a sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos, tal como ya se dijo.

A ello se suman conceptos que el Tribunal en fecha cercana en el tiempo recordó –en materia netamente tributaria pero que, con mayor

razón, son trasladables al ámbito de lo penal tributario- al señalar que “sin desconocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la ‘realidad económica’, su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regula concretamente la realidad tributaria. Una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o de legalidad (...), supondría paralelamente un serio menoscabo al de seguridad jurídica (...), e importaría prescindir de la ‘necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria’ (...)” (del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que remitió la Corte en su sentencia del 26 de diciembre de 2019 en la causa CAF 39109/2014/3/RH2 “Transportadora de Energía SA c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”).

Extremo que adquiere especial significación en materia penal atento a que la observancia de las reglas generales de hermenéutica jurídica no agota la interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad -art. 18 de la Constitución Nacional- exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico; y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 342:2344 “Farina”, considerando 10, último párrafo).

De allí que las razones esgrimidas por el *a quo* –y las partes acusadoras públicas- encuentran un límite insuperable precisamente en las decisiones de política criminal y económica adoptadas por el Congreso Nacional, plasmadas en la ley y cuya interpretación deben respetar los criterios de hermenéutica jurídica ampliamente desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal según han sido aquí ponderados, sin que corresponda al Poder Judicial sortear –por vía interpretativa- a ese cuerpo deliberativo en el mérito o conveniencia de las soluciones legislativas que adopta, circunscribiéndose su ámbito de apreciación al análisis de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 308:1361; 313:410; 318:1012; 340:1480, entre otros), nada de lo cual aparece comprometido en el *sub lite*.

Lo recién señalado remite enfáticamente a recordar que, en esa tarea, los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto,

no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión (conf. arg. Fallos: 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262, entre otros).

Desde esta perspectiva, es posible identificar una enorme cantidad de casos en los que, aun alcanzados por la solución del *sub lite*, la decisión sobre la mayor benignidad de la ley 27.430 se adoptó por los jueces de la causa en etapas iniciales del proceso sin que surja –al menos ponderado y explicitado– que se hubiera respetado *la necesidad de certeza negativa para sobreeser* de modo tal de evitar cancelar indebidamente la investigación.

En efecto, definida la problemática de cuál debía ser la ley aplicable, no se advierte en esos casos ningún tipo de ponderación sobre si –en la determinación del monto de lo evadido– se tuvo en cuenta si el mismo podía verse –acaso– modificado en ulteriores etapas del proceso. Más aún, frente a maniobras complejas como revela la realidad de algunos de esos casos, cuya investigación surge que ha sido fraccionada, se advierte que los jueces intervinientes omitieron ponderar, en su caso y en función del respectivo devenir procesal de sendos procesos, qué temperamento correspondía adoptar para evitar que, como consecuencia de la tramitación separada –fundada en razones procesales– del juzgamiento de hechos que podrían poseer –al menos en su caudal probatorio– vinculación entre sí, se avanzara en un análisis fragmentado, en menoscabo de la verdad real.

Aspecto que, por limitaciones propias del principio de *reformatio in pejus*, solo ha de ser ponderado en tanto y en cuanto la cuestión haya sido materia de agravio federal en el marco de los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y/o la Administración Federal de Ingresos Públicos.

22) Que, como corolario de las consideraciones hasta aquí expuestas, cabe descalificar lo resuelto por la Sala III en el *sub lite*, al igual que en todas las decisiones adoptadas en los restantes casos en los

que replicó la misma solución y en cuyo marco el Tribunal resolverá por remisión a autos en tanto y en cuanto confluyan las mismas circunstancias.

Esas mismas razones conducen a desestimar la vía recursiva federal, impulsada tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la Administración Federal de Ingresos Públicos, lo que así se resolverá en cada uno de esos casos, según proceda y/o con las especificaciones que corresponda efectuar no solo respecto a la cuestión federal aquí decidida sino también en relación a las restantes ponderadas, en la medida en que sean aplicables en los casos particulares en que confluyan las mismas circunstancias.

Asimismo, hágase saber a la Cámara Federal de Casación Penal –con miras a evitar la reedición de situaciones como las generadas en el *sub examine*– que su actuación como tribunal superior de la causa incluye, en función de los lineamientos de que dan cuenta los considerandos 6° a 10, la de agotar el ejercicio de su competencia, a la luz del principio del máximo rendimiento, en cuyo ámbito debió haberse dirimido la jurisprudencia contradictoria a la que dio lugar la cuestión bajo examen y donde necesariamente deberá ser canalizado cualquier futuro intento por hacer valer alguna solución que prescinda de aplicar lo resuelto por el Tribunal en Fallos: 330:4544 (“Palero”) a reformas introducidas en tipos penales que contemplan “montos cuantitativos” ya sea que se argumenten “nuevas y fundadas razones para demostrar claramente el error e inconveniencia” de lo allí resuelto y/o que se esgriman nuevas circunstancias de hecho para diferenciarse de esa solución. Ello con expresa indicación de que, en caso de existir jurisprudencia contradictoria, la vía extraordinaria federal solo corresponde que sea habilitada una vez que ese tribunal intermedio haya zanjado sus diferencias mediante los mecanismos que consagra el derecho argentino y en el marco de los principios de “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108).

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: I) Declarar procedentes los recursos extraordinarios interpuestos por las defensas de Matías Fernando Cristóbal Vidal y Francisco Susmel; II) Revocar la resolución apelada en cuanto hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; III) Reenviar la causa al tribunal de origen para que a la brevedad dicte nueva sentencia en el marco de las consideraciones de fondo plasmadas en los considerandos 14 a 21 y

IV) Encomendar a la Cámara Federal de Casación Penal, al Ministerio Público Fiscal y a la Administración Federal de Ingresos Públicos que tomen debida nota de las consideraciones expuestas en este decisorio. Notifíquese y devuélvase.

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

Recursos extraordinarios interpuestos por **Matías Fernando Cristóbal Vidal**, asistido por el **Dr. Marcelo D. Lerman**; y por **Francisco Susmel**, asistido por el **Dr. Sergio Fernando Curzi**.

Traslado contestado por el **Dr. Raúl Omar Plée**, Fiscal General de Casación Penal.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 3** y **Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico**.

MINERA SAN JORGE S.A. c/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA
DE MENDOZA s/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

MEDIO AMBIENTE

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por una minera con el objeto de impugnar la validez de la ley de Mendoza 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico en los procesos mineros, pues la Provincia de Mendoza, mediante la citada ley ha ejercido sus competencias constitucionales sin avanzar sobre las facultades exclusivas del Congreso de la Nación para dictar el Código de Minería (conf. arts. 19, 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), complementando y estableciendo mayores exigencias o requisitos en materia ambiental que los previstos en la legislación nacional 25.675 -Ley General del Ambiente- y la Sección Segunda del Título XIII “De la protección ambiental para la actividad” del Código de Minería, incorporada por la ley 24.585.

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

MEDIO AMBIENTE

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por una minera con el objeto de impugnar la validez de la ley de Mendoza 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico en los procesos mineros, pues de la confrontación de la ley citada con las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico no surge que, en el ejercicio de tal competencia, la provincia haya sancionado, en términos generales, una ley irrazonable.

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

MEDIO AMBIENTE

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por una minera con el objeto de impugnar la validez de la ley de Mendoza 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico en los procesos mineros, pues los argumentos del apelante constituyen meras discrepancias con la resolución que adoptó la Corte local sobre la razonabilidad de la ley si se pondera que la finalidad de la norma es resguardar derechos que cuentan con especial tutela constitucional e internacional, como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado y el principio in dubio pro aqua, por lo que los agravios sólo traducen su desacuerdo con el criterio interpretativo adoptado por el tribunal quien ha realizado una adecuada ponderación del fin previsto por el legislador; máxime si se advierte que tribunal tomó en cuenta informes de diversa índole que exponen los riesgos de utilización de procedimientos químicos de lixiviación mediante sustancias disolventes con potencialidad nociva que pueden ocasionar daños ambientales y al ser humano, en forma directa e indirecta.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

No se configura la hipótesis excepcional de arbitrariedad de la sentencia que rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por una minera con el objeto de impugnar la validez de la ley de Mendoza 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico en los procesos mineros, toda vez que la apelante no demuestra que el superior tribunal haya dado un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, pues los informes que se dicen omitidos de valorar por él no

tienen entidad alguna para modificar la solución de la causa y reafirman el criterio adoptado por el a quo.

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

MEDIO AMBIENTE

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por una minera con el objeto de impugnar la validez de la ley de Mendoza 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico en los procesos mineros, pues se descarta que la medida implique la restricción de los derechos de propiedad y ejercer una industria lícita de la actora, toda vez que las disposiciones de la ley citada norma no prohíben la actividad, sino que lo vedado en ella es el uso de determinadas sustancias (como el cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico) con la finalidad de proteger el recurso hídrico.

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

MEDIO AMBIENTE

Cabe descartar que resulte violatorio del principio de igualdad la prohibición de emplear el uso de ciertas sustancias - cianuro, mercurio, ácido sulfúrico-para la actividad minera metalífera y no para el resto de las actividades mineras e industriales, en la medida en que aquella actividad no es equiparable, en su desarrollo y consecuencias ambientales, a cualquier otra.

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

MEDIO AMBIENTE

El art. 1 de ley 7722 de la provincia de Mendoza, al prohibir en los procesos mineros metalíferos el empleo de “otras sustancias tóxicas similares”, se aparta del principio de legalidad que surge de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que en este aspecto la ley adolece de una gran indeterminación, en tanto el art. 19 de la Ley Fundamental exige que las normas incluidas dentro de la jurisdicción tengan el mayor grado de previsión y previsibilidad posible a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es exigible para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas.

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

MEDIO AMBIENTE

Debe ser desestimado el pedido de la actora para que se declare la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 7722 de la Provincia de Mendoza -el cual dispone someter la declaración de impacto ambiental a la ratificación del Poder Legislativo de la provincia- sobre la base de esgrimir, únicamente, que dicho artículo viola su derecho de defensa y la garantía del debido proceso, pues la alegación de inconstitucionalidad desprovista de sustento fáctico y jurídico consistente no basta para que se ejerza la atribución que reiteradamente ha sido calificada como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia por constituir un acto de suma gravedad que debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico.

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

MEDIO AMBIENTE

Corresponde destacar que la Provincia de Mendoza sancionó ley 7722 en ejercicio de facultades ambientales en complemento de las normas nacionales que protegen el ambiente en lo que a la actividad minera se refiere, ello, sin alterar las competencias ejercidas por el Estado Nacional para dictar los códigos de fondo en los términos del arto 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

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

MEDIO AMBIENTE

Corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido, pues si bien la Constitución Nacional establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente la jurisdicción local en la materia.

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

MEDIO AMBIENTE

La Nación legisla las pautas mínimas de protección en materia ambiental y, al ser esta una facultad compartida por su objeto, la autoridad

provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde con base constitucional; extremo que implica que la provincia en su ámbito propio realiza en plenitud una atribución que traduce un grado de valoración con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue, la protección del medio ambiente.

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

MINERIA

Si bien la exploración y explotación del oro y cobre es una actividad lícita y de libre ejercicio, tal como surge de los arts. 1°, 2° Y 3° del Código de Minería, ello debe hacerse con sujeción a las reglas de seguridad, policía y conservación del ambiente (conf. Art. 233 del Código citado), cuya autoridad de aplicación serán aquellas que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción (art. 250).

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

MEDIO AMBIENTE

Cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, en especial -como en el caso- de los recursos hídricos, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, pues la caracterización del ambiente como un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. El Juez Rosenkrantz en su voto no adhirió al presente párrafo-

MEDIO AMBIENTE

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. El Juez Rosenkrantz en su voto no adhirió al presente párrafo-

DERECHO AL AGUA POTABLE

El acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; así el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite. El Juez Rosenkrantz en su voto no adhirió al presente párrafo-

MEDIO AMBIENTE

El principio in dubio pro natura establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite. El Juez Rosenkrantz en su voto no adhirió al presente párrafo-

DERECHO AL AGUA POTABLE

En caso de incerteza, el principio in dubio pro agua, consistente con el principio in dubio pro natura, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- El Juez Rosenkrantz en su voto no adhirió al presente párrafo-

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios referidos al modo en que el tribunal efectuó la valoración de las circunstancias fácticas probadas en el expediente no suscitan cuestión que deba ser atendida por la vía del recurso extraordinario en razón del carácter excepcional de la doctrina de la arbitrariedad.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

A los fines de la adecuada fundamentación del recurso extraordinario, cuando se invoca la falta de consideración de determinados elementos de juicio, no basta con señalarlos, sino que es preciso también demostrar su conducencia para variar el resultado de la cuestión.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de una norma de la Provincia de Mendoza -ley 7722-, bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y al Código de Minería, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido favorable a la validez de la legislación provincial (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 491/498 de los autos principales (a cuya foliatura se referirán las siguientes citas, salvo cuando se indique otro expediente), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza -Sala Segunda-, rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por Minera San Jorge S.A. -titular de derechos mineros de exploración y explotación en dicha provincia- con el objeto de impugnar la validez de la ley lo-

cal 7722, en cuanto dispone prohibir el uso de cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación e industrialización de minerales metalíferos obtenidos mediante cualquier método extractivo (art. 1°), imponer la obligación de tramitar en un plazo de treinta (30) días el “informe de partida” que establece el art. 24 del decreto 2109/94 (art. 2°) y someter la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) obtenida a la ratificación del Poder Legislativo de la provincia (art. 3°).

Para así decidir, el juez Mario Adaro -a cuyo voto adhirió el juez Omar Palermo- remitió al fallo plenario dictado por la Suprema Corte de Mendoza en la causa “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad” (L.S. 492-185).

El juez Adaro sostuvo que debía considerarse que la prohibición del art. 1° de la ley 7722 estaba referida al empleo de las sustancias taxativamente allí enunciadas, esto es, al cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, y que tal prohibición extendida “a otras sustancias tóxicas similares” padecía de una imprecisa redacción técnica legislativa. Asimismo, entendió que lo dispuesto en el art. 3° de la ley, por un lado, afectaba la vía recursiva administrativa del interesado y, por el otro, que las facultades allí atribuidas al Poder Legislativo interferían con las del Poder Ejecutivo asignadas por el art. 128, inc. 1° de la Constitución Provincial, afectando el diseño constitucional en su clásica división de poderes.

De todos modos, concluyó que correspondía el rechazo de la demanda, ya que el fallo plenario de la Suprema Corte citado resultaba imperativo aplicarlo al caso, sin que la actora, por otra parte, hubiera acreditado en esta causa recaudos relevantes para tachar de inconstitucional a la ley 7722.

En la aludida sentencia plenaria la mayoría de los magistrados se pronunció por la constitucionalidad de la ley 7722, esgrimiendo sucinamente los argumentos que se señalan a continuación.

El juez Jorge Horacio Nanclares sostuvo que: I. la ley 7722 fue dictada dentro de las competencias propias del legislador provincial, según los términos de los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional y 233 del Código de Minería y de los instrumentos internacionales que cita, así como en cumplimiento de los principios de razonabilidad y complementariedad. Por su parte, dijo que no advertía incompatibilidad con los fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema “Villivar” (Fallos: 330:1791), como tampoco violación al principio de igualdad, al

derecho de propiedad, ni de ejercer industria lícita; 2. Dicha ley tiene por objeto proteger el recurso hídrico en los procesos mineros metalíferos y el derecho de acceso al agua es un derecho humano fundamental que goza de alta protección tanto en el ámbito constitucional interno como en el plano internacional, siendo, además, un recurso de especial importancia en la provincia; 3. la ley sólo prohíbe la utilización de mercurio, cianuro y ácido sulfúrico en el desarrollo de la actividad minera metalífera y la prohibición de dichas sustancias no importa una prohibición del ejercicio de la actividad minera metalífera, sino un desarrollo sostenible o sustentable de la actividad en un marco de responsabilidad social empresaria; 4. nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos cuando lo que está en juego es la peligrosidad de una actividad que afecta la salud pública y el medio ambiente (en especial el recurso hídrico); 5. el art. 2° estipula un régimen de adecuación respecto de la actividad vigente, esto es, que los titulares de las concesiones mineras en curso cumplan con la nueva legislación y los niveles de protección ambiental allí dispuestos. El texto resulta razonable, compatible y adecuado a los principios establecidos en la Constitución Nacional y a los textos internacionales a ella incorporados; 6. el art. 3° establece que la DIA es un acto preparatorio que produce efectos jurídicos sólo con la ratificación de la Legislatura provincial. Cita otros ejemplos en los que el requerimiento ratificatorio es solicitado por la ley, como el caso de las leyes 8051 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo y el de la ley 5507 de Concesión de Servicios Públicos.

Los doctores Herman Amilton Salvini y Pedro Jorge Llorente adhirieron al voto del doctor Nanclares, aunque e l segundo con algunas apreciaciones particulares.

Los doctores Julio Ramón Gómez, Ornar Alejandro Palermo y Alejandro Pérez Hualde también integraron el voto mayoritario, pero votaron por sus propios fundamentos.

El juez Julio Ramón Gómez: 1. destacó, al igual que el doctor Palermo, el fallo “Cemincor” dictado por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba sobre la misma problemática, en el cual se declaró la constitucionalidad de la ley de esa provincia 9526, en cuanto allí se habían demostrado los altos niveles de riesgo que presentaba la actividad minera metalífera a cielo abierto en relación a otras industrias y que se 2. ponderó la prueba determinar que las distinguía por su intrínseca peligrosidad; producida en la causa, a los fines de sustancias tóxicas que prohíbe la ley mendocina en la actividad minera metalífera a cielo abierto son peligrosas para el ambiente, tales como los informes del Departamento General de Irrigación, de la Dirección de

Saneamiento y Control Ambiental y del CONICET-CCT Mendoza; 3: afirmó, sustentando su decisión en un estudio de la Universidad de Bolonia, que no existe otra actividad semejante en el mercado como la actividad minera metalífera a cielo abierto -sobre la base de la extracción por lixiviación- que utilice de igual forma esas sustancias químicas prohibidas y que produzca tan altos impactos ambientales como ésta; 4. en cuanto al art. 3°, sostuvo que la DIA es un acto administrativo complejo que necesita de la ratificación de la Legislatura provincial para obtener eficacia.

El juez Ornar Alejandro Palermo agregó que la ley se apoya en el principio precautorio a fin de obtener la preservación del recurso hídrico frente a la permisión de la actividad minera metalífera, ante la incerteza científica de los eventuales daños que dicha actividad puede generar, pues tiene una peligrosidad intrínseca y presupone la afectación del medio ambiente con alto impacto durante su desarrollo, a la vez que importa una concentración y manejo de volúmenes de material minero y de procesos químicos muy superiores en todos los órdenes relativos a la gestión de yacimientos (citó también el fallo “Cemincor” del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba).

El juez Alejandro Pérez Hualde: 1. sostuvo que no se había logrado demostrar un tratamiento desigual o injusto respecto de otros sectores industriales sobre los cuales la provincia ejerce su control efectivo; 2. agregó, con respecto a lo dispuesto en el art. 3° de la ley 7722, que históricamente los procesos de reforma constitucional de Mendoza habían atribuido a la Legislatura provincial facultades más amplias que las acordadas por la Constitución Nacional al Congreso de la Nación, y que la “ratificación” de la Legislatura tenía la naturaleza de una “aprobación”, lo cual no era irrazonable, toda vez que en el caso se trataba de la protección de las aguas y de sus fuentes.

El juez Adaro votó en disidencia parcial, al entender que la ley 7722 era constitucional a excepción del primer párrafo de su art. 3°, en lo restante adhirió al criterio de la mayoría. Los argumentos que esgrimió fueron: 1. las sustancias descriptas por el legislador son tóxicas y, por lo tanto, peligrosas, puesto que están incluidas en el anexo I de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, a la que la Provincia de Mendoza adhirió por la ley 5917; 2. advirtió que la ley 7722, en cuanto amplió la prohibición dispuesta expresamente para el cianuro, mercurio y ácido sulfúrico a “otras sustancias tóxicas similares”, resultaba discriminatoria si se interpretaba que dicha prohibición sólo estaba destinada al desarrollo de la minería metalífera y no se aplicaba a todas las actividades que podían utilizarlas, por lo cual debía entenderse por “tó-

xicas” solamente a las tres sustancias concretamente descriptas. 3. Consideró que resultaba inconstitucional el requisito de ratificación de la DIA para los proyectos de minería metalífera obtenidos de las fases de cateos, prospección, exploración, explotación o industrialización, al entender que el legislador se había arrogado una facultad discrecional y exorbitante, de la zona de reserva de la Administración, no prevista en la Constitución. Advirtió, además, que al no haberse fijado un plazo para que se expidiera la Legislatura sobre la DIA -emitida por la autoridad competente- dejaba un vacío normativo que generaba múltiples opciones de interpretación debido a la imprevisibilidad e incerteza con respecto a su aplicación, provocando inseguridad jurídica.

-II-

Disconforme, Minera San Jorge S.A. interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 509/528 que, denegado a fs. 569/575, origina la presente queja.

Afirma, en lo sustancial, que existe cuestión federal en virtud de que se han cuestionado los arts. 1º, 2º y 3º de la ley provincial 7722 por considerarlos contrarios a los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional y al Código de Minería de la Nación, y la resolución de la Suprema Corte ha sido a favor de su constitucionalidad.

Arguye que la prohibición de utilizar determinadas sustancias químicas en los procesos mineros metalíferos implica lisa y llanamente la restricción absoluta de sus derechos de propiedad y a ejercer una industria lícita, se viola el principio de igualdad ante la ley y de igualdad de trato, ya que dichas sustancias están sólo prohibidas para la minería metalífera y no para el resto de las actividades mineras e industriales, y que la provincia nunca demostró cuál es el criterio de razonabilidad adoptado para efectuar dicha distinción.

Alega que la sentencia también es arbitraria, puesto que la Suprema Corte se pronunció omitiendo considerar la prueba producida en la causa, la cual resulta conducente e insoslayable, puesto que intentó demostrar la inocuidad de las sustancias prohibidas cuando su uso y disposición es controlado, según las normas que regulan la actividad, y su cotidiano uso por otras industrias. Añade que tampoco se tuvo en cuenta el hecho nuevo denunciado pues, luego de obtener la DIA por los organismos técnicos legalmente autorizados, ésta fue rechazada por la Legislatura provincial por resolución 512/11 de manera totalmente infundada, lo cual produce una violación a su derecho de defensa y a la garantía del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional).

Sostiene que la Suprema Corte, al dictar la sentencia individual, omitió el análisis de prueba esencial y relevante, como los informes de los organismos provinciales, tales como los emitidos por el Departamento General de Irrigación, el Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros y la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Secretaría de Ambiente, obrantes a fs. 303/304, 217/295, 309/313 y 314/329; así como también la transcripción taquigráfica de la sesión legislativa en la cual se rechazó la ratificación de la DIA, sin ninguna razón técnica o científica que lo justificara (v. fs. 172/214).

Concluye así, que los magistrados formularon consideraciones dogmáticas, desvinculadas de los hechos y las circunstancias del caso, con lo cual la fundamentación del pronunciamiento es aparente y no logra dar una respuesta adecuada ni debidamente fundada al planteamiento efectuado.

-III-

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de una norma provincial, la ley 7722, bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y al Código de Minería, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido favorable a la validez de la legislación provincial (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

Además, estimo conveniente tratar de manera conjunta lo atinente al recurso extraordinario y al de queja en tanto las impugnaciones referidas a la alegada arbitrariedad y a la cuestión federal, son dos aspectos que guardan entre sí estrecha conexidad (confr. doctrina de Fallos: 321:2764 y 323: 1625).

-IV-

Ante todo, a mi juicio, corresponde destacar que la Provincia de Mendoza sancionó la ley 7722 en ejercicio de facultades ambientales en complemento de las normas nacionales que protegen el ambiente en lo que a la actividad minera se refiere, ello, sin alterar las competencias ejercidas por el Estado Nacional para dictar los códigos de fondo en los términos del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

En efecto, el Tribunal tiene dicho que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los

actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido, pues si bien la Constitución Nacional establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente la jurisdicción local en la materia (art. 41, tercer párrafo; Fallos: 329:2280 y 331:699).

En tales condiciones, la Nación legisla las pautas mínimas de protección y, al ser esta una facultad compartida por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde con base constitucional; extremo que implica que la provincia en su ámbito propio realiza en plenitud una atribución que traduce un grado de valoración con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue, la protección del medio ambiente (Fallos: 338:1183).

La Provincia de Mendoza, mediante la ley 7722, adoptó diversas medidas con la finalidad de proteger sus recursos naturales, en particular sus recursos hídricos. Los antecedentes parlamentarios que la precedieron dan cuenta de ello al aludir a la alta toxicidad y reactividad natural que provoca la minería a cielo abierto mediante el empleo de cianuro y mercurio (v. proyecto de ley 7722, H. Senado de Mendoza, expte. 50.031/05)

De este modo, por tratarse de un tema derivado del poder de policía ambiental, de seguridad y salubridad, aparecen en escena atribuciones del gobierno nacional y de las autoridades provinciales en el marco de las que se denominan facultades concurrentes, las cuales se evidencian cuando esas potestades pueden ejercerse conjunta y simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia, sin que de tal circunstancia derive violación de principios o precepto jurídico alguno. No cabe, pues, desconocer las facultades que en el derecho ambiental competen a cada uno de los estados.

Es así que en el reparto de competencia que surge de la Constitución Nacional, el art. 233 del Código de Minería (CM) dispone que los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de seguridad, policía y conservación del ambiente. La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones de la Sección Segunda del Título pertinente y a las que oportunamente se establezcan en virtud del art. 41 de la Constitución Nacional.

De allí que, si bien la exploración y explotación del oro y cobre es una actividad lícita y de libre ejercicio, tal como surge de los arts. 1°, 2°

y 3° del Código de Minería, ello debe hacerse con sujeción a las reglas de seguridad, policía y conservación del ambiente (conf. art. 233 del CM cit.), cuya autoridad de aplicación serán aquellas que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción (art. 250 del CM).

De ello pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, que la Provincia de Mendoza, mediante la ley 7722, ha ejercido sus competencias constitucionales sin avanzar sobre las facultades exclusivas del Congreso de la Nación para dictar el Código de Minería (conf. arts. 19, 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), complementando y estableciendo mayores exigencias o requisitos en materia ambiental que los previstos en la legislación nacional 25.675 -Ley General del Ambiente- y la Sección Segunda del Título XIII “De la protección ambiental para la actividad” del Código de Minería, incorporada por la ley 24.585 (conf. doctrina de Fallos: 330:1791, votos de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi).

En segundo lugar, y de modo contrario a lo que sostiene la apelante, de la confrontación de la ley 7722 con las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico señalado no surge que, en el ejercicio de tal competencia, la Provincia haya sancionado, en términos generales, una ley irrazonable.

Para ello basta atender a los principios enunciados por la Corte en la materia, en particular en sus pronunciamientos más recientes de Fallos: 342:917 (“Barrick”) y 1203 (“Majul”) que resultan aplicables al *sub lite*.

En el primero de ellos, el Tribunal señaló que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, en especial -como en el caso- de los recursos hídricos, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, pues la caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible” cambia sustancialmente el enfoque del problema (Fallos: 340:1695 y 329:2316), que no solo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige entonces *“una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan”*. El ambiente -ha dicho el Tribunal- *“no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio*

del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario (Fallos: 340:1695, cons. 5°)”.

Respecto del acceso al agua potable, también en el caso “Barrick” citado, la Corte aclaró que es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual *“la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado... El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (Fallos: 337:1361 y 340:1695)”* (v. Fallos: 342:917, cons. 17).

A su vez en el precedente de Fallos: 342:1203 (“Majul”), la Corte indicó que en los procesos donde se debate este tipo de conflictos debe tomarse en cuenta el principio *in dubio pro natura* que establece que *“en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios... derivados de los mismos (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016)”*.

Con respecto al específico tema hídrico de modo indicativo también para los magistrados, advirtió V.E. en ese fallo que, en caso de incerteza, el principio *in dubio pro agua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. *Brasilia Declaration of Judges on Water Justice*. Brasilia, 21 de marzo de 2018) (v. cons. 13).

Sobre la base de tales principios, entiendo que las críticas del apelante en este punto constituyen meras discrepancias con la resolución que adoptó la Corte local sobre la razonabilidad de la ley si se pondera que la finalidad de la norma es resguardar derechos que cuentan

con especial tutela constitucional e internacional, como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado y el principio *in dubio pro aqua* señalado, por lo que los agravios de la apelante sólo traducen su desacuerdo con el criterio interpretativo adoptado por el tribunal quien ha realizado una adecuada ponderación del fin previsto por el legislador.

Ello, máxime aun si se advierte que el superior tribunal en su sentencia plenaria (conf. “Minera del Oeste S.R.L. y Ot. c/ Gbno. de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad” L.S. 492-185, agregado a fs. 7/61 del cuaderno de queja) tomó en cuenta informes de diversa índole que exponen los riesgos de utilización de procedimientos químicos de lixiviación mediante sustancias disolventes con potencialidad nociva, tal como el informe del Departamento General de Irrigación de Mendoza del cual surge que, en el proceso industrial de extracción de minerales por lixiviación, el empleo de sustancias como el cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico pueden ocasionar daños ambientales y al ser humano, en forma directa e indirecta. También los informes de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental y el técnico-científico del CONICET-CCT Mendoza, que dio cuenta de que si bien todas las actividades contaminantes son negativas a los fines de la preservación de la calidad del recurso hídrico, aquellas que se desarrollan en las partes altas de las cuencas son potencialmente más peligrosas, ya que en caso de producir contaminación sus efectos se trasladan aguas abajo, impactando sobre el resto de la cuenca (v. voto del doctor Julio R. Gómez en la causa cit., fs. 25 vta. del cuaderno de queja).

VE. ha expresado que es improcedente el recurso extraordinario si se ha omitido cuestionar otras afirmaciones del juez que alcanzan para sustentarlo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 308: 2262). Así ocurre en el caso en que la actora no se hace cargo de rebatir los sólidos fundamentos de la sentencia plenaria que dan cuenta de la peligrosidad de las sustancias prohibidas por la ley 7722 mencionados anteriormente.

Desde otra perspectiva, cabe desestimar la arbitrariedad que la apelante endilga al pronunciamiento dictado en esta causa por haberse omitido evaluar prueba esencial y relevante para resolverla, como son los informes del Departamento General de Irrigación provincial, del Consejo Profesional de Geólogos e Ingenieros provincial y de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Secretaría de Ambiente provincial, así como la transcripción taquigráfica de la sesión legislativa en la cual se rechazó la ratificación de la DIA emitida para el proyecto de la actora.

Así lo estimo, a poco que se repare que el *a quo* sí tomó en cuenta dichos informes de conformidad a lo expuesto en su sentencia de fs. 491/498 (en especial v. fs. 494) y consideró que no se habían acreditado recaudos relevantes para tachar la constitucionalidad de la ley 7722.

Cabe recordar que en la jurisprudencia de la Corte los agravios referidos al modo en que el tribunal efectuó la valoración de las circunstancias fácticas probadas en el expediente no suscitan cuestión que deba ser atendida por la vía del recurso extraordinario en razón del carácter excepcional de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 303:436). Además, es sabido que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones ni a ponderar una por una exhaustivamente todas las pruebas incorporadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos: 312:950 y sus citas). A ello cabe agregar que, en la especie, la recurrente no demuestra la atingencia de los elementos que destaca con la sustancia de sus agravios, toda vez que los informes que señala como prescindidos de consideración por el *a quo* no parecen circunstancias susceptibles de alterar la solución alcanzada por aquél.

En efecto, del informe del Departamento General de Irrigación obrante a fs. 217/293 surge que hay actividades que producen mayores impactos negativos que otras y que consumen más agua que otras *“tal es el caso por ejemplo de la actividad petrolera, minera, que son exigentes en consumo de agua y que además los efluentes producidos en ambas actividades si no son correctamente tratados y dispuestos según la legislación vigente, producen un impacto negativa altamente significativo, a veces con daños irreversibles”* (fs. 277). En lo que es relevante para este caso, respecto del uso del cianuro en la minería que utiliza la extracción por lixiviación’ expresa: que *“...dada la alta toxicidad’ y reactividad natural del cianuro, la contención de esta sustancia es una de las preocupaciones primordiales de las minas en las que se utiliza la extracción por lixiviación. Se han documentado los efectos perjudiciales del cianuro en los peces, la vida silvestre y los humanos”* (fs. 281). Añade el informe los impactos asociados a la vida silvestre y las aguas, al indicar que *“aunque son rentables para las compañías mineras, las minas que utilizan la extracción por lixiviación con cianuro son bombas de tiempo para el medio ambiente...”* (fs. 282). Explica los dos accidentes propios de la minería de oro por lixiviación con cianuro: los escapes del cianuro por la rotura de las geomembranas y el desborde de los embalses de almacenamiento, **indicando que** *“la solución que se derrama puede ser suficiente*

para matar peces y otras formas de vida acuática, o para contaminar recursos de agua potable” (fs. 284)

En cuanto al mercurio, que también es utilizado en la extracción del oro, lo describe como una sustancia tóxica y contaminante, que tiene efectos nocivos y severos sobre la salud humana y sobre el medio ambiente (fs. 285/286).

En relación al ácido sulfúrico, el informe explica que su utilización es muy importante para la producción de cobre, ya que participa en la lixiviación cuyo objeto es limpiar de impurezas y concentrar el contenido de cobre. El ácido sulfúrico, señala, es muy dañino para la vida acuática aun en concentraciones muy bajas y muy tóxico para el ser humano. No se debe permitir que entre en alcantarillas o fuentes de agua (fs. 291/293).

En cuanto al informe de la Dirección de Saneamiento y Control Ambiental de la Secretaría de Ambiente provincial (fs. 316/323 referida al emprendimiento de la actora señala que **“el conjunto de documentos presentado por la empresa proponente del proyecto San Jorge presenta importantes omisiones, errores y contradicciones.** Para la mayoría de los elementos del ambiente tanto natural como social, los informes no permiten establecer verdaderas líneas de base. **El proyecto San Jorge implicaría numerosos impactos y riesgos significativos sobre los diversos elementos del ambiente natural y social”** (fs. 318).

Por último, el hecho nuevo incorporado por la actora, y que denuncia también como omitido por el a quo, se relaciona con la transcripción taquigráfica de la sesión de la Legislatura de Mendoza en la cual se trató el proyecto minero San Jorge y la DIA, luego rechazados por resolución 512 de ese cuerpo (fs. 172/214). De tal sesión surgen las manifestaciones de varios legisladores referidas a que **el proyecto no otorga seguridad, puesto que tiene 141 observaciones de los organismos técnicos administrativos y que adolece de muchas contradicciones.**

El contenido de tal documentación resulta concordante con las apreciaciones efectuadas por el tribunal a quo sobre los graves e irreversibles efectos que producen las condiciones técnicas de explotación minera metalífera, que desarrolla la actora, en el ambiente y en el agua.

En consecuencia, a mi entender, no se configura la hipótesis excepcional de arbitrariedad de la sentencia, toda vez que la apelante no demuestra que el superior tribunal haya dado un tratamiento in-

adecuado a la controversia suscitada, pues los informes que se dicen omitidos de valorar por él no tienen entidad alguna para modificar la solución de la causa y reafirman el criterio adoptado por el *a quo*.

V.E. ha señalado que a los fines de la adecuada fundamentación del recurso extraordinario, cuando se invoca la falta de consideración de determinados elementos de juicio, no basta con señalarlos, sino que es preciso también demostrar su conducencia para variar el resultado de la cuestión (Fallos: 308:923 y 2262; 312:1200, entre muchos otros).

Asimismo, se descarta que la medida implique la restricción de los derechos de propiedad y a ejercer una industria lícita de la actora, toda vez que las disposiciones de la ley 7722 no prohíben la actividad, sino que -tal como interpreta el tribunal- lo vedado en ella es el uso de determinadas sustancias (como el cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico) con la finalidad de proteger el recurso hídrico (v. fs. 495).

En otro sentido, cabe descartar que resulte violatorio del principio de igualdad la prohibición de emplear el uso de tales sustancias para la actividad minera metalífera y no para el resto de las actividades mineras e industriales, en la medida en que aquella actividad no es equiparable, en su desarrollo y consecuencias ambientales, a cualquier otra.

V. E. desde antiguo viene sosteniendo que dicho principio garantiza la igualdad de trato a quienes se encuentran en iguales circunstancias, de manera que cuando éstas son distintas nada impide un trato también diferente con tal que éste no sea arbitrario o persecutorio (Fallos: 301:381; 306:195; 307:906; 311:394; 318:1403; 328:1825, voto de los doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

En tal orden de ideas, la apelante reclama igualdad de trato con relación a otras actividades que son disímiles a la que ella desarrolla, sin tomar en cuenta que la minería metalífera, según los antecedentes y la prueba evaluada por el superior tribunal de Mendoza es de alto impacto contaminante, lo que conlleva la razonabilidad, como se dijo, de impedir que en ella se utilicen ciertas sustancias que en otros procesos productivos no se ponderan como de igual riesgo o peligro.

-V-

En sentido contrario, y sin perjuicio de lo expuesto, advierto que el art. 1° de ley 7722, al prohibir en los procesos mineros metalíferos el empleo de “otras sustancias tóxicas similares”, se aparta del principio de legalidad que surge de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que en este aspecto la ley adolece de una gran indeterminación. La Corte ha expresado que el art. 19 de la Ley Fundamental exi-

ge que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de previsión y previsibilidad posible (Fallos: 341:1017) a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es exigible para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas.

-VI-

Por último, entiendo que debe ser desestimado el pedido de la actora para que se declare la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 7722 -el cual dispone someter la DIA a la ratificación del Poder Legislativo de la provincia- sobre la base de esgrimir, únicamente, que dicho artículo viola su derecho de defensa y la garantía del debido proceso. Ello, pues es menester recordar que la alegación de inconstitucionalidad desprovista de sustento fáctico y jurídico consistente no basta para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia por constituir un acto de suma gravedad que debe considerarse como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 303:1708, entre muchos otros).

-VII-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada con la salvedad que surge del acápite V referida a la mención que se efectúa en la ley 7722 sobre “otras sustancias tóxicas similares”, que se considera inconstitucional. Buenos Aires, 8 de noviembre de 2019.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Autos y Vistos; 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, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, y se confirma parcialmente la sentencia apelada. Con costas. Devuélvase el depósito. Agréguese la presentación directa a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*) – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido correctamente tratadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos –con excepción de los contenidos en los párrafos décimo a catorceavo inclusive del acápite IV- y conclusiones comparte el Tribunal a los que cabe remitir en razones de brevedad.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, y se confirma parcialmente la sentencia apelada. Con costas. Devuélvase el depósito. Agréguese la presentación directa a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Minera San Jorge S.A.**, actora en autos, representada por el **Dr. Alejandro Barraza**, con el patrocinio letrado del **Dr. Lucas Anibal Piaggio**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Segunda**.

RACO, MARCO NICOLÁS Y OTRO c/ EN - M SEGURIDAD
-PSA- RESOL. 513/09 (EXPTE. S02 441/07) s/ PERSONAL MILITAR Y
CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG.

SENTENCIA ARBITRARIA

Toda vez que el planteo de inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV del Decreto 1088/2003 no formaba parte del reclamo de los actores, los jueces al declarar la inconstitucionalidad de la norma fallaron extra petita y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, lesionando la garantía de defensa en juicio, por lo cual la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y voto de la jueza Highton de Nolasco).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y voto de la jueza Highton de Nolasco).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Las críticas de la recurrente vinculadas con la afectación del principio de congruencia suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada, pues si bien es cierto que -en principio- la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Atento a los términos en que se ha cuestionado la declaración de inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003 -sentencia que resolvió extra petita-, y para dar debido resguardo del derecho de la parte, de acuerdo con la garantía de la defensa en juicio, el Tribunal considera concedido sin limitaciones el recurso extraordinario, aun no habiéndose interpuesto recurso de queja por arbitrariedad (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El auto de concesión del remedio federal carece de la precisión necesaria en la medida en que las críticas concernientes a la arbitrariedad de la sentencia definitiva -dictada por el tribunal superior de la causa- no fueron objeto de examen en sus considerandos ni de una desestimación expresa en su parte dispositiva; esa falta de precisión, en todo caso imputable al tribunal apelado, no obsta a que la Corte aborde los agravios fundados en la arbitrariedad con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio aunque no se haya interpuesto recurso de queja por arbitrariedad (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

RECURSO EXTRAORDINARIO

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 (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

No se advierte en la decisión de la cámara un desvío ostensible de la competencia apelada al declarar la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del Decreto 1088/2003, pues el punto no se resuelve por la presencia o ausencia de la tacha de inconstitucionalidad, sino más precisamente por la aptitud, suficiencia o idoneidad del planteo esbozado con cierta laxitud en primera instancia, y con mucha más precisión en la expresión de agravios ante la cámara, ante quien cuestionó la total indefensión de los acusados derivada de la instrucción de un sumario ad-

ministrativo nombrando como abogados defensores a los agentes designados por el propio organismo que en nada asistieron a los sumariados (Disidencia del juez Rosatti).

SUMARIO ADMINISTRATIVO

El carácter de infracción (en cualquiera de todas sus variantes) y no de delito no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas del derecho penal que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional a las sanciones aplicadas por diversas autoridades administrativas (Disidencia del juez Rosatti).

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Si bien el derecho administrativo sancionatorio -en el caso, más específicamente disciplinario- puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica, la graduación de sanciones y ciertas particularidades procedimentales, jamás puede apartarse de principios elementales básicos que rigen a los delitos (Disidencia del juez Rosatti).

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria (Disidencia del juez Rosatti).

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

En orden a evaluar la aplicación de los principios de derecho penal al ámbito administrativo, resulta imprescindible ponderar tanto el contexto y ámbito de aplicación de la norma y la sanción, como el estatus del sancionado y su vínculo con la autoridad sancionatoria (Disidencia del juez Rosatti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, pues la Policía de Seguridad Aeroportuaria no ha justificado -si quiera mínimamente- la validez y aplicación de un régimen previsto para organismos de inteligencia que restringe notoriamente a sus agentes la libertad de elección de sus defensores de confianza ante imputaciones disciplinarias, en tanto la presencia de una relación de sujeción especial, el eventual sometimiento al estado policial previsto en el art. 42 de la ley 26.102, el principio de jerarquía, y el eficaz accionar de esa fuerza no son razones suficientes para impedir a sus integrantes civiles o policiales la designación de un defensor que pueda actuar sin condicionamientos ni se encuentre sometido al mismo orden disciplinario (Disidencia del juez Rosatti).

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La tutela administrativa efectiva no debe ser vista como un obstáculo a la ejemplaridad de las conductas que se exige a los integrantes de una fuerza de seguridad, ni tampoco a la disciplina que informa y prima en su ordenamiento interno, sino, por el contrario, se trata de un principio que eleva el apego de la institución a la Constitución y, con ello, procura a una mejor y mayor protección de la seguridad interior de la Nación (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si el auto de concesión circunscribió la admisibilidad de la apelación a la cuestión federal y el recurrente no interpuso queja con relación a la arbitrariedad, no cabe tratar ese planteo (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO DE QUEJA

Obviar la ausencia del recurso de queja contra el rechazo de la arbitrariedad por parte de la cámara y considerar este aspecto indisolublemente ligado a la cuestión federal de fondo, y al mismo tiempo exigir a los actores el mayor de los rigores formales al plantear la inconstitucionalidad de una norma implica dar prevalencia a un recaudo formal sobre otro (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

No es óbice para la procedencia formal del recurso extraordinario, el modo en que se introducen y mantienen las cuestiones federales desde que el conocimiento de las mismas por la Corte no requiere de fórmulas sacramentales, bien se advierta que el adecuado servicio de justicia exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, sólo se privilegia con el primado de la verdad jurídica objetiva tanto sobre el tradicionalismo jurídico como por encima de los pruritos y ritualismos formales que encubren la sustancia que define a la justicia en el estado social contemporáneo (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente procedente por cuestión federal, toda vez que la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha puesto en tela de juicio la validez de una norma federal -art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003- por confrontar con el art. 18 de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Raco, Marco Nicolás y otro c/ EN - M Seguridad -PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”.

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores, revocó la decisión apelada y declaró nula la resolución 513/2009 del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, que los había declarado cesantes, con base en la inconstitucionalidad del art. 48, del anexo IV, del decreto 1088/2003.

Para decidir en tal sentido el tribunal *a quo* sostuvo que el mencionado artículo, en la medida en que impedía elegir un abogado defensor que no perteneciera a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, afectaba el derecho de defensa y debía declararse inconstitucional.

2°) Que contra este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario que fue concedido por haber interpretado normas de carácter federal en sentido adverso al postulado por el recurrente y, denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional.

3°) Que atento a los términos en que se ha cuestionado la declaración de inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, y para dar debido resguardo del derecho de la parte, de acuerdo con la garantía de la defensa en juicio, el Tribunal considera concedido sin limitaciones el recurso extraordinario, aun no habiéndose interpuesto recurso de queja por arbitrariedad (confr. arg. de Fallos: 305:1304 y sus citas).

4°) Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las críticas de la recurrente vinculadas con la afectación del principio de congruencia suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada, pues si bien es cierto que -en principio- la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción (Fallos: 341:1075).

En efecto, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 338:552, entre muchos otros).

5°) Que, en el caso, los actores solicitaron que se declarara la nulidad de la resolución en la que se dispuso su cesantía con fundamento en el incumplimiento de los requisitos esenciales de todo acto administrativo, conforme a lo que determina la ley 19.549 de procedimientos administrativos y en la conculcación del derecho a trabajar, del dere-

cho a la igualdad, del derecho de propiedad y del derecho de defensa. Asimismo, en la demanda plantearon la inconstitucionalidad "...de toda norma o resolución de cualquier tipo que sea que permita este tipo de procedimientos, por considerar que tales normas resultan violatorias del derecho de defensa art. 18 de la C.N., al condenar sin ser oído, a cuyo efecto dejo desde ya planteado el caso federal a fin de ocurrir en su oportunidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por violación de tal norma constitucional" (confr: fs. 6/7).

6°) Que, el juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que la decisión sancionatoria no aparecía como ilegítima ni arbitraria sino ajustada a derecho. El magistrado también desestimó el planteo referente a la presunta violación al derecho a ser oídos al corroborar que, en las distintas etapas del procedimiento sumarial, los demandantes fueron notificados de los sucesivos pasos e incluso presentaron los pertinentes recursos administrativos. Asimismo, y en lo que se refiere al planteo de inconstitucionalidad efectuado por los actores, señaló que resultaba una invocación genérica limitada a una serie de afirmaciones dogmáticas sin adecuada fundamentación ni demostración efectiva del agravio.

7°) Que en su recurso de apelación ante la cámara los actores no refutaron lo expuesto por el juez de grado respecto de la presunta inconstitucionalidad del procedimiento sumarial. Solo afirmaron que la violación del derecho de defensa se manifestaba en la designación -por la Policía de Seguridad Aeroportuaria- de los abogados defensores de los actores de entre los agentes del mismo organismo "...que en nada asistieron a mis defendidos, dejándolos inermes ante el atropello del que eran víctimas..." ante la supuesta falsedad de las imputaciones.

8°) Que no obstante, la cámara consideró que "los actores plantean la nulidad del acto administrativo con base en la inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003 en cuanto cerceñó la posibilidad de elegir un defensor de confianza" y teniendo ello en cuenta declaró la inconstitucionalidad de dicha norma.

9°) Que según se advierte de las constancias de la causa, el planteo de inconstitucionalidad de la norma citada no formaba parte del reclamo de los actores. De modo tal que al resolver de ese modo los jueces fallaron *extra petita* y modificaron los términos del litigio al fundar

su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, lesionando la garantía de defensa en juicio.

10) Que, en tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y dejar sin efecto el fallo (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (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, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*)– RICARDO LUIS LORENZETTI.

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

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de la resolución 513/2009 del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, por medio de la cual se dispuso la cesantía de aquellos luego de un sumario instruido en su contra.

Para decidir de ese modo, sostuvo que el art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003 —reglamento con arreglo al cual tramitó dicho sumario— en la medida en que impedía elegir un abogado defensor que no perteneciera a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, afectaba el derecho de defensa y debía declararse inconstitucional.

2°) Que, contra este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario en el que, en síntesis, sostiene que la cámara realizó una interpretación antojadiza que no fue fundamentada y mucho menos probada, toda vez que no hubo menoscabo de los principios que informan el procedimiento administrativo ni violación de derechos constitucionales de los actores.

Añade que aquellos se encontraban en una situación de “sujeción especial” y que en “ningún momento del sumario administrativo alegaron que se haya vulnerado derecho alguno, mismo, en ningún momento hicieron uso de lo normado por el Art 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003, en relación a que pueden solicitar el cambio del letrado asignado por esta Fuerza de Seguridad”.

Expresa que no resulta admisible considerar que la imposibilidad de elegir un abogado ajeno a la Policía de Seguridad Aeroportuaria implique una violación al debido proceso si no se comprueba un real estado de indefensión, circunstancia que no ocurrió en el caso.

Por otra parte, considera que la sentencia es “manifiestamente arbitraria por haber fallado el Tribunal en forma *extra petita*, excediendo los límites de su actuación, violando el principio de congruencia y poniendo fin a un pleito sin fundamentación lógica y jurídicamente válida, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa en juicio”.

3°) Que la cámara concedió el recurso extraordinario en razón de que en su pronunciamiento definitivo interpretó “normas de carácter federal (El Anexo IV del Decreto N° 1088/2003) en sentido adverso al postulado por el recurrente” (considerando IV del voto de los jueces que votaron en primer término). Seguidamente expuso que “en cuanto a la arbitrariedad y gravedad institucional atribuidas a la resolución recurrida, SE DENIEGA, el recurso interpuesto en razón de que dichas causales no son, como regla, susceptibles de ser consideradas por este Tribunal”. Y finalmente, en la parte dispositiva, resolvió que “SE CONCEDE el recurso extraordinario deducido por la parte demandada [...] conforme lo dispuesto en el Considerando IV”.

4°) Que el auto de concesión del remedio federal carece de la precisión necesaria en la medida en que las críticas concernientes a la arbitrariedad de la sentencia definitiva —dictada por el tribunal superior

de la causa— no fueron objeto de examen en sus considerandos ni de una desestimación expresa en su parte dispositiva.

Esa falta de precisión, en todo caso imputable al tribunal apelado, no obsta a que esta Corte aborde los agravios fundados en la arbitrariedad con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio aunque no se haya interpuesto recurso de queja sobre la base de una tradicional doctrina que se mantiene inalterable desde el precedente de Fallos: 301:1194 (ver; asimismo, Fallos: 302:400; 305:1304; 307:458; 312:2066; 318:652; 321:1909; 325:1454; 329:3956; 337:88 y 179; 340:1756; 341:774; 343:1024, voto del juez Rosenkrantz).

Cabe agregar que —según otra conocida doctrina del Tribunal— 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; 337:88; 339:1520; 340:411, entre muchos otros).

5°) Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las críticas del recurrente vinculadas con la afectación del principio de congruencia suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada, pues si bien es cierto que —en principio— la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción (Fallos: 341:1075).

En efecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 338:552, entre muchos otros).

6°) Que, en su demanda, los actores solicitaron que se declarase la nulidad de la resolución en la que se dispuso sus cesantías con fundamento en que fueron conculcados sus derechos a trabajar, a la igualdad, de propiedad y de defensa. Asimismo, plantearon la inconstitucionalidad “...de toda norma o resolución de cualquier tipo que sea que

permita este tipo de procedimientos, por considerar que tales normas resultan violatorias del derecho de defensa art. 18 de la C.N., al condenar sin ser oído” (fs. 6/7).

7°) Que el señor juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que aquella resolución era ajustada a derecho y, concretamente, desestimó la crítica vinculada con la presunta violación al derecho a ser oído al corroborar que, en las distintas etapas del procedimiento sumarial, los demandantes fueron notificados de los sucesivos pasos e incluso presentaron los pertinentes recursos administrativos. Asimismo, y en lo atinente al planteo de inconstitucionalidad efectuado, señaló que resultaba una invocación genérica limitada a una serie de afirmaciones dogmáticas sin adecuada fundamentación ni demostración efectiva de un agravio.

8°) Que, en su recurso de apelación, los actores no refutaron lo expuesto por el juez de grado respecto de la presunta inconstitucionalidad del procedimiento sumarial. Solo afirmaron que la violación del derecho de defensa se manifestaba en la designación -por la Policía de Seguridad Aeroportuaria- de sus abogados defensores de entre los agentes del mismo organismo “...que en nada [los] asistieron [...], dejándolos inermes ante el atropello del que eran víctimas...” ante la supuesta falsedad de las imputaciones.

9°) Que sin embargo, la cámara consideró que “los actores plantean la nulidad del acto administrativo con base en la inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003 en cuanto cercenó la posibilidad de elegir un defensor de confianza” y, en razón de esa última circunstancia, declaró su inconstitucionalidad.

10) Que según se advierte de las constancias de la causa, el planteo de inconstitucionalidad de la norma citada no formaba parte del reclamo de los actores. De modo tal que al resolver de ese modo, los jueces fallaron *extra petita* y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, con la consecuente lesión de la garantía de la defensa en juicio.

11) Que, en tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa

e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y dejar sin efecto el fallo (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (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, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el día 15 de septiembre de 2009 el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación aprobó el sumario disciplinario tramitado en contra de los agentes civiles Sebastián Hernán Raco y Marco Nicolás Raco, pertenecientes a la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) y, en consecuencia, declaró su cesantía por haber adulterado certificados médicos para justificar inasistencias a sus puestos de trabajo (conductas tipificadas como faltas graves por los incisos 25 y 26 del art. 100 del anexo I del decreto 1088/2003; cfr. resolución 513 de ese ministerio, a fs. 269/273 del expediente administrativo S02:0000441/2007).

El acto de expulsión fue confirmado, con relación a cada uno de los agentes, los días 19 de noviembre de 2010 y 30 de septiembre de 2011, por medio de la disposición 1080/2011 del Director Nacional de la Policía de Seguridad Aeroportuaria y la Resolución 3227/2010 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (cfr. fs 58 del expediente administrativo S02:005960/09 y 65 del expediente S02:0005855/2009).

2°) Que en el año 2011 los sancionados iniciaron demanda planteando la nulidad de la cesantía dispuesta y, en lo que aquí interesa,

alegaron que *“han sido condenados sin ser oídos, en flagrante violación del derecho constitucional de defensa, art. 18 de la C.N., ya que se los notifica de la resolución, sin siquiera haberles permitido el ejercicio legítimo del derecho de defensa”*, por lo cual tacharon de inconstitucional *“toda norma o resolución de cualquier tipo que sea que permita este tipo de procedimientos, por considerar que tales normas resultan violatorias del derecho de defensa art. 18 de la C.N., al condenar sin ser oído”* (fs. 6 y 7 del expediente principal, al cual se hace referencia a continuación).

La demanda fue rechazada por el juez federal de primera instancia y, al expresar agravios, los afectados reiteraron su planteo de inconstitucionalidad, precisando que *“hubo una total indefensión en el expediente administrativo, a punto tal que el organismo mediante resolución 0842/07 del 25.4.07, ordenó la instrucción de un sumario administrativo a mis asistidos, nombrándole como abogados defensores a agentes del PSA (sic), los abogados Jose Correa [...] y Víctor Barboza, [...] designados por el propio organismo en el sumario administrativo, que en nada asistieron a mis defendidos”* (fs. 276/277).

3°) Que en 2017 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió, con remisión a lo dictaminado por el señor Fiscal General, declarar la nulidad de la cesantía ordenada por la Policía de Seguridad Aeroportuaria y la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, norma que obliga a los acusados en sumario disciplinario a designar como abogados defensores a profesionales que presten servicios en la propia fuerza de seguridad. Por lo tanto, ordenó la devolución de las actuaciones a sede administrativa a fin de que se cumpla con el debido proceso consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

4°) Que contra esa sentencia, la Policía de Seguridad Aeroportuaria interpuso recurso extraordinario federal (fs. 315/333), concedido únicamente por cuestión federal con relación a la validez del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, y denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional invocadas (fs. 347/348). Contra esa denegatoria parcial, no se ha interpuesto recurso de queja.

Con relación a la cuestión federal, sostiene, en primer término, que el planteo de inconstitucionalidad llevado a cabo por los agentes

es inadmisibile por su generalidad y que todos los principios tutelados en el debido proceso fueron respetados en el sumario disciplinario.

En segundo orden, señala que en las Fuerzas de Seguridad, al igual que en las Fuerzas Armadas, existe una relación de “especial sujeción” que se condice con las particularidades del servicio y que implica la obligatoriedad para los subordinados de acatar las disposiciones emanadas del Superior en cuanto las mismas no contradigan el orden jurídico. Invoca, en ese orden, la doctrina del acatamiento voluntario al régimen jurídico y señala que los coactores se sometieron libremente al régimen disciplinario impugnado.

En tercer lugar, apunta que los sancionados fueron defendidos por profesionales del derecho, y que los actores presentaron recursos contra la resolución de cesantía. Y en esa línea, manifiesta que no puede considerarse a la imposibilidad de elegir un abogado ajeno a la Policía de Seguridad Aeroportuaria como *“una violación al debido proceso si no se comprueba un real estado de indefensión, circunstancia que no ocurrió, máxime teniendo la finalidad de designar otro abogado”* (fs. 324). Y agrega que *“hacer lugar al planteo de los accionantes, abriría una punta, ante lo cual cualquier sumariado podría excusarse en una defensa jurídica diferente para tachar de nulo a un sumario condenatorio”* (fs. 325).

A su vez, con respecto a la arbitrariedad, sostiene que la cámara ha fallado fuera de los agravios planteados por los actores violando el principio de congruencia. Señala que en ninguna instancia se solicitó o discutió la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003, ni fue motivo de agravio el rechazo del planteo genérico efectuado por el actor en primera instancia. Expresa que *“al momento de apelar el rechazo de la demanda, la parte actora se agravió de diversas cuestiones pero en ningún momento del rechazo de la inconstitucionalidad”* (fs. 328 vta.).

5°) Que en cuanto a los agravios vinculados a la arbitrariedad de la sentencia de la cámara por haberse excedido en su competencia apelada, cabe recordar que si el auto de concesión circunscribió la admisibilidad de la apelación a la cuestión federal y el recurrente no interpuso queja con relación a la arbitrariedad, no cabe tratar ese planteo (Fallos: 340:1542, entre muchos otros). Tal es lo que sucede en el caso,

ya que el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional solo fue concedido con relación a la cuestión federal.

Obviar en el caso la ausencia del recurso de queja contra el rechazo de la arbitrariedad por parte de la cámara y considerar este aspecto indisolublemente ligado a la cuestión federal de fondo, y al mismo tiempo exigir a los actores -como pretende la Policía de Seguridad Aeroportuaria- el mayor de los rigores formales al plantear la inconstitucionalidad de una norma implica dar prevalencia a un recaudo formal sobre otro.

Y así, cabe preguntarse: ¿cuál es la forma que debe primar en el caso?, ¿la que exige la interposición de la queja ante el rechazo parcial del recurso extraordinario o la que requiere a quien plantea la inconstitucionalidad un alegato fundado?

Ciertamente, ninguna de ellas, pues, tal como esta Corte ha dicho tiempo atrás, no *“es óbice para la procedencia formal del recurso, el modo en que se introducen y mantienen las cuestiones federales desde que el conocimiento de las mismas por este Tribunal no requiere de fórmulas sacramentales, bien se advierta que el adecuado servicio de justicia exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, sólo se privilegia con el primado de la verdad jurídica objetiva tanto sobre el tradicionalismo jurídico como por encima de los pruritos y ritualismos formales que encubren la sustancia que define a la justicia en el estado social contemporáneo”* (Fallos: 292:296).

En ese orden, cabe señalar que el punto no se resuelve por la presencia o ausencia de la tacha de inconstitucionalidad, sino más precisamente por la aptitud, suficiencia o idoneidad del planteo esbozado con cierta laxitud en primera instancia, y con mucha más precisión en la expresión de agravios ante la cámara, ante quien cuestionó la total indefensión de los acusados derivada de la instrucción de un sumario administrativo nombrando como abogados defensores a los agentes “designados por el propio organismo que en nada asistieron” a los sumariados (fs. 277, previamente citada).

Dados los términos de los agravios, entonces, y aún sin recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de oficio conforme a los parámetros que la rigen (“B.J.M.”, Fallos: 343:345, voto del juez Rosatti), no se advierte en la decisión de la cámara un desvío ostensible de la

competencia apelada al declarar la inconstitucionalidad del art. 48 del anexo IV del Decreto 1088/2003 y por lo tanto cabe descartar la arbitrariedad invocada.

6°) Que, en cambio el recurso extraordinario es formalmente precedente por cuestión federal, toda vez que la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha puesto en tela de juicio la validez de una norma federal -art. 48 del anexo IV del decreto 1088/2003- por confrontar con el art. 18 de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 1°, ley 48).

7°) Que el decreto 1088/2003 que aprueba el Estatuto del Personal de la Secretaría de Inteligencia y del Personal Civil de Inteligencia de los Organismos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, aplicado en el caso al sumario instruido por la Policía de Seguridad Aeroportuaria (cfr. fs. 1 y 20 del trámite sumarial), contiene en su anexo IV el Reglamento de Investigaciones Administrativas que rige las sanciones disciplinarias de sus agentes. Concretamente, el artículo 48 -cuya constitucionalidad se cuestiona- en lo que aquí interesa, dispone que “[l]a designación de defensores, voluntarios o de oficio, sólo podrá recaer en abogados que presten servicios en el Organismo al que pertenece el inculcado, con exclusión de los profesionales integrantes de las áreas de Asuntos Jurídicos y Sumarios Administrativos”.

8°) Que la Constitución Nacional, en su art. 18, declara que es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y ciertamente, el derecho a elegir libremente un defensor ante una imputación penal resulta determinante para tornar eficaz ese principio. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8, inc. 2, ap. “d” declara que toda persona inculpada de delito tiene derecho a “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”. Y en el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14, inc. 3, ap. b establece que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

9º) Que esta Corte, aplicó esos preceptos al declarar la inconstitucionalidad del juzgamiento de militares en tiempo de paz por tribunales castrenses, y sostuvo en esa oportunidad -en el marco del derecho penal militar- que la imposibilidad de elegir un defensor de confianza deriva en el escándalo de que el militar argentino en tiempo de paz tiene menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra: el primero no goza del derecho a defensor letrado de confianza que tiene el prisionero enemigo. Se trata de una extrema violación del derecho de defensa en juicio, pues el propio defensor de limitada elección “*se halla sometido al derecho disciplinario, con lo cual tampoco es independiente y el ejercicio de su ministerio debe llevarlo a cabo con las limitaciones de quien se halla coaccionado por la amenaza de sanciones, tal como sucedía con el extremadamente restringido ejercicio de la defensa en los tribunales inquisitoriales*” (Fallos: 330:399, considerando 10).

10) Que esta Corte ha sostenido invariablemente que el carácter de infracción (en cualquiera de todas sus variantes) y no de delito no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas del derecho penal que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional a las sanciones aplicadas por diversas autoridades administrativas. Si bien el derecho administrativo sancionatorio -en el caso, más específicamente disciplinario- puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica, la graduación de sanciones y ciertas particularidades procedimentales, jamás puede apartarse de principios elementales básicos que rigen a los delitos (arg. doctrina de Fallos 341:1017, voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti, considerando 10 y sus citas).

Al referirse a estas garantías adjetivas, el Tribunal destacó que el art. 18 de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales de derechos humanos resguardan el derecho a la tutela *administrativa y judicial* efectiva (Fallos: 327:4185). Y es por ese amplio alcance que reiteró en diversas oportunidades que las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria (Fallos: 316:2043; 318:564; 319:1160; 324:3593). De esta manera, concluyó en que “*el carácter administrativo del procedimiento sumarial [no impide] la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no*

se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales” (Fallos: 335:1126).

11) Que en el mismo sentido se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al declarar que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos administrativos de carácter sancionatorio. Lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance (cfr. CIDH “Baena, Ricardo vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001; “López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia del 1 de septiembre de 2011; “López Lone y otros vs. Honduras”, sentencia del 5 de octubre de 2015; “Maldonado Ordoñez vs. Guatemala”, sentencia del 3 de mayo de 2016 -específicamente punto 75-; y concretamente, en lo que respecta al derecho militar disciplinario, “Flor Freire vs. Ecuador”, sentencia del 31 de agosto de 2016).

12) Que en orden a evaluar la aplicación de los principios de derecho penal al ámbito administrativo, resulta imprescindible ponderar tanto el contexto y ámbito de aplicación de la norma y la sanción, como el estatus del sancionado y su vínculo con la autoridad sancionatoria (arg. doct. Fallos: 341:1017, voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti, considerando 12).

En el caso, la Policía de Seguridad Aeroportuaria no ha justificado -si quiera mínimamente- la validez y aplicación de un régimen previsto para organismos de inteligencia que restringe notoriamente a sus agentes la libertad de elección de sus defensores de confianza ante imputaciones disciplinarias. La presencia de una relación de sujeción especial, el eventual sometimiento al estado policial previsto en el art. 42 de la ley 26.102, el principio de jerarquía, y el eficaz accionar de esa fuerza no son razones suficientes para impedir a sus integrantes civiles o policiales la designación de un defensor que pueda actuar sin condicionamientos ni se encuentre sometido al mismo orden disciplinario.

Lo dicho se agrava en el contexto fáctico del sumario instruido a los coactores, del cual se desprende que: i) se designó a dos agentes de la Fuerza como defensores sin previa intervención de los sumariados

(cfr. fs. 30 del trámite sumarial); ii) estos defensores, pese a que fueron notificados de diversas diligencias sumariales, no opusieron defensas, ni ofrecieron pruebas, ni alegaron en favor de sus defendidos (cfr. específicamente el accionar de la defensa en las declaraciones de los imputados, a fs. 165 y 167); iii) tal ausencia de contradicción se agrava en la prueba determinante del sumario, esto es, la prueba pericial caligráfica, la cual también recayó en un agente de la propia Policía de Seguridad Aeroportuaria (fs. 77/78 y 100); y iv) los primeros actos de defensa concretos y eficaces fueron los recursos contra las cesantías ya dispuestas y precisamente, se llevaron a cabo con el patrocinio de un letrado de la matrícula (fs. 3/16 del expediente S02:0005855/2009 y 7/21 del expediente S02:0005960/2009).

13) Que la tutela administrativa efectiva no debe ser vista como un obstáculo a la ejemplaridad de las conductas que se exige a los integrantes de una fuerza de seguridad, ni tampoco a la disciplina que informa y prima en su ordenamiento interno, sino, por el contrario, se trata de un principio que eleva el apego de la institución a la Constitución y, con ello, procura a una mejor y mayor protección de la seguridad interior de la Nación.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas en el orden causado en atención a las particularidades de la cuestión debatida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Dr. Daniel Alejandro Giuliano, Director de Asuntos Judiciales de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA), Ministerio de Seguridad, Presidencia de la Nación, en carácter de apoderado**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Gabriela Yanina Alarcón**.

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

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

AMX ARGENTINA S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE
GENERAL GÜEMES s/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA
DE INCONSTITUCIONALIDAD

TELEFONIA CELULAR

La reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquéllas les está vedado ejercer, ni siquiera so pretexto de una supuesta demora en el dictado de normas que pongan en ejercicio cláusulas programáticas de la Constitución, ya que la facultad transitoria de sancionar códigos no se extiende a otras materias de jurisdicción federal (art. 126) (Voto de la jueza Highton de Nolasco y el conjuer Moran).

-Del voto de la jueza Highton de Nolasco en el precedente “Telefónica Móviles Argentina S.A” (Fallos: 342:1061) al que el voto remite-

TELEFONIA CELULAR

Tal como está diseñado y estructurado el sistema de telecomunicaciones en nuestro país, una antena no puede ser trasladada sin la autorización de la autoridad nacional de aplicación; esta conclusión, además de desprenderse claramente del texto de la normativa que regula el servicio, se impone dadas las características físicas requeridas para el funcionamiento del sistema, pues la ubicación de las antenas resulta determinante a fin de constituir la red interjurisdiccional necesaria para la adecuada prestación del servicio de telefonía móvil (Voto de la jueza Highton de Nolasco y el conjuer Moran).

-Del voto de la jueza Highton de Nolasco en el precedente “Telefónica Móviles Argentina S.A” (Fallos: 342:1061) al que el voto remite-

TELEFONIA CELULAR

El carácter interjurisdiccional del servicio de telefonía justifica y determina la competencia regulatoria federal y, por tanto, la imposibilidad de los municipios de adoptar medidas que interfieran u obstaculicen dicha competencia; en tanto se trata de un sistema interconectado en el que cada antena ayuda a conformar una celda que determina un área de cobertura, de modo que el traslado de una antena podría obligar a la relocalización de otras a los efectos de no impactar en la estructura de

la red, no resultando difícil imaginar las consecuencias que se podrían generar para el funcionamiento del servicio si se permitiese a cada municipio del país tomar unilateralmente decisiones relacionadas con la reubicación de las antenas ya instaladas (Voto de la jueza Highton de Nolasco y el congreso Moran).

-Del voto de la jueza Highton de Nolasco en el precedente “Telefónica Móviles Argentina S.A” (Fallos: 342:1061) al que el voto remite-

TELEFONIA CELULAR

Sin perjuicio de que se reconozca la autonomía municipal y la consecuente facultad para ejercer el poder de policía ambiental, la cuestión del emplazamiento de antenas de celulares no puede quedar sujeta a una excesiva descentralización si ello constituye una interferencia incompatible con las facultades del Estado Nacional y no se ha acreditado la afectación en materia ambiental (Voto del juez Lorenzetti).

-Del voto del juez Lorenzetti en el precedente “Telefónica Móviles Argentina S.A” (Fallos: 342:1061) al que su voto remite-

TELEFONIA CELULAR

La regulación municipal que se cuestiona establece normas restrictivas en materia de instalación de antenas de celulares que conspiran contra el normal desarrollo de la telefonía móvil ya que impone condiciones que se apartan de las establecidas por la autoridad nacional sin que se hayan identificado siquiera mínimamente los riesgos que lo justificarían, impidiendo así la existencia de un régimen de uniformidad (Voto del juez Lorenzetti).

-Del voto del juez Lorenzetti en el precedente “Telefónica Móviles Argentina S.A” (Fallos: 342:1061) al que su voto remite-

TELEFONIA CELULAR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, toda vez que la accionante no

acreditó debidamente que la normativa municipal se aparte o contradiga la legislación nacional en cuestión (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

La ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la trasmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia - 299/10 del Municipio de General Güemes- no entra en conflicto con la regulación federal, en primer lugar, porque no tiene por objeto regular aspectos técnicos que se vinculen con el núcleo del servicio de telecomunicaciones y en segundo término, porque dicho precepto hace expreso mérito de la resolución federal 202/95; y por lo demás, sujeta la habilitación municipal de las antenas al cumplimiento de la normativa nacional y provincial (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la trasmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, toda vez que el recurrente no logra probar que la normativa local desvirtúe la ley 25.675 -u otras disposiciones federales-, o la norma provincial de protección ambiental (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la trasmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, pues la apelación federal de la actora no expone ninguna crítica concreta para objetar las atribuciones del Municipio y al respecto, corresponde tener en cuenta que el traslado de las antenas, principal aspecto cuestionado de la ordenanza, se adoptó res-

pondiendo a motivos arquitectónicos, paisajísticos, morfológicos y urbanísticos a fin de minimizar al máximo el impacto visual, y lograr una adecuada integración con el entorno, objetivo que no fue eficazmente objetado y se encuentra fuera de discusión la razonabilidad en su ejercicio (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

La sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia debe ser confirmada, pues no existen razones para contraponer la solución normativa dispuesta por la autoridad municipal con la normativa federal cuando cada una de ellas encuentra sustento en competencias propias o concurrentes que, lejos de excluirse, apuntan a resguardar principios, reglas y valores constitucionales que deben tener similar vigencia para concretar, en forma armónica, el orden social diseñado por los constituyentes (artículos 5°, 41, 75, incisos 13, 14, 18 y 30, 123 de la Constitución Nacional) (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, pues la parte actora no ha podido probar que la modificación de la ubicación de sus antenas vaya en desmedro de la prestación del servicio, limitándose solo a expresar que cuando una de las estaciones de transmisión es desactivada, se altera todo el sistema de interconexión que tiene la red, con lo cual queda evidenciado que sin un adecuado enlace entre las antenas, la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles deviene imposible (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

La sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la trasmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia debe ser confirmada, pues si bien la actora manifestó que ella provocaría la paralización del servicio de telecomunicaciones móviles en franca violación de los derechos de los usuarios, no produjo prueba concluyente de una afectación permanente o que perdure luego de reestructurada o rediseñada la arquitectura de la red, que es precisamente el punto dirimente para configurar una interferencia de carácter funcional (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la trasmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, pues los potenciales trastornos económicos y/u operativos que podría acarrear la reubicación de los soportes (no cuantificados por las prestadoras del servicio) resultan, por sí, insuficientes para tener por acreditada una interferencia funcional en el establecimiento de utilidad nacional, en tanto la cláusula del artículo 75, inciso 30, apunta a resguardar el adecuado funcionamiento del servicio de jurisdicción nacional, de un modo compatible con las atribuciones locales (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la trasmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, pues aun cuando resulte evidente que la reglamentación municipal genera la necesidad de realizar nuevos ajustes a la actividad de la empresas actora, las alegaciones genéricas respecto de que ella afectaría un servicio regulado por el Estado Na-

cional no bastan para neutralizar el ejercicio de atribuciones constitucionales reconocidas a las municipalidades (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción promovida por una empresa de telecomunicaciones contra un municipio a fin de que se declare inconstitucionalidad de la ordenanza que reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia, pues el recurrente no logra rebatir la incertidumbre científica que el a quo tuvo por probada respecto de la nocividad de las radiaciones no ionizantes como las emitidas por las antenas de telefonía móvil conforme a informes obrantes en la causa (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución Nacional utiliza para la asignación de competencias entre el Estado Nacional y los Estados locales el criterio de regla y excepción: la regla es la competencia provincial o local, la excepción es la competencia federal, de tal modo que todo aquello que no está expresamente cedido por las provincias al gobierno federal, queda retenido en aquellas (artículo 121 de la Constitución Nacional) (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL

La Norma Fundamental especifica las competencias exclusivas de la Nación (artículos 75, 99, 116, entre otros), las exclusivas de los Estados miembros (artículo 122, entre otros) y como consecuencia de lo anterior, las competencias prohibidas para ambos órdenes (artículos 126, 127 y concs. y 122 y concs., entre otros, respectivamente) y las concurrentes o convergentes, es decir aquellas en las que -de una u otra forma- pueden (o deben) intervenir tanto el Estado Nacional como los Estados miembros (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

AUTONOMIA MUNICIPAL

La reforma de 1994 introduce el concepto de autonomía municipal en el artículo 123; de este modo aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL

En materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional, las provincias y los municipios, las previsiones constitucionales -aun las más exactas- suelen verse desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto; en tales ocasiones, la confluencia de competencias debe ser asumida buscando la armonización, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

FEDERALISMO

La Constitución recepta el proyecto federal que reconoce que el Estado Nacional, las provincias y los municipios coordinan sus facultades para ayudarse y nunca para destruirse (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

FEDERALISMO

El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Para precisar las reglas de adecuación entre el orden nacional, provincial y el local, el poder de autodeterminación municipal se inscribe en el de las provincias, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación y a ellas sigue correspondiendo exclusivamente darse leyes de policía y en general todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Las provincias deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de lo institucional, político, administrativo, económico y financiero (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

Cabe destacar que en la instalación de estaciones radioeléctricas, antenas de telefonía y soportes de infraestructura de las redes de telecomunicaciones, inciden un conjunto de factores que necesariamente exceden el análisis jurídico; estas estructuras, según su porte y características, responden a necesidades técnicas vinculadas con la prestación de un servicio signado por el desarrollo tecnológico y, al mismo tiempo, inciden sobre la calidad de vida cotidiana de los vecinos (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

TELEFONIA CELULAR

El servicio de telecomunicaciones interprovincial se encuentra comprendido en el vocablo comercio utilizado por nuestra Constitución Nacional, pues el mismo abarca, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la transmisión por teléfono u otro medio, de ideas, órdenes, convenios, etcétera; por esa razón, se ha justificado la jurisdicción federal en el artículo 75, incisos 13, 14 y 18 de la Constitución Nacional (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

El art. 41 de la Constitución Nacional incorpora el concepto de desarrollo humano sostenible o sustentable, conforme el cual no solo las actividades productivas tienen el deber de preservar el ambiente, sino que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes sin descuidar a las futuras y en base al principio señalado, la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

En la regulación de la materia ambiental nuestro federalismo impone una sinergia entre la labor de la autoridad federal y la provincial (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

En materia ambiental corresponde al Estado Nacional la regulación del nivel básico, es decir, la reglamentación de los contenidos fundamentales en la materia, respecto de los cuales tiene una competencia insustituible y la regulación del nivel complementario se encuentra a cargo de las autoridades locales, a quienes corresponde reconocer la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido; este esquema incluye a los municipios, quienes -al interior de las provincias- ejercen primariamente la regulación y control de las cuestiones ambientales (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

El ejercicio de esa competencia municipal en materia ambiental -que surge de su reconocimiento como institución fundamental dentro del

concierto federal de la República- reconoce límites precisos, a saber: i) La vigencia directa de las leyes del Congreso Nacional que establezcan los presupuestos mínimos de protección; específicamente los previstos en la ley 25.675; ii) Lo dispuesto por la Constitución y las leyes provinciales en lo referente a cuestiones ambientales de escala supramunicipal o a aquellas que -aunque locales en el sentido de comprendidas en la jurisdicción municipal- se consideren estratégicas y los límites que surgen de la capacidad técnica y económica para asumir y resolver problemas ambientales complejos o de resolución sofisticada o costosa (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

El municipio es una escala constitucionalmente adecuada para regular y controlar los problemas ambientales locales, es decir, aquellos que puedan circunscribirse dentro del ámbito geográfico municipal y en similar sentido, los problemas ambientales interjurisdiccionales susceptibles de ser abordados eficazmente por medio de la colaboración intermunicipal (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

SALUD PUBLICA

En materia de tutela de la salud pública tanto la Nación como las provincias y aun los municipios están llamados a proteger la salud de forma concurrente (cf. artículos 75, incisos 18 y 19, 123 y 125 de la Constitución Nacional), y en tal escenario cada escala de decisión (Estado Nacional o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

El planeamiento constituye el proceso que permite reducir racionalmente el número de alternativas de acción a aquellas más congruentes con las necesidades a satisfacer y los medios disponibles; y al ser la instancia de decisión local la que mejor conoce las modalidades de la convivencia vecinal, como así también las fortalezas, carencias y potencialidades de su territorio, es lógico que tenga una competencia primaria para diseñar la política pública sobre la materia, debida-

mente coordinada con las autoridades provinciales (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

FEDERALISMO

Una percepción cooperativa del federalismo procura superar decisiones disyuntivas, maximizar las órbitas de competencias y resolver los conflictos por la vía del consenso, sin embargo, en última instancia, en cualquiera de los niveles de regulación señalados, el municipio conservará sus atribuciones primarias en la medida que no interfiera en los objetivos de la legislación nacional (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

Dado que el ejercicio de una atribución local en los enclaves de jurisdicción federal siempre incide en ellos, el criterio para dirimir la existencia de una interferencia en ámbitos sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional es la compatibilidad con lo inherente a esa utilidad nacional y no la mera incidencia; así la regulación local no se transforma en un obstáculo real y efectivo a la actividad de jurisdicción nacional en tanto sea periférica o extrínseca respecto a la utilidad pública del establecimiento nacional y no menoscabe o impida las operaciones de jurisdicción federal (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

MUNICIPALIDADES

No constituyen por sí mismos obstáculos reales y efectivos para el logro de los fines de utilidad nacional invalidantes de las normas locales: i) la mera incidencia económica, ponderada de forma aislada, que acarrearán las normas locales sobre los operadores nacionales; ii) las regulaciones que resulten periféricas y extrínsecas al núcleo o la sustancia de la regulación federal en cuestión; iii) las disposiciones que no impliquen una interrupción sine die o conlleven la degradación de la actividad de jurisdicción nacional, esto es -en lo que respecta al presente conflicto- la prestación del servicio de telecomunicaciones (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

FEDERALISMO

Es propio del federalismo que ciertas cuestiones estén reguladas al mismo tiempo por normas provenientes de diferentes niveles de autoridad, cada una con sus correspondientes preocupaciones, pero la yuxtaposición normativa no significa necesariamente una invasión de competencias (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

FEDERALISMO

Descartada la violación del derecho federal (artículo 31 de la Constitución Nacional) y la existencia de una interferencia (artículo 75, inciso 30), la única vía para evitar conflictos derivados del ejercicio del poder de policía local es que este se concrete de forma prudente, moderada y respetuosa de las garantías consagradas en la Constitución (Disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que la sentencia del superior tribunal de la causa se ha pronunciado por la validez de una ordenanza municipal que se reputa contraria, en forma directa, con preceptos de la Constitución Nacional (artículo 75, incisos 12, 14 y 18) y las leyes federales 19.798 y 27.078 (artículo 14, inciso 2°, de la ley 48)

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Salta decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la resolución del juez de grado en cuanto había desestimado la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida en contra de la ordenanza 299/2010 de la municipalidad de General Güemes, cuyo artículo 6 dispone la relocalización, en el término de sesenta (60) días, de las

estructuras y antenas radioeléctricas cuyo emplazamiento incumplan la distancia mínima requerida respecto de la zona urbana de quinientos (500) metros. Asimismo, encomendó a las partes a que coordinen acciones a fin de que el reemplazo de las antenas que no respeten la distancia mínima estipulada se efectúe en un predio apto para la prestación eficiente del servicio (fs. 256/260, del expediente principal al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

El tribunal se remitió a los argumentos brindados en la sentencia emitida en los autos FSA 11000499/2010/CA1, “Telecom Argentina SA. - Telecom Personal SA c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de derecho”, del 31 de marzo de 2015. En lo sustancial, en aquel precedente, el tribunal había señalado que, si bien la Comisión Nacional de Comunicaciones tiene a su cargo la regulación del servicio de telefonía móvil (arts. 6 y 39, Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798), la municipalidad de Güemes se halla constitucionalmente investida de potestades para ejercer el poder de policía en materia de urbanismo, higiene, salubridad y moralidad, así como también para proteger el medio ambiente, el paisaje, el equilibrio ecológico y prevenir la polución ambiental, con el objeto de lograr un desarrollo sostenible (art. 176, Constitución de la provincia de Salta).

A su vez, había recordado que de conformidad con el reparto de competencias que surge del artículo 41 de la Constitución Nacional, el gobierno federal tiene facultades para dictar leyes de presupuestos mínimos en materia de protección ambiental, mientras que las provincias pueden complementarlas y reglamentarlas sin alterar el piso fijado en la ley nacional. Había aclarado que las autoridades locales pueden establecer criterios más estrictos.

Además, había explicado que el principio precautorio, consagrado en la Ley General del Ambiente 25.675 y la ley provincial 7070, constituye una estrategia de enfoque preventivo que se aplica a la gestión del riesgo en aquellas situaciones donde hay incertidumbre científica sobre los efectos que una actividad determinada puede producir sobre la salud o el medio ambiente. En función de ese principio, había advertido que no hay certeza sobre los efectos que causan las radiaciones que emite la telefonía móvil en la salud de la población que habita en las inmediaciones de los predios en donde se encuentran instaladas las antenas. Allí, había enfatizado que la resolución 3690/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones exige demostrar a los operadores de estaciones radioeléctricas que las radiaciones generadas por las antenas no afectan a la población en el espacio circundante.

Asimismo, en aquél caso el tribunal había ponderado que el traslado de las antenas de telefonía móvil fuera del ejido urbano no conlleva el quebranto de las empresas del rubro ni la pérdida de puestos de trabajo, como tampoco tiene un costo social negativo, pues es una medida eficaz para impedir la degradación del medio ambiente.

Luego de la aludida remisión, la cámara agregó una consideración particular respecto de un informe emitido por el Hospital de San Rafael, sito en El Carril. Al respecto, precisó que esa prueba no modifica la postura adoptada en el precedente citado, pues ese informe evidencia un estado de falta de certeza, lo que convalida la aplicación del principio precautorio ante la posibilidad de que se irrogue un daño grave e irreversible a la población de General Güemes, permanentemente expuesta a las radiaciones no ionizantes de las antenas instaladas en el ejido urbano.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario (fs. 263/282), que contestado (fs. 284/288), fue rechazado por el *a quo* (fs. 290/291), lo que motivó la queja en examen (fs. 53/58 del cuaderno respectivo).

Sostiene que la ordenanza local es contraria a la ley federal 19.798 ya la Constitución Nacional.

Afirma que el tribunal omitió aplicar el principio de supremacía constitucional (art. 31, Constitución Nacional) y la preeminencia, del derecho federal ante la superposición y contradicción normativa suscitada en la especie, pues la ordenanza cuestionada en autos interfirió en las facultades del Estado Nacional en materia de telecomunicaciones, alterando el sistema de interconexión que tiene la red local.

Aduce que la cámara efectuó una errónea y excesiva aplicación del principio precautorio previsto en el artículo 4 de la ley 25.675, puesto que de las constancias de la causa no surgía acreditado que hubiese un riesgo grave de daño, ni incertidumbre científica acerca de los efectos de las emisiones de las antenas.

Alega que la sentencia convalida una grave lesión a los derechos de comerciar, ejercer la industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) y de propiedad (art. 17, Constitución Nacional.), pues la aplicación de la ordenanza implica la remoción de las antenas, lo que obstruye su capacidad para prestar un servicio adecuado y para cumplir con las obligaciones contraídas con el Estado Nacional y con los usuarios del servicio.

Tacha a la sentencia de contradictoria, pues, por un lado, convalida la constitucionalidad de la ordenanza y le exige la reubicación de las antenas a una distancia no inferior a quinientos (500) metros del ejido urbano o de centros donde se practiquen actividades educativas, deportivas o sociales y, por otro, le encomienda que la calidad del servicio de telecomunicaciones no se vea afectada. Asevera que ello es técnicamente imposible.

I Finalmente, reprocha que la sentencia desconoce el grave impacto social y económico que trae aparejada la aplicación de la ordenanza impugnada, pues no tiene en cuenta el efecto que producirá en la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles y la repercusión en los usuarios de la localidad de General Güemes, del país y del mundo.

-III-

A mi modo de ver la queja debe prosperar en lo referido a la cuestión federal invocada, toda vez que se ha controvertido la validez de una ordenanza municipal por ser contraria al régimen federal en materia de telecomunicaciones y por vulnerar principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, y la decisión de la Cámara ha sido a favor de la validez de la normas local (art. 14, inc. 2, ley 48; dictamen de la Procuración General de la Nación, causa S.C. T. 79, L. XLIV, “Telefónica Comunicaciones Personales SA c/ Municipalidad de Rosario”, del 13 de marzo de 2009). El análisis de la cuestión federal implica el de ciertos aspectos fácticos que están vinculados de manera inescindible (dictámenes de la Procuración General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió la Corte Suprema, en Fallos: 330:2180, “Olavarría”; 2206, “Stutz” y 3471, “IBM”).

-IV-

En el caso corresponde determinar si la ordenanza municipal 299/10 de la municipalidad de General Güemes invadió competencias expresamente delegada por la Constitución Nacional al gobierno federal o afectó la prestación del servicio interjurisdiccional de telefonía móvil. En primer lugar, creo pertinente mencionar que dicha norma local estableció, en cuanto aquí interesa, que las antenas no pueden ser instaladas en una distancia inferior a 500 metros de la zona urbana definida por la respectiva ordenanza o en las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad. De exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas. Además, dispuso que las

alturas entre el nivel del suelo y el extremo de soporte de antenas no pueden superar los 50 metros, y que en los casos de localización sobre edificaciones, las alturas de los soportes de antenas no superarán el treinta por ciento (30%) de la altura de la masa edificada (arts. 6, incisos *a*, *b* y *c*, ordenanza 299/10). Con relación a las antenas ya instaladas en las zonas restringidas, prevé que deben ser erradicadas por sus titulares en el plazo de sesenta (60) días a partir de su promulgación (art. 17, ordenanza cit.).

Ello sentado, cabe recordar que la Procuración General de la Nación, al dictaminar en una cuestión similar a la aquí planteada, recordó que “en la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional. Los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75). Dentro de ese contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (arts. 5° y 123)” (dictamen emitido en la causa S.C. T. 79, L. XLN, “Telefónica Comunicaciones Personales SA c/ Municipalidad de Rosario”, cit.).

En aquella oportunidad, la Procuración General señaló ,que ,los actos dictados por las autoridades locales no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución Nacional concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas (Fallos: 3:131 “Mendoza”; 302:1181 “Expreso Caraza SA”; además ver Fallos: 331:1412, “Entre Ríos”).

En lo sustancial, allí la Procuración General puntualizó que, de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, las comunicaciones interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforman un esencial “instrumento de progreso y de vida para toda la Nación” (Fallos 320:619, “Telefónica de Argentina” y sus citas). Sin embargo, precisó que la jurisdicción federal sobre dicho servicio es compatible con el ejercicio del poder de policía de las municipalidades, en la medida en que uno y otro ejercicio no condicionen la prestación del servicio de modo tal que pueda obstruirlo o perturbarlo directa o indirectamente (Fallos: 213:467, “Provincia de Buenos Aires” y sus citas).

En particular, distinguió entre las atribuciones atinentes a la regulación administrativa y técnica, el control, la fiscalización y verifi-

cación en materia de comunicaciones, que es competencia propia de los órganos nacionales, y la regulación de los espacios físicos para el emplazamiento de las instalaciones, materia que le compete a las autoridades locales.

Por último, en aquella ocasión se aclaró que, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 39 de la ley 19.798, las potestades municipales para regular la instalación de las estructuras de soporte, reconocidas por las autoridades federales, no deben condicionar, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional, de modo tal que obstruyan o perturben directa o indirectamente dichos servicios.

En este escenario, entiendo que la ordenanza de la municipalidad de Güemes, aquí impugnada, al regular aspectos de índole típicamente municipal -referidas, en lo relevante, a la localización y emplazamiento de antenas con el objeto de preservar la salud de sus habitantes y el desarrollo urbano (ver considerandos de la ordenanza 299/10)- no se encuentra en sí en pugna con las normas federales que reglan los aspectos técnicos de los servicios de telecomunicaciones, sino que, en todo caso, supone el ejercicio de una competencia que le es propia.

En este contexto, observo que la actora no ha demostrado que la disposición cuestionada implique una interferencia de tal grado que comprometa la prestación del servicio, según los términos del artículo 6 de la ley 19.798. Al respecto, cabe destacar que la accionante alegó de manera genérica que la normativa impugnada entorpece la comunicación entre los usuarios, sin acreditar de qué manera impide u obstaculiza en forma concreta y efectiva la prestación del servicio de telecomunicaciones. Ello no basta para invalidar la ordenanza en estudio, máxime cuando es función de la Corte Suprema interpretar la Constitución Nacional de modo tal que en el ejercicio de las autoridades locales y federales se eviten interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades locales o viceversa, por lo que debe ejercerse con suma prudencia la atribución de declarar inaplicables leyes o actos emanados de otros poderes del Estado Nacional, provincial, o municipal, a título de contrarios a la Constitución Nacional o a las leyes nacionales (doctr. Fallos: 312:1437, “Disco” y 335:1739, “Antonio Barillari SA”).

Asimismo, considero que el *a quo*, al desestimar el planteo de inconstitucionalidad de una norma que prevé, entre otras medidas, la prohibición de instalar antenas a una distancia inferior a 500 metros de la zona urbana definida por la respectiva ordenanza o en las proxi-

midades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales, se ajustó a los principios de prevención del daño ambiental y de precaución prescriptos en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente 25.675.

Tales principios deben imperar ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y, por lo tanto, imprevisibles (Fallos: 339:142, “Cruz”, considerando 3º). Tal como señalé al emitir dictamen en la causa CSJ 318/2014 (50-M)/CS1, “Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram SA s/ recurso”, el principio precautorio dispone que en caso de que exista peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente (dictamen del 4 de noviembre de 2016 y sus citas).

En el presente caso, la actora no logró acreditar adecuadamente que la emisión de radiaciones electromagnéticas no ionizantes no genere efectos nocivos sobre la salud o el medio ambiente, tanto en el presente como a largo plazo. Cabe destacar que del propio informe presentado por la actora, emitido por el Hospital San Rafael, surge que queda pendiente un seguimiento epidemiológico intensificado en el área de influencia de la antena que motivó la confección de esa documental, lo que evidencia la falta de certeza sobre los efectos acumulativos en el organismo de las radiaciones emitidas por este tipo de dispositivos (fs. 225/226).

Las consideraciones hasta aquí vertidas deben conjugarse con el principio según el cual la decisión de invalidar una norma comporta la ultima ratio del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (dictamen de la Procuración General de la Nación, causa. P. 536. XLIX. RHE, “Puente Olivera, Mariano c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/despido”, y sus citas, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió la Corte Suprema en su sentencia del 8 de noviembre de 2016). Esa situación excepcional no se configura en autos, en especial, si se tiene en cuenta que la finalidad de la norma es resguardar derechos que cuentan con especial tutela constitucional, como el derecho a la salud y al medio ambiente sano y equilibrado (art. 41, Constitución Nacional), y la actora, más allá de efectuar afirmaciones genéricas, no demostró de manera suficiente los perjuicios invocados.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 11 de abril de 2017. *Víctor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa AMX Argentina SA c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones debatidas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en el expediente “Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A.” (Fallos: 342:1061), voto de la jueza Highton de Nolasco, a cuyas consideraciones se remite por razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada, con el alcance que surge del mencionado precedente. Con costas (artículo 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 pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Reintégrese el depósito de fs. 61. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que las cuestiones debatidas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en el expediente “Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A.” (Fallos: 342:1061), voto del juez Lorenzetti, a cuyas consideraciones se remite por razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance que surge del mencionado precedente. Con costas (artículo 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 pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Reintégrese el depósito de fs. 61. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que el Concejo Deliberante del Municipio de General Güemes, Provincia de Salta, respondiendo a necesidades de protección ambiental, tutela de la salud pública y planeamiento territorial, sancionó en el año 2010 la ordenanza 299, por medio de la cual se reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia (artículo 1°).

En síntesis, la regulación local fija las siguientes reglas:

i) Se instrumenta un Registro Municipal de Antenas de Telefonía en el cual se deben inscribir los titulares de las instalaciones, estable-

ciendo un plazo para que las estructuras preexistentes se ajusten a las nuevas condiciones (artículos 4°, 5° y 17). A fin de obtener la habilitación correspondiente, la ordenanza requiere el cumplimiento de la normativa nacional y provincial, como así también la previa realización de un Estudio de Impacto Ambiental (artículos 7°, 8°, y Anexos II y IV); y en línea con los aspectos ambientales y de planeamiento territorial, se privilegian las estructuras de menor tamaño y complejidad, que minimicen los efectos medioambientales, reduzcan el impacto visual, y disminuyan la densidad de potencia de las antenas (artículo 10).

ii) Por motivos “arquitectónicos, infraestructurales, tecnológicos, paisajísticos, patrimoniales, morfológicos, urbanísticos, y ambientales, a fin de minimizar [...] al máximo el impacto visual, y lograr una adecuada integración con el entorno” se establece que: a) las antenas deben instalarse a una distancia superior a 500 metros de la zona urbana y fuera de las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas; b) en todos los casos las alturas entre el nivel del suelo y el extremo de soporte de antenas no debe superar los 50 metros; c) si la localización de la antena es sobre edificaciones, la altura de los soportes no pueden superar el 30% de la altura de la masa edificada (artículo 6°).

iii) El municipio se reserva la competencia para solicitar a las empresas las mediciones de campo que hubiesen presentado ante la Comisión Nacional de Comunicaciones, y a requerir nuevos controles y estudios técnicos sobre las radiaciones no ionizantes (artículo 14).

2°) Que AMX Argentina SA promovió acción declarativa contra la Municipalidad de General Güemes en la que plantea la inconstitucionalidad de la ordenanza reseñada (fs. 2/25 de las actuaciones principales a las que se hace referencia en lo sucesivo).

Para fundar el vicio de constitucionalidad esgrimido, la actora alegó que la normativa impugnada viola los principios constitucionales de legalidad y razonabilidad. En cuanto a la legalidad, sostuvo que la municipalidad interfirió en el servicio de telecomunicaciones cuya regulación corresponde a la órbita de competencia exclusiva del Estado federal, de acuerdo con el artículo 75, incisos 13, 14, 18 y 19 de la Constitución Nacional y la ley 19.798 (cf. fs. 6/6 vta.). Explicó que, a su crite-

rio, la interferencia se configura toda vez que la ordenanza municipal exige una lejanía tal entre antenas y centros urbanos que conllevaría la imposibilidad de prestar el servicio de telefonía móvil en la localidad de Güemes. En cuanto a la razonabilidad, afirmó que la norma impugnada carece de fundamentación ya que no existe evidencia científica respecto de los efectos adversos que pueda generar la emisión de radiofrecuencia de las antenas (fs. 7).

Por su parte, la demandada sostuvo que el municipio tiene a su cargo la responsabilidad y competencia para normar, desde el punto de vista ambiental, la planificación urbana y, más precisamente, la instalación de estructuras que sostienen el servicio de comunicación que se despliegue dentro del ejido municipal. A su vez, agregó que se tuviera en cuenta el contexto democrático en el que se dictó la ordenanza en estudio, que responde a solicitudes de los habitantes que, desde el año 2007 expresaron su preocupación, recolectaron firmas, y se manifestaron en la vía pública, al relacionar diversas enfermedades con la presencia de antenas.

3°) Que el juzgado federal de primera instancia rechazó la acción promovida; esta decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Salta, quien además encomendó a las partes que coordinen acciones *“...a fin de que el reemplazamiento de las antenas que no respeten la distancia mínima estipulada se efectúe en un predio apto para la prestación eficiente del servicio”* (fs. 168/179 vta. y 256/260 vta.).

Para así decidir, la cámara federal consideró que el Municipio de General Güemes cuenta con competencia para regular la materia urbanística y ambiental. Agregó que el principio precautorio ambiental no exige acreditar riesgo cierto sino que basta con que sea potencial. Entendió además que no se acreditó una afectación concreta al servicio que invalide la norma local.

4°) Que la actora dedujo recurso extraordinario federal cuya denegación motivó la articulación del recurso de queja en consideración (fs. 265/282).

Postula la inconstitucionalidad de la ordenanza de marras, por considerar que interfirió en las facultades del Estado Nacional en materia de telecomunicaciones, afectando el sistema de interconexión que tiene la red local.

Sostiene que el pronunciamiento recurrido convalida una grave lesión a los derechos de comerciar, ejercer la industria lícita (artículo 14, Constitución Nacional) y propiedad (artículo 17, Constitución Nacional) por entender que la aplicación de la ordenanza en crisis obstaculiza la adecuada prestación del servicio de telecomunicaciones móviles y le impide a la actora cumplir con las obligaciones contraídas con el Estado Nacional en el marco de la licencia otorgada.

Califica el fallo como arbitrario e invoca que el juez de primera instancia no se hizo cargo de desvirtuar las afirmaciones contenidas en la Acción Declarativa relativas a que el alejamiento de las antenas afectara la red de interconexión indispensable para el adecuado funcionamiento del servicio de telefonía móvil.

Afirma que es errónea y excesiva la aplicación del principio precautorio formulada por la cámara, por entender que de las constancias de autos, en particular la investigación realizada por el Hospital San Rafael de El Carril, no surgen elementos que permitan tener por acreditado que hubiese un riesgo de grave daño ni incertidumbre científica acerca de los efectos de las emisiones de las antenas.

Invoca el carácter contradictorio del pronunciamiento por entender que afirma por un lado que no se encuentran acreditados los perjuicios económicos, y sociales de la aplicación de la ordenanza, pero por el otro, insta a las partes a coordinar acciones para que la nueva ubicación de las antenas resulte verdaderamente apta para la prestación del servicio en condiciones de calidad equiparables a las que existen hoy en día.

Por último invoca que la decisión en crisis importa una situación de gravedad institucional, en tanto que no solo constituye la afectación de los derechos de la actora, sino que lesiona el derecho de todos los usuarios de telefonía móvil a comunicarse desde o hacia la localidad de General Güemes o zonas aledañas.

5°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que la sentencia del superior tribunal de la causa se ha pronunciado por la validez de una ordenanza municipal que se reputa contraria, en forma directa, con preceptos de la Constitución Nacional (artículo 75, incisos 12, 14 y 18) y las leyes federales 19.798 y 27.078 (artículo 14, inciso 2°, de la ley 48). En cuanto a los agravios relativos

a la arbitrariedad de la sentencia apelada, deben ser tratados conjuntamente, por estar indisolublemente ligados a los puntos de derecho federal controvertidos en el recurso extraordinario (arg. doctrina de Fallos: 324:4307).

Asimismo, cabe recordar que cuando se encuentra en discusión la inteligencia que cabe asignar a normas de naturaleza federal, la Corte no se halla limitada por los fundamentos de los tribunales ni las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (arg. doctrina de Fallos: 329:4628; 330:2416; 331:1369, entre otros).

6°) Que, en concreto, la cuestión que se trae a conocimiento consiste en determinar si el Municipio de General Güemes cuenta con atribuciones para regular el emplazamiento de antenas de telecomunicaciones por razones ambientales, de salud pública y planeamiento territorial. A lo largo del proceso, las actoras objetaron la ordenanza municipal al entender que importa una indebida interferencia en un servicio que se encuentra sujeto a regulación exclusiva de las autoridades federales (artículo 75, incisos 13, 14 y concs. de la Constitución Nacional y el artículo 6° de la ley 19.798). El municipio, por su parte, argumentó que se limitó a reglamentar aspectos propios de su poder de policía (artículos 5°, 75, inciso 30, y 123 de la Constitución Nacional).

Tales extremos han sido recientemente considerados por este Tribunal en su sentencia dictada en fecha 2 de julio de 2019, en la causa “Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A.” (Fallos: 342:1061, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti), cuyos fundamentos son seguidos en la presente decisión.

7°) Que la Constitución Nacional utiliza para la asignación de competencias entre el Estado Nacional y los Estados locales el criterio de regla y excepción: la “regla” es la competencia provincial o local, la “excepción” es la competencia federal, de tal modo que todo aquello que no está expresamente cedido por las provincias al gobierno federal, queda retenido en aquellas (artículo 121 de la Constitución Nacional).

Sin perjuicio de lo anterior, y con mayor nivel de detalle, la Norma Fundamental especifica las competencias *exclusivas* de la Nación (vgr. artículos 75, 99, 116, entre otros), las *exclusivas* de los Estados

miembros (vgr. artículo 122, entre otros), como consecuencia de lo anterior, las competencias *prohibidas* para ambos órdenes (vgr. artículos 126, 127 y concs. y 122 y concs., entre otros, respectivamente) y las *concurrentes o convergentes*, es decir aquellas en las que –de una u otra forma– pueden (o deben) intervenir tanto el Estado Nacional como los Estados miembros.

Estos últimos casos de convergencia remiten a diferentes hipótesis que responden a los siguientes criterios:

Una primera modalidad de convergencia de competencias es la que se verifica cuando cada escala de decisión (Estado Nacional o Estados miembros), cuenta con atribuciones para regular y controlar el tema o actividad concernido en *paridad* jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el propio de las históricamente llamadas *facultades concurrentes* (artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional, rotuladas como cláusulas del progreso y del desarrollo) y también de aquellas que requieren la participación obligatoria de todos los estamentos (artículo 75, inciso 2, sobre coparticipación federal de impuestos).

Una segunda variante es la que se asienta sobre la diferenciación entre normas de fondo y normas procesales. Procura la coordinación en base al procedimiento delimitado por el constituyente en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, conforme el Estado Nacional dicta la legislación de fondo y las provincias la regulación procesal.

Por último, una tercera alternativa se manifiesta cuando cada nivel de decisión tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad en cuestión. Tal es la instrumentada en materia ambiental por el artículo 41 de la Constitución Nacional, en virtud del cual el Estado Nacional regula los “niveles mínimos de protección” y los Estados miembros los “niveles complementarios”.

8°) Que la reforma de 1994 introduce el concepto de autonomía municipal en el artículo 123; de este modo aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía.

Para fundar la pertinencia de la incorporación de los municipios como actores necesarios del federalismo, se señaló en la Convención constituyente reformadora que por su intermedio se intentaría fortalecer el federalismo, acentuar la expresión democrática de la ciudadanía, reconocer la tradición histórica de las instituciones más próximas a los vecinos y potenciar la aptitud de los municipios para lograr -en razón de esa cercanía- una mayor eficiencia en el ejercicio de la administración pública.

Se dijo entonces que para evitar que “*la interpretación futura pueda burlar el espíritu*” de la autonomía resultaba necesario afirmar su alcance y contenido. De ahí derivaron los constituyentes la referencia al orden institucional, político, administrativo, económico y financiero como elementos distintivos que darían cuerpo a la autonomía municipal en el artículo 123 de la Constitución Nacional (confr. 24^a Reunión, 3^a Sesión Ordinaria del 4 de agosto de 1994, páginas 3190 y 3207, y 26^a Reunión, 3^a Sesión Ordinaria del 8 de agosto de 1994, página 3435).

9º) Que en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional, las provincias y los municipios, las previsiones constitucionales -aun las más exactas- suelen verse desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto. En tales ocasiones, la confluencia de competencias debe ser asumida buscando la armonización, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa. En efecto, la Constitución recepta el proyecto federal que reconoce que el Estado Nacional, las provincias y los municipios coordinan sus facultades “*para ayudarse y nunca para destruirse*” (Fallos: 342:509 “Bazán”, entre muchos otros).

El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de “lealtad federal” o “buena fe federal”, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados “abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes” (Fallos: 340:1695 “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de”).

10) Que este Tribunal ha tenido ocasión de hacer mérito de las nuevas disposiciones que incorporan el municipio autónomo al or-

den federal argentino como sujeto político de existencia “necesaria” (Fallos: 342:509 cit.).

Para precisar las reglas de adecuación entre el orden nacional, provincial y el local ha dicho que el poder de autodeterminación municipal se inscribe en el de las provincias, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación. A ellas sigue correspondiendo exclusivamente darse leyes de policía y en general todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional.

Agregó que las provincias deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice “el mayor grado posible de atribuciones municipales” en los ámbitos de lo institucional, político, administrativo, económico y financiero (Fallos: 327:4103 “Cadequa S.A.”).

También sostuvo que el aspecto institucional de la autonomía municipal se ve seriamente afectado cuando una provincia asume atribuciones que fueron asignadas exclusivamente a las municipalidades, como es, por ejemplo, la de convocar a la renovación de sus autoridades (Fallos: 328:175 “Ponce”). Respecto del aspecto financiero, señaló que el principio de autonomía queda condicionado a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla. Por ello, las provincias están obligadas a cumplir con las normas de coparticipación municipal que ellas mismas dictan (Fallos: 337:1263 “Intendente Municipal Capital”, criterio ratificado en Fallos: 341:939 “Municipalidad de la Ciudad de La Banda”).

11) Que la jurisprudencia reseñada debe inscribirse en la comprensión de las reglas más amplias que definen al federalismo a partir de la reforma de 1994.

En ese sentido esta Corte Suprema ya ha advertido sobre la importancia de hacer cumplir los “*mandatos de hacer*” establecidos en normas constitucionales estructurantes del federalismo, referidas no solo a las que gobiernan la autonomía municipal, sino también a aquellas que hacen a la necesidad de avanzar en un nuevo sistema de coparticipación federal de impuestos a las provincias (Fallos: 338:1356 “Santa Fe” y pronunciamientos de la misma fecha, 24 de noviembre de 2015 en las causas CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/

Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”; CSJ 1039/2008 (44-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional y otra s/ cobro de pesos” y CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”) y al cumplimiento de la norma que establece la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (Fallos: 342:509 cit. y 342:533 “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de”).

12) Que en el conjunto de casos citados -si bien desde distintas perspectivas- se manifiesta la decisión de la jurisdicción constitucional de dar sentido al contenido de los acuerdos políticos constitucionales que emergen de la reforma de 1994. Se trata en suma de asegurar que esas reglas sean desarrolladas para fortalecer la vida federal de la Argentina. Aunque resulte evidente que estos procesos deben perfeccionarse, lo cierto es que todos ellos han sido debatidos en la arena política, e interpretados siempre partiendo de la premisa constitucional de su validez ante los jueces.

13) Que precisados los principios que rigen el reparto de competencias constitucionales, corresponde delimitar los ámbitos de regulación concretos a los que refiere esta causa, a fin de determinar si la norma municipal impugnada constituye un legítimo ejercicio de potestades constitucionales, o si -por el contrario- contradice el criterio de reparto interpretado en base al principio de buena fe federal.

Con esa finalidad, cabe destacar que en la instalación de estaciones radioeléctricas, antenas de telefonía y soportes de infraestructura de las redes de telecomunicaciones, inciden un conjunto de factores que necesariamente exceden el análisis jurídico. Estas estructuras, según su porte y características, responden a necesidades técnicas vinculadas con la prestación de un servicio signado por el desarrollo tecnológico y, al mismo tiempo, inciden sobre la calidad de vida cotidiana de los vecinos.

Por esa razón, el régimen jurídico de las antenas y la ordenanza que dio origen a este caso, conjuga por lo menos tres ámbitos de regulación diferentes: *i*) lo relativo a una adecuada y eficiente prestación del servicio, de competencia federal; *ii*) lo atinente al medio ambiente y la salud pública, atribución de carácter concurrente entre la federación, las provincias y los municipios; y *iii*) lo referido al planeamiento territorial, de incumbencia principalmente local.

14) Que el servicio de telecomunicaciones interprovincial se encuentra comprendido en el vocablo “comercio” utilizado por nuestra Constitución Nacional, pues el mismo abarca, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la transmisión por teléfono u otro medio, de ideas, órdenes, convenios, etcétera. Por esa razón, esta Corte ha justificado la jurisdicción federal en el artículo 75, incisos 13, 14 y 18 de la Constitución Nacional (arg. doctrina de Fallos: 257:159; 320:162; 333:296).

15) Que la regulación federal, en lo que al caso interesa, contempla las condiciones y calidad del servicio de telecomunicaciones y tecnologías de la información (decretos 764/00, 681/13 y resolución del Ministerio de Modernización 580/18, entre otros) y los estándares de seguridad ambiental y de salud pública vinculados con las radiaciones electromagnéticas (resoluciones 202/95 y 1994/15 del Ministerio de Salud, 530/00 de la Secretaría de Comunicaciones y 3690/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones, que se examinarán más adelante).

Específicamente, para integrar el ordenamiento federal con las competencias locales, se establece que “[l]as provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional” (artículo 6° de la ley 19.798 invocado por la recurrente, según artículo 89 de la ley 27.078). Esta norma se complementa con el actual artículo 17 de la citada ley 27.078, en cuanto ordena que “[l]as autoridades nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, coordinarán las acciones necesarias para lograr el despliegue de las redes de telecomunicaciones utilizadas en los Servicios de TIC. La Autoridad de Aplicación invitará a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios a suscribir los respectivos convenios de cooperación” (subrayado agregado).

Definida la competencia federal en las telecomunicaciones, corresponde verificar las atribuciones municipales en materia ambiental, de salud pública y planeamiento territorial.

16) Que la Constitución Nacional consagra en su artículo 41 el derecho a gozar de “*un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan*

las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, imponiendo asimismo “el deber de preservarlo”.

La citada cláusula incorpora el concepto de “desarrollo humano sostenible o sustentable”, conforme el cual no solo las actividades productivas tienen el deber de preservar el ambiente, sino que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes sin descuidar a las futuras. En base al principio señalado, la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (arg. doctrina de Fallos: 332:663).

A partir de esta concepción, la Constitución ordena a las autoridades proveer “...a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

17) Que en la regulación de la materia ambiental nuestro federalismo impone una sinergia entre la labor de la autoridad federal y la provincial.

En cuanto a la distribución de competencias en esta materia, la Constitución Nacional asigna a la Nación la de “... dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” (artículo 41, tercer párrafo).

Esta norma diseña un tipo de complementación que -conforme a la tipología descrita en el considerando 7º- en función de la cual corresponde al Estado Nacional la regulación del “nivel básico”, es decir, la reglamentación de los contenidos fundamentales en la materia, respecto de los cuales tiene una competencia insustituible. Por su lado, la regulación del nivel complementario se encuentra a cargo de las autoridades locales, a quienes corresponde reconocer la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como

asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido (Fallos: 318:992; 329:2212 y 330:549).

18) Que este esquema incluye a los municipios, quienes -al interior de las provincias- ejercen primariamente la regulación y control de las cuestiones ambientales (artículos 5°, 41 y 123, Constitución Nacional, arg. doctrina de Fallos: 318:992).

Ahora bien, el ejercicio de esa competencia municipal -que surge de su reconocimiento como institución fundamental dentro del concierto federal de la República- reconoce límites precisos, a saber:

i) La vigencia “directa” de las leyes del Congreso Nacional que establezcan los presupuestos mínimos de protección; específicamente los previstos en la ley 25.675;

ii) Lo dispuesto por la Constitución y las leyes provinciales en lo referente a cuestiones ambientales de escala supramunicipal o a aquellas que -aunque “locales” en el sentido de comprendidas en la jurisdicción municipal- se consideren estratégicas;

iii) Los límites que surgen de la capacidad técnica y económica para asumir y resolver problemas ambientales complejos o de resolución sofisticada o costosa.

Con tal comprensión, el municipio es una escala constitucionalmente adecuada para regular y controlar los problemas ambientales locales, es decir, aquellos que puedan circunscribirse dentro del ámbito geográfico municipal. Y en similar sentido, los problemas ambientales inter-jurisdiccionales susceptibles de ser abordados eficazmente por medio de la colaboración intermunicipal.

19) Que corresponde también recordar sus atribuciones en lo atinente a la tutela de la salud pública dentro de las previsiones del régimen provincial respectivo.

Desde el precedente “*Saladeristas Podestá*”, este Tribunal reconoció que las jurisdicciones locales cuentan con competencia en esta materia. Efectivamente, en ese caso, en el que se cuestionaba la cons-

titudinalidad de una ley de la Provincia de Buenos Aires que reglamentaba la actividad de los saladeros por razones de salubridad, se consideró que no puede invocarse un permiso o autorización gubernamental para sostener -en cualquier circunstancia- derechos en el tiempo, por cuanto tales autorizaciones se conceden “...bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad [...] porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria” (Fallos: 31:273).

En las condiciones concretas de autos, tanto la Nación como las provincias y aun los municipios -de acuerdo, en este último caso, al régimen provincial respectivo- están llamados a proteger la salud de forma concurrente (cf. artículos 75, incisos 18 y 19, 123 y 125 de la Constitución Nacional). Y en tal escenario, como se ha visto, cada escala de decisión (Estado Nacional o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar *el tema o actividad concernido en paridad jerárquica*, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Desde luego que ni las provincias ni los municipios pueden reglamentar la actividad sometida, en forma exclusiva, a regulación federal, pero ello no quita las competencias locales en el ejercicio de su poder de policía dentro de los límites trazados por la Constitución Nacional.

20) Que el planeamiento constituye el proceso que permite reducir racionalmente el número de alternativas de acción a aquellas más congruentes con las necesidades a satisfacer y los medios disponibles.

En su proyección espacial (planeamiento territorial) la planificación se expresa en actividades tales como la clasificación del territorio (urbano-suburbano-rural), su zonificación según usos, el régimen de edificación con la determinación del factor de ocupación, los planes de expansión, el régimen de loteos y urbanizaciones, la programación vial, etc.

En este ámbito de regulación se procura dar satisfacción, con el menor costo económico y social posible, a los requerimientos de la comunidad en materia de vivienda, industria, comercio, recreación, infraestructura, equipamiento y servicios especiales, teniendo en cuenta los medios de vida, el clima y los recursos técnicos apropiados a la

realidad local y regional incidida. También se comprende la preservación y mejoramiento del ambiente, la tutela de la estética urbana y del paisaje, entre otras variantes.

Al ser la instancia de decisión local la que mejor conoce las modalidades de la convivencia vecinal, como así también las fortalezas, carencias y potencialidades de su territorio, es lógico que tenga una competencia primaria para diseñar la política pública sobre la materia, debidamente coordinada con las autoridades provinciales. De igual modo, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido a lo largo de los años que, por regla, los gobiernos locales cuentan con atribuciones para dictar normas de policía que reglamenten de modo razonable el desarrollo urbano y planeamiento, de manera de satisfacer el interés general (arg. doctrina de Fallos: 277:313; 305:321; 308:2626; 320:222).

21) Que en ese sentido la Constitución de Salta, al reglamentar las competencias municipales, señala en su artículo 176 que “[c]ompete a los Municipios sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las Cartas Orgánicas y Leyes de Municipalidades: Darse su propia organización normativa, económica, administrativa y financiera [...] La preservación del patrimonio histórico y arquitectónico local. Lo relativo a urbanismo, higiene, salubridad y moralidad; como así también a la protección y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible...”. Y añade “[l]a cooperación con la Provincia o la Nación en asistencia social, salud pública, preservación del medio ambiente y recursos naturales” (el subrayado no es del original).

A su vez, el legislador provincial -a través de la ley 7070, de protección del medio ambiente- reconoce a los municipios atribuciones concretas en dicha materia, como así también la relevancia de la actuación coordinada con la provincia (artículos 6°, 18, 20, inciso f, 32, inciso 5, 39, 105 y 110).

En sintonía con ello, el artículo 7° de la Carta Orgánica municipal establece entre las atribuciones locales la de “[c]ooperar con la Provincia o la Nación en la asistencia social, la salud pública, la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales” (inciso c, y en el mismo sentido, los artículos 90 y 91 referidos al urbanismo, medio ambiente y recursos naturales).

22) Que de lo dicho se extrae que todos los niveles de jerarquía normativa aplicables al caso (Constitución Nacional, leyes federales, Constitución de Salta, leyes provinciales y Carta Orgánica municipal) reconocen a la Municipalidad de General Güemes competencia para regular sobre materias ambientales, de salud pública y de planeamiento territorial.

Frente a ellos, las empresas recurrentes no acreditaron debidamente que la normativa municipal se aparte o contradiga la legislación nacional en cuestión. Al respecto, corresponde tener en cuenta que:

i) En materia de salud pública la autoridad federal, recogiendo una preocupación global sobre *“los efectos biológicos de las radiaciones no ionizantes, radiofrecuencias y microondas con frecuencias entre los 100 KHz y los 300 GHz”*, dictó la resolución 202/1995 (Ministerio de Salud de la Nación), que aprueba el *“Estándar Nacional de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 GHz [...] de radiación electromagnética ambiental no ionizante”* (artículo 1°).

El estándar se impuso de forma obligatoria a todos los sistemas de telecomunicaciones que irradian en esas frecuencias en el territorio nacional por la resolución 530/00 de la Secretaría de Comunicaciones. Entre la motivación que se extrae de esta norma, se destacó que *“las autoridades de distintos municipios han hecho presentaciones ante la CNC solicitando conocer los antecedentes regulatorios sobre instalación de estaciones radioeléctricas con sus correspondientes antenas y valores máximos de irradiación permisibles a fin de no afectar la salud de la población”*. Y en ejercicio de esas competencias, en el año 2004 la Comisión Nacional de Comunicaciones, por resolución 3690/04, basándose en protocolos internacionales en la materia, ha dispuesto que *“[l]os titulares de autorizaciones de estaciones radioeléctricas de radiocomunicaciones y los licenciatarios de estaciones de radiodifusión, deberán demostrar que las radiaciones generadas por las antenas de sus estaciones no afectan la población en el espacio circundante a las mismas”* (artículo 1°).

Específicamente sobre este punto, la ordenanza 299/10 no entra en conflicto con la regulación federal: en primer lugar, porque no tiene por objeto regular aspectos técnicos que se vinculen con el núcleo del servicio de telecomunicaciones; en segundo término, porque dicho

precepto hace expreso mérito de la resolución federal 202/95; y por lo demás, sujeta la habilitación municipal de las antenas al cumplimiento de la normativa nacional y provincial (artículos 8°, 10 y 14).

En materia estrictamente ambiental, y de modo coincidente con el anterior, los recurrentes tampoco logran comprobar que la normativa local desvirtúe la ley 25.675 -u otras disposiciones federales-, o la norma provincial de protección ambiental.

ii) Finalmente, en lo atinente a los aspectos urbanísticos y de planificación territorial, la apelación federal de las actoras no expone ninguna crítica concreta para objetar las atribuciones del Municipio de General Güemes. Al respecto, corresponde tener en cuenta que el traslado de las antenas, principal aspecto cuestionado de la ordenanza, se adoptó respondiendo a motivos arquitectónicos, paisajísticos, morfológicos y urbanísticos “...a fin de minimizar al máximo el impacto visual, y lograr una adecuada integración con el entorno”. Este objetivo no fue eficazmente objetado y se encuentra fuera de discusión la razonabilidad en su ejercicio.

Más aún, en este aspecto, corresponde recordar que esta Corte, en el caso registrado en Fallos: 329:976 (“Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar”), reconoció la validez de la normativa municipal que reglamentaba el tendido de cables del sistema de prestación de ese servicio. Para ello clasificó la regulación según recayera sobre el servicio técnico en sí mismo o sobre otro punto de vista respecto de ese mismo objeto, como podría ser el aspecto ambiental o urbanístico. Sostuvo entonces que la regulación municipal sobre el tendido de cables de sistemas de comunicación, telefonía, televisión por cable, iluminación y energía eléctrica, entre otras, fundada en razones de seguridad pública y de paisaje y estética urbana correspondía a una materia propia del gobierno municipal y no resultaba lesiva de la competencia federal sobre las comunicaciones.

De este modo, no existen razones para contraponer la solución normativa dispuesta por la autoridad municipal con la normativa federal cuando cada una de ellas -en función de las circunstancias aquí debatidas- encuentra sustento en competencias propias o concurrentes que, lejos de excluirse, apuntan a resguardar principios, reglas y valores constitucionales que deben tener similar vigencia para concretar, en forma armónica, el orden social diseñado por los constitu-

yentes (artículos 5°, 41, 75, incisos 13, 14, 18 y 30, 123 de la Constitución Nacional). En efecto, si la población de General Güemes -para generar el ordenamiento territorial de corte paisajístico, urbanístico y ambiental- ha dispuesto establecer un área urbana con ciertas características especiales en cuanto a la ubicación de antenas telefónicas -sin perjuicio del límite de la interferencia que se refiere en los próximos considerandos- no resulta admisible la tacha que cuestiona la oportunidad o la conveniencia de tal decisión.

23) Que descartados los agravios que discutían la competencia del municipio, resta analizar si su ejercicio interfiere la actividad sujeta a regulación federal.

Para ello, debe recordarse que este Tribunal ha establecido la existencia de las necesarias atribuciones nacionales para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local (Fallos: 257:159, ya citado) incluso de aquellos “*aspectos de las actividades interiores*” de las provincias en la medida en que sean susceptibles de menoscabar u obstruir el servicio (Fallos: 326:4718, entre otros). La regulación local debe encontrar como límite la imposibilidad de desvirtuar el objetivo que tienen la legislación federal en la materia o la obstaculización del comercio, el servicio o la comunicación interjurisdiccional (Fallos: 329:3459).

Como se ha visto, una percepción cooperativa del federalismo procura superar decisiones disyuntivas, maximizar las órbitas de competencias y resolver los conflictos por la vía del consenso. Sin embargo, en última instancia, en cualquiera de los niveles de regulación señalados, el municipio conservará sus atribuciones primarias en la medida que no interfiera en los objetivos de la legislación nacional.

Ello no supone desconocer las competencias federales que la cláusula del comercio (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional), la fijación de los correos generales (artículo 75, inciso 14) o la cláusula del progreso (artículo 75, inciso 18) atribuyen al Congreso de la Nación, sino interpretar tales delegaciones efectuadas por las provincias en línea con la directriz trazada por el artículo 75, inciso 30, luego de la reforma de 1994 que ha reconocido -incluso dentro de los establecimientos de utilidad nacional- el ejercicio de los poderes de policía locales en tanto no interfieran con el cumplimiento de los fines nacionales.

Se trata de una potestad que los entes locales deben ejercitar con razonabilidad y prudencia para no constituir *un obstáculo real y efectivo* que interfiera en la prestación del servicio habilitado por la autoridad nacional, menoscabando o impidiendo los fines propios por los que debe velar el Estado Nacional.

Dado que el ejercicio de una atribución local en los enclaves de jurisdicción federal siempre incide en ellos, el criterio para dirimir la existencia de una interferencia en ámbitos sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional es la compatibilidad con lo inherente a esa utilidad nacional y no la mera incidencia. La regulación local no se transforma en un obstáculo real y efectivo a la actividad de jurisdicción nacional en tanto sea periférica o extrínseca respecto a la utilidad pública del establecimiento nacional y no menoscabe o impida las operaciones de jurisdicción federal.

Lo dicho supone, como principio, que **no constituyen por sí mismos obstáculos reales y efectivos para el logro de los fines de utilidad nacional invalidantes de las normas locales: i) la mera incidencia económica, ponderada de forma aislada, que acarrearán las normas locales sobre los operadores nacionales; ii) las regulaciones que resulten periféricas y extrínsecas al núcleo o la sustancia de la regulación federal en cuestión; iii) las disposiciones que no impliquen una interrupción *sine die* o conlleven la degradación de la actividad de jurisdicción nacional**, esto es -en lo que respecta al presente conflicto- la prestación del servicio de telecomunicaciones.

24) Que, a la luz de lo expuesto se colige que la parte actora no ha podido probar que la modificación de la ubicación de sus antenas vaya en desmedro de la prestación del servicio. En efecto, al explicar “el impacto y la gravedad institucional de la Ordenanza” (fs. 279), la recurrente se limita a expresar que “cuando una de las estaciones de transmisión es desactivada, se altera todo el sistema de interconexión que tiene la red, con lo cual queda evidenciado que sin un adecuado enlace entre las antenas, la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles deviene imposible” (fs. 280).

Si bien invoca de manera reiterada que “el desmantelamiento de las antenas y/o de la demás infraestructura útil y su posterior relocalización conforme a las pautas establecidas en la Ordenanza, provocará la paralización del servicio de telecomunicaciones móviles en General

Güemes, en franca violación de los derechos de los usuarios, quienes se verán impedidos de entablar una comunicación telefónica móvil desde o hacia quienes residen o transitan en la localidad referida” (fs. 280/280 vta.) y que el pronunciamiento en crisis “desconoce los efectos que producirá en la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles, y su repercusión en los usuarios no sólo de la localidad de General Güemes, sino de todo el país, e incluso del mundo” (fs. 281 vta.); no ha producido en el expediente prueba concluyente de una afectación permanente o que perdure luego de reestructurada o rediseñada la arquitectura de la red, que es precisamente el punto dirimente para configurar una interferencia de carácter funcional.

Ante esta evidencia, la mera invocación de una interferencia no alcanza para acreditarla, pues quien alega un hecho tiene la carga de probarlo (artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por otra parte, los potenciales trastornos económicos y/u operativos que podría acarrear la reubicación de los soportes (no cuantificados por las prestadoras del servicio) resultan, por sí, insuficientes para tener por acreditada una interferencia funcional en el establecimiento de utilidad nacional, toda vez que la cláusula del artículo 75, inciso 30, apunta a resguardar el adecuado funcionamiento del servicio de jurisdicción nacional, de un modo compatible con las atribuciones locales.

En efecto, aun cuando resulte evidente que la reglamentación municipal genera la necesidad de realizar nuevos ajustes a la actividad de las empresas recurrentes, de los principios federales señalados anteriormente se deriva que las alegaciones genéricas respecto de que una ordenanza afectaría un servicio regulado por el Estado Nacional no bastan para neutralizar el ejercicio de atribuciones constitucionales reconocidas a las municipalidades.

En resumidas cuentas, es propio del federalismo que ciertas cuestiones estén reguladas al mismo tiempo por normas provenientes de diferentes niveles de autoridad, cada una con sus correspondientes preocupaciones. Pero la yuxtaposición normativa no significa necesariamente una invasión de competencias.

25) Que con relación específica a los planteos de la arbitrariedad de la sentencia apelada, no resultan atendibles toda vez que la recu-

rente denuncia vicios de fundamentación meramente aparentes, sin hacerse cargo de rebatir los presupuestos fácticos que surgen de la valoración probatoria del *a quo*. De esta manera, los agravios no superan el umbral de la doctrina de arbitrariedad habida cuenta que no demuestran la falta de correspondencia con los hechos conducentes del *sub lite*, el apartamiento de las reglas aplicables o la irrazonabilidad de sus conclusiones.

En efecto, las omisiones y contradicciones endilgadas al fallo recurrido se disipan cuando se advierte que la actora no refuta la falta de acreditación de la supuesta interferencia en el servicio interjurisdiccional de comunicaciones. Sin perjuicio de las críticas de la apelante, lo cierto es que el *a quo* sí fundó la desestimación de la invocada interferencia y lo hizo en que la actora no acreditó tal extremo. Asimismo, la alegada contradicción entre la convalidación de la ordenanza y la exhortación tendiente a asegurar la prestación del servicio, no es más que un planteo circular que pretende sostenerse, también, sobre la idea de que la ordenanza implica necesariamente la obstaculización del servicio interjurisdiccional sin hacerse cargo de que el *a quo* entendió que dicha premisa no fue probada.

Por último, en relación al planteo de arbitrariedad fundado en la aplicación del principio precautorio, conforme al cual el apelante aduce el apartamiento de la prueba que aportó para demostrar la falta de “sospechas científicas serias” que habiliten la adopción de medidas precautorias en materia ambiental, corresponde su rechazo por cuanto el recurrente no logra rebatir la incertidumbre científica que el *a quo* tuvo por probada (fs. 277 vta.). Ello así pues, más allá de que la actora insista en la referencia al informe del Hospital San Rafael, que carece de una suficiente descripción metodológica como para evaluar la validez y finalidad de sus conclusiones sobre la ausencia de “relación probable” entre una antena y los casos de cáncer en la población residente en sus cercanías, lo cierto es que el fallo apelado entendió que dicho informe no dirimía el actual desacuerdo respecto de la inocuidad o nocividad de las radiaciones no ionizantes como las emitidas por las antenas de telefonía móvil conforme a otros informes referidos en la causa. A su vez, la crítica tampoco hace mérito de que, como se indicó en las instancias anteriores, cuando haya un peligro de daño grave, la ausencia de certeza científica no podría utilizarse para impedir medidas ambientales preventivas (Fallos: 339:142).

En definitiva, la sentencia impugnada no efectuó una interpretación irrazonable de los hechos y el derecho sometidos a su consideración, lo que impide su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

26) Que para finalizar, y tal como se lo ha señalado con anterioridad, ningún sistema de distribución de competencias puede funcionar al margen de la buena fe y la concertación. Va de suyo que, en un país federal, las regulaciones locales sobre aspectos vinculados a una actividad sujeta a jurisdicción federal centralizada pueden demandar mayores esfuerzos a las prestadoras de los servicios. Sin embargo, **descartada la violación del derecho federal (artículo 31 de la Constitución Nacional) y la existencia de una interferencia (artículo 75, inciso 30), la única vía para evitar conflictos derivados del ejercicio del poder de policía local es que este se concrete de forma prudente, moderada y respetuosa de las garantías consagradas en la Constitución.**

Algunas de las circunstancias posteriores a la sentencia aquí analizada, como el dictado de nuevas ordenanzas municipales (vgr. ordenanzas 540/17 y 560/17), y el reconocimiento de la competencia municipal en la materia, bajo ciertas condiciones, por parte de normas nacionales, son evidencia clara de ello (cfr. artículos 10 y 17 del decreto 798/2016).

Lo dicho, aun cuando supone confirmar la validez de la Ordenanza en este momento y bajo las circunstancias descriptas, no implica conceder a la Municipalidad de General Güemes, ni a otros municipios que se encuentren en idéntica situación, una autorización genérica o sine die para el ejercicio irrazonable o abusivo de sus competencias constitucionales primarias.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se resuelve: I. Hacer lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmar, por los motivos expuestos, la sentencia cuestionada, con costas. II. Exhortar a las partes para que actúen en lo sucesivo de conformidad con los términos del considerando 26 precedente. Reintégrese el depósito de fs. 61. Notifíquese, agréguese la queja al expediente principal y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de queja interpuesto por **AMX Argentina S.A.**, actora en autos, representada por el **Dr. Juan Martín Crespo**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Salta**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de Salta**.

EN – M° ENERGÍA Y MINERÍA c/ CEPIS s/ INHIBITORIA

ACCIONES COLECTIVAS

Cabe revocar la decisión que consideró que la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS correspondía a la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y no la justicia federal con asiento en la provincia en razón de que los actos administrativos impugnados habían sido dictados por una autoridad pública con asiento en la Capital Federal, pues no se advierte la exclusividad material que el pronunciamiento recurrido pretendió atribuir a la referida ley 13.998 al justificar la competencia del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en el proceso colectivo.

PROCESO COLECTIVO

Corresponde revocar la decisión que consideró que la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS correspondía a la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y no la justicia federal con asiento en la provincia en razón de que los actos administrativos impugnados habían sido dictados por una autoridad pública con asiento en la Capital Federal, pues la interpretación efectuada por la cámara desconoce el mecanismo diseñado por el Congreso de la Nación para la defensa estatal a punto tal de presumir su inconsecuencia, criterio que -de acuerdo a constante jurisprudencia de esta Corte- resulta inadmisibile.

COMPETENCIA FEDERAL

La circunstancia de que los tribunales federales con asiento en las provincias ejerzan su jurisdicción contencioso administrativa sobre actos dictados por entidades de la administración que tienen su sede en la ciudad de Buenos Aires fomenta el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos y resulta del ejercicio de potestades constitucionales exclusivas del Congreso de la Nación.

PROCESO COLECTIVO

Cabe revocar la decisión que consideró que la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS correspondía a la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal y no la justicia federal con asiento en la provincia, pues el a quo desconoció los principios elementales de la organización constitucional (arts. 108 y 116) y legal de la justicia federal y que su decisión conllevaría, efectivamente, el vaciamiento de las competencias asignadas a la justicia federal con asiento en las provincias frente a la promoción de procesos colectivos como el que dio origen a estas actuaciones.

PROCESO COLECTIVO

La regla de la preferencia temporal establece que los tribunales que intervengan en las acciones colectivas deberían unificar su trámite en el que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integran, resulten excluidas.

PROCESO COLECTIVO

En virtud de la aptitud jurisdiccional de los juzgados federales con asiento en las provincias y los dispuesto Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016 de la Corte Suprema en cuanto a la regla de la prevención conducen a la conclusión de que resulta competente para entender en la acción de amparo colectivo

iniciada contra el Estado Nacional con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS, el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata, por cuanto es el juzgado que inscribió el proceso en el registro dispuesto por el Reglamento citado.

COMPETENCIA FEDERAL

Los debates parlamentarios de las leyes arquitectónicas de la organización de la justicia nacional dictadas por el Congreso de la Nación en ejercicio de la atribución conferida por el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional, muestran la inequívoca importancia y la trascendente función que cumplen los tribunales federales del interior del país en esa organización.

RECURSO EXTRAORDINARIO

La regla de que los pronunciamientos que deciden cuestiones de competencia no justifican habilitar la vía del art. 14 de la ley 48 por no constituir sentencia definitiva reconoce excepciones y ello se da cuando, como en el caso, la decisión adoptada por la cámara resulta asimilable a definitiva por dos razones, en tanto en primer lugar, desarticula la estructura institucional diseñada para la tramitación de una determinada clase de causas judiciales correspondientes a la competencia federal, pues implica virtualmente privar a la justicia federal con asiento en las provincias de la competencia contencioso administrativa atribuida por el Congreso de la Nación y, en segundo lugar, la cámara ha desconocido las precisas reglas atributivas de competencia en los procesos colectivos que han sido establecidas por la Corte Suprema.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible dado que en el caso existe cuestión federal por cuanto lo decidido remite a la interpretación de las disposiciones de la Constitución Nacional referentes a las acciones colectivas como herramienta para profundizar la garantía de la tutela judicial efectiva y a la competencia de la justicia federal.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III), que declaró la competencia del juzgado N° 3 de ese fuero para entender en los autos “CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986” (expte. 27.529/2018), la parte actora dedujo el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (v. fs. 6/23) que, al ser denegado, dio origen a esta presentación directa.

-II-

Cabe recordar que es jurisprudencia reiterada del Tribunal que las decisiones judiciales sobre determinación de la competencia -como sucede en el *sub lite*- no autorizan, como regla, la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva. Sin embargo, este principio admite excepciones en supuestos en que medie denegación del fuero federal (Fallos: 310:1425; 323:189; 324:533), u otras circunstancias extraordinarias permitan equiparar estos interlocutorios a pronunciamientos definitivos, entre ellas cuando la decisión atacada desconoce un específico privilegio federal, o cuando lo resuelto conduce a configurar un supuesto de privación o denegación de justicia de imposible o tardía reparación ulterior (Fallos : 314:1368; 329:5648; 330:1895, entre muchos otros).

Estimo que en el *sub lite* no se encuentra configurada ninguna situación excepcional que permita apartarse de la regla, toda vez que, por un lado, la resolución apelada no es una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, si se tiene en cuenta que ella no deniega el fuero federal y, por otra parte, tampoco coloca al recurrente en una situación de privación de justicia que afecte -en forma directa e inmediata- la defensa en juicio, ya que aquél queda sometido a la jurisdicción de un tribunal determinado en el que puede seguir defendiendo sus derechos (doctrina de Fallos: 311:2701; 325:3476; y 329:5094).

A ello se suma la doctrina de la Corte que enseña que la ausencia de sentencia definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas ni por la pretendida arbitrariedad de la decisión o la alegada interpretación errónea

del derecho que exige el caso (Fallos : 325:3476; 326:1344 y 1663; 327:312 y 2048, 329:4928; 330:1447, entre tantos otros), ni cabe predicar en el caso la existencia de un supuesto de gravedad institucional, dada la ausencia del serio y concreto desarrollo al que V.E. ha supeditado la admisión de tal extremo (Fallos: 328:1400 y sus citas).

-III-

Por ello, opino que corresponde desestimar la queja interpuesta. Buenos Aires 21 de noviembre de 2018. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la parte demandada en la causa ‘EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhihitoria’ y por la parte actora en la causa FLP 27529/2018/1/RH1 ‘CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986’”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que según surge del expediente FLP 27529/2018/1/RH1 “CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986”, el 3 de abril de 2018, la asociación civil “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad” (CEPIS), en representación de “todo/a usuario/a del servicio público de gas natural”, promovió una acción de amparo colectivo con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional contra el Estado Nacional (Ente Nacional Regulador del Gas –ENARGAS– y Ministerio de Energía y Minería de la Nación) con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones 300 a 309/2018, dictadas por el ENARGAS. La demanda fue interpuesta ante la justicia federal con asiento en la ciudad de La Plata.

La asociación actora consideró, en síntesis, que dichas resoluciones, en cuanto autorizaron la aplicación del cuadro tarifario correspondiente al servicio de gas natural por redes a partir del 1° de abril del año 2018, contrariaron el resto del ordenamiento vigente que

había establecido que dichos aumentos debían aplicarse a partir del 1° de mayo de ese año.

El encuadramiento procesal otorgado a esa pretensión fue el de proceso colectivo y, por tanto, la actora petitionó que, con arreglo a las disposiciones del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016 de esta Corte Suprema (en adelante, el “Reglamento”), se ordenase “sin dilación alguna (...) la inscripción de los presentes autos en el Registro de Procesos Colectivos” (fs. 101 vta. y 124 vta.; en adelante, “Registro”).

2°) Que el señor juez subrogante del Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2, entendió que, *prima facie*, la acción reunía los requisitos exigidos por las acordadas 32/2014 y 12/2016 de este Tribunal para ser considerada como un proceso colectivo y requirió al Registro que informase si existían juicios inscriptos que guardasen semejanza con los derechos invocados por la asociación actora (fs. 130).

Recibida la respuesta negativa por parte de dicho Registro, el 19 de abril de 2018, el señor juez titular de primera instancia dictó resolución en los términos del punto V del Reglamento y, consecuentemente: i) identificó la composición del colectivo (considerando II, apartado 1°); ii) delimitó el objeto de la pretensión (*ídem*, apartado 2°); iii) consignó a los sujetos demandados (apartado 3°); y iv) ordenó la inscripción como proceso colectivo (fs. 131/132).

El 24 de abril del mismo año se dejó constancia de que la inscripción en el Registro había sido realizada y se requirió a los demandados la confección del informe que exige el art. 8° de la ley 16.986 (fs. 133).

3°) Que, paralelamente, según puede verse en la causa CAF 29310/2018/1/RH1 “EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhibitoria”, el 25 de abril, el Estado Nacional, planteó –en términos de los arts. 20 de la ley 26.854 y 7° y 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– inhibitoria ante la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal con sede en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sostuvo que en razón de que los organismos demandados poseen sus domicilios en esa jurisdicción la acción debió tramitar ante el referido fuero (fs. 2/11).

La pretensión fue acogida en la primera instancia y se requirió al juzgado federal de La Plata la remisión del expediente o, en su caso, la elevación al tribunal competente para dirimir la contienda de competencia (fs. 145/147).

El señor juez federal de La Plata rechazó la inhibitoria requerida y remitió las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con arreglo al art. 20 de la ley 26.854 (fs. 343/349 del expediente FLP 27529/2018). Por su parte, CEPIS apeló esa resolución, petitionó la declaración de inconstitucionalidad de aquella norma y la Sala II de la Cámara Federal de La Plata desestimó ese recurso (fs. 382/384).

4°) Que una vez recibidos los expedientes en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la Sala III se pronunció en la causa CAF 29310/2018 “EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhibitoria” y declaró la competencia de ese fuero para entender en los autos FLP 27529/2018 “CEPIS c/ ENARGAS y otros s/ amparo ley 16.986”. En este último expediente, asimismo, dejó constancia de que la cuestión ya había sido resuelta en aquel (fs. 169/170 y 389/391 de los respectivos expedientes).

Para decidir de ese modo, consideró que toda vez que los actos administrativos impugnados habían sido dictados por una autoridad pública “con asiento en la Capital Federal”, resulta competente dicho fuero en razón de la materia, según lo establecido por el art. 45, inciso a, de la ley 13.998.

Señaló, por último, que su competencia encuentra fundamento en que los efectos de los actos cuestionados no se circunscriben a una única jurisdicción, sino que se proyectan sobre la totalidad del territorio nacional.

5°) Que la asociación actora dedujo sendos recursos extraordinarios contra la decisión de la cámara federal –con asiento en esta ciudad– en ambos expedientes, que fueron denegados por no estar dirigidos contra sentencias definitivas y por ausencia de arbitrariedad, lo que dio lugar a los correspondientes recursos de queja ante esta Corte.

CEPIS sostiene que la resolución apelada es equiparable a definitiva porque deviene en una virtual supresión del fuero federal con asiento en las provincias al vaciarlo de competencia e implica una denegación de justicia de imposible o tardía reparación posterior para las personas que no cuentan con recursos materiales para litigar en la Ciudad de Buenos Aires. Afirma que el Estado Nacional, en cambio, tiene los medios suficientes para defenderse adecuadamente en todos los puntos del territorio nacional, con lo cual también se está vulnerando el derecho a la igualdad.

Asevera que existe cuestión federal suficiente en términos del art. 14 de la ley 48 porque lo decidido retrasa y virtualmente niega el acceso efectivo a la jurisdicción por parte de un grupo sensible y desventajado de la sociedad, de modo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

En otro orden de ideas, considera que la sentencia recurrida es arbitraria toda vez que el art. 45, inc. a, de la ley 13.998 es inaplicable al caso, pues si bien el fuero contencioso administrativo federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entiende en la materia, no resulta el fuero excluyente para tratar cuestiones relacionadas con normas emanadas de autoridades nacionales con sede en dicha jurisdicción.

Puntualiza que por tratarse de cuestiones de incidencia colectiva los efectos de las decisiones de la administración se exteriorizan en todo el territorio nacional donde exista suministro de gas por red y lo decidido frustra derechos y garantías de los integrantes del colectivo que se ven obligados a litigar en un fuero lejano.

Subraya, por último, que la cámara omitió aplicar el Reglamento, por el cual se consagran reglas claras de atribución de competencia, pues en su punto IV establece la competencia del Juzgado que ha prevenido en una causa en la cual se dirime la afectación de derechos de incidencia colectiva. De dichas reglas, además, se colige que los tribunales federales de todo el país se encuentran habilitados para tratar cuestiones contencioso administrativas.

6°) Que la conocida regla de que los pronunciamientos que deciden cuestiones de competencia no justifican habilitar la vía del art. 14 de la ley 48 por no constituir sentencia definitiva reconoce excepciones.

En este caso, la decisión adoptada por la cámara resulta asimilable a definitiva por dos razones.

En primer lugar, desarticula la estructura institucional diseñada para la tramitación de una determinada clase de causas judiciales correspondientes a la competencia federal, pues –en casos como el de autos– implica virtualmente privar a la Justicia Federal con asiento en las provincias de la competencia contencioso administrativa atribuida por el Congreso de la Nación. Y, en segundo lugar, la cámara ha desconocido las precisas reglas atributivas de competencia en los procesos colectivos que han sido establecidas por esta Corte Suprema en el Reglamento mencionado (conf. doctrina de la sentencia CSJ 22/2012 (48-P)/CS1 “Pipet, Luisa y otros c/ Shell CAPSA y otros s/ daños y perjuicios”, fallada el 15 de mayo de 2014).

7°) Que, equiparada a definitiva la resolución recurrida, los recursos extraordinarios son formalmente admisibles dado que en el caso existe cuestión federal por cuanto lo decidido remite a la interpretación de las disposiciones de la Constitución Nacional referentes a las acciones colectivas como herramienta para profundizar la garantía de la tutela judicial efectiva y a la competencia de la justicia federal (Fallos: 342:1747). Asimismo, se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y que serán examinadas conjuntamente (Fallos: 323:1625; 331:1255; 342:1747, entre muchos otros).

8°) Que con relación a la circunstancia enunciada en primer término en el considerando 5° precedente, los debates parlamentarios de las leyes arquitectónicas de la organización de la justicia nacional dictadas por el Congreso de la Nación en ejercicio de la atribución conferida por el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional, muestran la inequívoca importancia y la trascendente función que cumplen los tribunales federales del interior del país en esa organización.

Al discutirse el proyecto que culminaría en la ley 27, puntualmente el art. 14 que proponía la instauración de al menos un juzgado seccional en cada provincia, el diputado Gorostiaga expuso que lo “menos que puede hacerse para que haya justicia federal, es establecer un juez en cada provincia” (Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 10 de octubre de 1862, pág. 261) y que “en un país democrático como el nuestro”, la justicia debe ser “barata y pronta”, pues de lo contrario

“solo estableceríamos justicia federal para los hombres que tuvieran fortuna para sostener sus derechos, y la mayoría de los pueblos quedaría sin justicia” (ídem, pág. 264). En esa misma línea, el diputado Zavaleta afirmó que “la justicia debe estar al alcance de todos, y es preciso proporcionarse todas las facilidades posibles, a fin de que todos los agraviados aun aquellos que no tengan recursos para moverse, tengan una autoridad ante quien quejarse de los agravios que reciban” (ídem, pág. 262).

La ley 48, por su parte, estableció que “Los Jueces Nacionales de Sección”, contemplados en el capítulo III de la ley 27, conocerán en primera instancia en “todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno Nacional” (art. 2º, inc. 4º).

En ocasión de debatirse el texto que luego sería la ley 4055 —el proyecto solo contemplaba la creación de dos cámaras con asiento en la Capital Federal—, en cuyo art. 12 se dispuso la creación de la Cámara Federal de La Plata, el diputado Alfonso indicó que “la actual organización no se encuentra en estado de hacer prácticos los beneficios de la justicia federal que nuestra constitución promete a los habitantes del interior de la República” (Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 9 de diciembre de 1901, pág. 503). El diputado Gómez agregó que “lo que se está discutiendo es si debemos seguir aglomerando aquí, en esta capital” y que había “razones de verdadero peso, razones institucionales y de gobierno que aconsejan distribuir la justicia federal en las provincias, descentralizándola, no solo por razones de política, sino por razones hasta de instrucción” (págs. 507/508).

En el ámbito de la Cámara de Senadores, el senador Palacio aseveró que siempre “se ha tenido en vista la conveniencia de descentralizar por este medio la justicia [...] Es, entonces, necesario, aproximar los tribunales de apelación a los lugares donde se ventilan estas cuestiones, facilitando y amparando si se quiere su resolución para tener algún día una justicia correcta, una justicia esparcida que alcance a los pobres y a los ricos” (Cámara de Senadores, sesión del 28 de diciembre de 1901, pág. 580).

De los debates de las leyes subsiguientes se advierte que la voluntad del Congreso de la Nación, en ejercicio de la facultad asignada por el art. 75, inc. 20, en consonancia con el art. 108 de la Constitución

Nacional, fue sostenidamente la de instaurar progresivamente más tribunales federales a lo largo y a lo ancho del territorio nacional.

En efecto, es una *praxis* legislativa habitual la de crear juzgados federales con asiento en las provincias nominándolos explícitamente con competencia en materia contencioso administrativa como es el caso del Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal n° 2 de La Plata (ver, asimismo, leyes 23.735, art. 2°, *in fine*; 23.937, art. 14; 23.866, art. 1°; 26.246, art. 1°) o bien con diversas secretarías en razón de la materia como, por ejemplo, contencioso administrativa (leyes 24.164 y 24.174, arts. 1°).

9°) Que, por otra parte, el *a quo* invocó el art. 45, inc. a, de la ley 13.998, que establece que “Los juzgados federales números 3 y 4, de la Capital Federal, creados por la ley de presupuesto del año 1948, a que se refiere el artículo 6° de la Ley 13.278, y los juzgados creados, para la Capital Federal, por la Ley 12.833, se denominarán: ‘Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo, de la Capital Federal. Serán competentes para conocer: a) De las causas contenciosoadministrativas [...]”.

La cámara de dicho fuero, vale recordar, fue creada debido a la “notoria necesidad teórica y práctica de un órgano de competencia especial para conocer en los numerosos y cada vez mayores casos judiciales, extraños al derecho común, que afectan activa o pasivamente al Estado en su calidad de poder público” (según consta en el mensaje remitido por el Poder Ejecutivo Nacional; Cámara de Diputados, 33° reunión, 25° sesión ordinaria, 31 de agosto de 1949, pág. 2967). Es decir, se erigió un tribunal con “una base firme de la especialidad”, en palabras del senador Basaldúa (Cámara de Senadores, 22 de septiembre de 1950, 50° reunión – 44° sesión ordinaria, pág. 1246). Sin embargo, por el art. 55 de esa ley 13.998 se estableció que los jueces federales con asiento en las provincias **conservarían su competencia** (énfasis añadido), más otras tantas que allí se especificaron.

Desde esa perspectiva, no se advierte la exclusividad material que el pronunciamiento recurrido pretendió atribuir a la referida ley al justificar la competencia del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en el presente proceso colectivo.

10) Que tampoco es acertada la remisión efectuada por el *a quo* en la sentencia recurrida, en términos absolutos, al precedente “Nación Argentina (Ministerio de Economía)” (Fallos: 315:1738) en el sentido que de allí surgiría la doctrina de que “lo atinente a la revisión en sede contenciosa de actos administrativos adoptados por autoridades nacionales, debe tramitar ante los tribunales del lugar de la autoridad de la que emanan”.

Esa pretendida regla de derecho no es aplicable al *sub lite*, porque dicho antecedente difiere notablemente del caso de autos en cuanto al derecho –incluso a nivel constitucional– y a las circunstancias fácticas y procesales involucradas.

Cabe recordar que en aquel precedente en el marco de una acción de amparo promovida ante la justicia federal con asiento en la Provincia de Tucumán, el Estado Nacional interpuso una inhibitoria ante el fuero contencioso administrativo de la entonces Capital Federal “con fundamento en la jurisdicción *ratione territoriae* convenida en la cláusula décima del convenio en el que se funda la demanda y en el lugar de exteriorización del acto atacado —Capital Federal—” (considerando III del dictamen del señor Procurador General de la Nación, al que remitió el Tribunal).

En dicho caso, signado además por otras tantas particularidades que allí se destacaron y justifican la diferenciación sustancial apuntada previamente, se ponderó que “desde que la decisión atacada emana del Ministerio de Economía” y “ha sido comunicada a la D.G.I. y a Papel Tucumán S.A. –respecto de la cual la actora invoca su carácter de inversionista— todos ellos con sede en esta capital”, con arreglo al art. 4° de la ley 16.986, “el acto cuestionado ha sido exteriorizado en forma inmediata y produce efectos directos en esta ciudad” (apartado IV, párrafos 7° y 8°, del referido dictamen).

Otro aspecto conducente para acoger la inhibitoria planteada estuvo dado por la circunstancia de que el contrato en el que se fundaba la demanda se había pactado que cualquier controversia o divergencia acerca de su interpretación o aplicación, “debería resolverse de común acuerdo entre las partes y en su defecto, someterse a la decisión de la jurisdicción federal competente en la Capital Federal, con renuncia expresa a otro fuero o jurisdicción” (idem, párrafos 13 a 15).

Y si bien es cierto que el pasaje transcripto por la cámara fue incluido en el dictamen fiscal (ídem, párrafo 11), aunque en rigor de verdad remite a otro precedente anterior (“Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina”, Fallos: 310:2335), fue uno de los diversos y singulares argumentos que se tuvieron en cuenta para decidir de este modo.

11) Que, asimismo, en otro orden de ideas, el sistema legal diseñado para la defensa de la Administración Pública Nacional concretamente establece que “[...] el Estado nacional y sus entes descentralizados serán representados y patrocinados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos nacionales y locales, por letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados. **En el interior de la República, cuando el organismo interesado carezca en el lugar de los servicios referidos, la citada representación será ejercida por Delegados del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de la Procuración del Tesoro de la Nación y designados por el Poder Ejecutivo;** en su defecto, la ejercerán letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de otros servicios jurídicos” (art. 66 de la ley 24.946, vigente por indicación del art. 89 de la ley 27.148, énfasis añadido).

La interpretación efectuada por la cámara desconoce el mecanismo diseñado por el Congreso de la Nación para la defensa estatal a punto tal de presumir su inconsecuencia, criterio que —de acuerdo a constante jurisprudencia de esta Corte— resulta inadmisibile (Fallos: 329:3564; 343:140 y 1434, entre muchos otros).

12) Que la circunstancia de que los tribunales federales con asiento en las provincias ejerzan su jurisdicción contencioso administrativa sobre actos dictados por entidades de la administración que tienen su sede en esta ciudad fomenta el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos (doctrina de Fallos: 337:530) y resulta del ejercicio de potestades constitucionales exclusivas del Congreso de la Nación.

Contrariamente a ello, el *a quo* desconoció los principios elementales de la organización constitucional (arts. 108 y 116) y legal de la jus-

ticia federal y su decisión conllevaría, efectivamente, el vaciamiento de las competencias asignadas a la justicia federal con asiento en las provincias frente a la promoción de procesos colectivos como el que dio origen a estas actuaciones.

13) Que una vez determinado que tanto la justicia federal de La Plata como el fuero contencioso administrativo federal de esta ciudad tienen aptitud jurisdiccional para intervenir en las presentes actuaciones, corresponde —para solucionar el conflicto— aplicar las precisas reglas atributivas de competencia en los procesos colectivos que han sido establecidas por esta Corte Suprema en el Reglamento mencionado y que se fueron gestando desde el *leading case* “Halabi” (Fallos: 332:111).

Cabe recordar que ya desde ese precedente este Tribunal advirtió que ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, existía riesgo de que por la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia (ver considerando 20); criterio que fue reiterado posteriormente en la causa “Consumidores Financieros Asoc. Civil” (Fallos: 337:753, considerando 8°).

Frente a la inminencia de ese riesgo, con la finalidad de evitar el escándalo jurídico que podría representar aquella circunstancia y por razones de economía procesal con miras a facilitar el acceso a la justicia, este Tribunal dispuso la creación del Registro (ver causa “Municipalidad de Berazategui”, Fallos: 337:1024 y específicamente la acordada 32/2014). En aquel precedente se hizo especial hincapié en la importancia de la preferencia temporal y su gravitación en los procesos colectivos (considerandos 6° de la sentencia y 9° del voto de la jueza Highton de Nolasco).

Esta regla de la preferencia temporal fue observada en precedentes posteriores y se estableció que los tribunales que intervengan en este tipo de acciones deberían unificar su trámite en el que “hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integran, resulten excluidas” (causa CSJ 4878/2014/CS1 “García, José y otros c/ PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, fallada el 10 de marzo de 2015). Y en un caso de marcada analogía con el que aquí

se examina, esta Corte reiteró nuevamente las consecuencias que podría provocar la falta de inscripción de las causas de esta especie en el Registro y la importancia de unificar todas ellas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia (“CEPIS”, Fallos: 339:1077, en especial considerandos 34 a 39 del voto de la mayoría y del voto concurrente del juez Maqueda, y 31 a 35 del voto concurrente del juez Rosatti).

En ese contexto, y en razón de que a lo largo del tiempo este Tribunal observó un dispar cumplimiento de la obligación de informar al Registro la existencia de este tipo de procesos por parte de los tribunales inferiores y que, incluso a pesar de la información brindada oportunamente por el Registro, en múltiples casos se había mantenido la radicación ante distintos tribunales de procesos colectivos en los que se ventilaban pretensiones idénticas o similares —problemática que podría conducir a situaciones de gravedad institucional— se dictó la acordada 12/2016, por medio de la cual aprobó el ya citado Reglamento (ver considerandos 3° a 6° de dicha acordada).

Allí, asimismo, se puso énfasis nuevamente en la referida importancia temporal que debe asignarse a los procesos de esta especie, a los fines de la unificación de su trámite en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia (considerando 7°) y, por tanto, se concluyó que resultaba imperioso definir el criterio con arreglo al cual se determinaría dicha preferencia temporal (considerando 8°).

Ese criterio es la regla de la prevención, que se encuentra contemplada, implícita y explícitamente, en diversos puntos del Reglamento (ver puntos II, inciso 2, párrafo 2°, apartado d; III; y IV).

Concretamente, en el punto VI se previó que “[U]na vez registrado el proceso, no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva”.

En el punto VII, asimismo, se consignó que “la inscripción a la que se refiere el punto anterior producirá la remisión a dicho tribunal de todos aquellos procesos cuya pretensión presente una sustancial semejanza de los derechos de incidencia colectiva”.

14) Que, no obstante la revocación de la sentencia recurrida, decisión que a esta altura es inevitable en mérito de las razones hasta aquí expuestas, corresponde que este Tribunal se expida sobre el punto que en definitiva se encuentra en discusión, toda vez que de continuar este debate en las instancias inferiores, se podrían generar agravios de muy dificultosa reparación ulterior (doctrina de Fallos: 342:1747).

Es facultad y deber de este Tribunal actuar ante manifestaciones litigiosas deformadas y arbitrar lo que razonablemente corresponda disponer para superar los escollos, corregir y encauzar la tramitación de la causa (Fallos: 326:1512, entre otros).

15) Que las consideraciones expuestas sobre la aptitud jurisdiccional de los juzgados federales con asiento en las provincias y acerca del Reglamento conducen a la inexorable conclusión de que resulta competente para entender en estos autos el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2 por cuanto, según lo expuesto, es el juzgado que inscribió el proceso en el Registro.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve admitir las quejas, hacer lugar a los recursos extraordinarios, dejar sin efecto la sentencia apelada y declarar que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Acumúlense ambas causas y agréguese las quejas a los principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase. Hágase saber lo decidido a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante oficio de estilo.

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

Recursos de queja interpuestos por el **Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad**, representado por el Dr. Mariano Lovelli, con el patrocinio letrado del Dr. Emanuel Desojo.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal n° 2 de La Plata; Cámara Fe-**

deral de Apelaciones de La Plata, Sala II; y Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3.

FLORES, ALCIRA OLGA c/ LÍNEA NUEVOS RUMBOS S.A. –
LÍNEA 132 Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/ LES. O MUERTE)

RECURSO DE QUEJA

El pago del importe del capital e intereses adeudados sin reserva alguna sobre la continuación del trámite de la queja importa una renuncia o desistimiento tácito del recurso.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Del acta obrante a fojas 345 de los autos principales (agregados al cuaderno de queja), se desprende que, después de la presentación del recurso de hecho, el recurrente dio en pago el importe de \$ 291.359,18, imputándose el monto de \$ 84.000 al capital de condena, el monto de \$ 155.318,18 a intereses y el monto de \$ 52.045 a honorarios profesionales de los letrados de la actora (fs. 311/312, 317/318, 325/326 y 330/331). En esa oportunidad la actora aceptó el pago. Asimismo, según surge de las fojas citadas, las partes dejaron establecido que el acuerdo de voluntades al que arribaron “da por finalizada cualquier controversia e incidente relativo a las sumas a percibir por la actora y su asistencia letrada, no teniendo las partes nada más que reclamarse por los conceptos enunciados *ut supra*”. El recurrente tampoco formuló reserva de continuar con el trámite de la queja (fs. 345).

En tales condiciones, estimo que resulta de aplicación la doctrina de la Corte Suprema según la cual el pago del importe del capital e intereses adeudados sin reserva alguna sobre la continuación del trámite de la queja importa una renuncia o desistimiento tácito del

recurso (Fallos: 304:1962, “Sal”; 324:697, “Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas”; 334:417, “Donati Hermanos SA”, entre muchos otros) y vuelve inoficioso todo pronunciamiento al respecto.

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 17 de diciembre de 2019. *Victor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada y la citada en garantía en la causa Flores, Alcira Olga c/ Línea Nuevos Rumbos S.A. – Línea 132 y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se desestima la queja y se declara perdido el depósito de fs. 67. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

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

Recurso de queja interpuesto por **Nuevos Rumbos S.A. y Garantía Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros**, representados por el **Dr. Juan Carlos Estevarena**.

Tribunal de origen: **Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 22**.

MIRANDA CASTILLO, GLORIA TRINIDAD c/ ESTADO
NACIONAL – MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA
NACIÓN s/ AMPARO LEY 16.986

PENSION POR INVALIDEZ

Toda vez que la actora obtuvo la ciudadanía argentina por naturalización durante el transcurso del proceso, por lo cual a la luz de su nueva condición de argentina naturalizada, el agravio relativo a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º, inc. e, del anexo I del decreto 432/97 que dispone el plazo de residencia continua exigido para los extranjeros ha perdido virtualidad.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario federal es admisible en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional del art. 1º, inc. e, del anexo I del decreto 432/97 y la decisión impugnada ha sido contraria a tal validez (art. 14, inc. 1º, de la ley 48).

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, pues como órgano judicial tiene vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos, en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual.

PENSION POR INVALIDEZ

No obsta a la intervención de la Corte el hecho de que, con posterioridad a la interposición de la demanda, la actora haya obtenido la ciudadanía argentina por naturalización, a partir de lo cual no se verificaría la aplicación del requisito cuya constitucionalidad se ha impugnado (el art. 1º, inc. e, del anexo I del decreto 432/97), e incluso que podría darse por cumplido el requisito establecido por el art. 1º, inc. d, que dispone que los argentinos nativos o naturalizados, residentes en el país, deberán contar con una residencia continuada de por lo menos cinco (5) años, pues subsiste el interés en relación al período anterior a la adquisición

de la nacionalidad durante el cual la actora mantenía la condición de extranjera, lo que exigía analizar la aplicabilidad del requisito cuya constitucionalidad se ventila (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

Una lectura sistemática y consistente de las normas revela que las pensiones a la vejez y a la invalidez (tal como la denomina el decreto reglamentario 432/97) no son identificables con las pensiones graciables ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto al régimen de concesión (Disidencia del juez Rosatti).

INTERPRETACION DE LA LEY

Las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

El beneficio de la pensión por invalidez no deriva de la atribución del Poder Legislativo de dar pensiones (tradicionalmente llamadas pensiones graciables) contenida en el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional -cuyo reconocimiento pertenece a la órbita de discrecionalidad del órgano legislativo-, sino que, por el contrario, se encuentra encuadrada en el ámbito de la legislación relativa a la seguridad social, conforme el art. 75, inc. 12, de la Norma Fundamental argentina (Disidencia del juez Rosatti).

PRINCIPIO DE IGUALDAD

El trato diferenciado entre nacionales y extranjeros no es en principio inconstitucional en los términos de los arts. 16, 20 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, razón por la cual el legislador se encuentra ha-

bilitado a invocar la distinción con la exigencia de que tal decisión responda a intereses que involucren el bienestar general y encuentren una justificación razonable y proporcional en relación con los propósitos que se persiguen; tal distinción no importa per se un supuesto de discriminación; ello sin perjuicio de analizar el grado de razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas que se deriven de tal configuración normativa en relación con la finalidad de la norma, de manera de evitar resultados disvaliosos o excesivamente gravosos (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

La residencia continua en el país (tanto para naturalizados como para extranjeros) prevista en el decreto 432/97 constituye un requisito constitucionalmente válido para garantizar en términos de igualdad formal y sustantiva el acceso a la prestación asistencial (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR VEJEZ

Los recaudos exigidos por el decreto 432/97, reglamentario de la ley 13.478 y sus modificatorias, permiten concluir que la norma apunta a reconocer el acceso al beneficio a aquellos que se encuentran en contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego la subsistencia misma de la persona humana carente de recursos o amparar y, con ello, la vigencia efectiva de sus derechos fundamentales básicos (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

El decreto 432/97 se presenta como uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en el texto constitucional y replicados en los tratados internacionales, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y, en definitiva, a gozar de igualdad de oportunidades, así en este sentido, se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

La preferente tutela de la que gozan las personas en situación de vulnerabilidad, en particular las personas discapacitadas, y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamentales, según se encuentra prescripto en el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

El plazo de 20 años de residencia continuada exigido en el decreto 432/97 a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de la pensión luce manifiestamente irrazonable en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional, pues la exorbitancia del plazo convierte en ilusorio el derecho a la pensión en un tiempo oportuno y adecuado y no reúne los requisitos mínimos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ni ofrece una justificación plausible para sustentar la diferencia entre naturalizados y extranjeros, conforme criterios democráticamente aceptados (Disidencia del juez Rosatti).

PRINCIPIO DE IGUALDAD

La habilitación constitucional para establecer diferencias entre nacionales y extranjeros no releva al legislador de establecer requisitos razonables para unos y para otros, de manera de no alterar el derecho que se pretende reconocer (Disidencia del juez Rosatti).

PENSION POR INVALIDEZ

Es inconstitucional art. 1º, inc. e, del decreto 432/97 que dispone el plazo de 20 años de residencia continuada a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de la pensión, pues la irrazonabilidad del plazo importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino (Disidencia del juez Rosatti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata rechazó el recurso interpuesto por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por la accionante y declarado la inconstitucionalidad del requisito exigido por el artículo 1, inciso e, del decreto 432/97 del Poder Ejecutivo Nacional que prevé que para acceder a la pensión por invalidez, los extranjeros deberán acreditar una residencia continuada en el país de 20 años. En consecuencia, ordenó al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación que, en el término de diez días hábiles de quedar firme la decisión, arbitre las medidas necesarias a los fines de verificar la acreditación por parte de la señora M C de la totalidad de los requisitos previstos en la citada norma para la percepción de la asignación.

Aduce que la Corte Suprema en el caso “Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, donde la cuestión planteada resultaba de similar tenor a la ventilada en estos autos, sostuvo que el recaudo de residencia establecido en el decreto referido resulta inaplicable por inconstitucional en los casos que se encuentran reunidos todos y cada uno de los restantes requisitos para acceder a la prestación por invalidez exigidos por dicho cuerpo legal.

Apunta que una solución similar fue adoptada por la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social respecto de una solicitud relacionada con el beneficio social por vejez en los términos de la ley 13.478 de Suplemento variable sobre el haber de las Jubilaciones, en autos “Korkhov, Heorhiy c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Desarrollo y otro si amparo y sumarisimos con medida cautelar adjunta”, del 9 de abril de 2013. Relata que en esa ocasión la mencionada sala confirmó la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la acción iniciada por el Sr. Korkhov y ordenado al Estado Nacional dictar un nuevo acto administrativo en el que se expidiera sobre la pensión por vejez, sin considerar el requisito de 40 años de residencia mínima continuada en el país establecido en el artículo 1, incisos d y e, del Anexo I del decreto 582/03, sentencia que quedó firme en virtud de la desestimación por parte de la Corte Suprema del recurso de queja interpuesto por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación

Concluye, que las circunstancias de autos, analizadas a la luz de los fallos referidos de la Corte Suprema, ameritan desestimar los agravios interpuestos por la demandada.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs.161/171 vta.), que contestado por la accionante (fs. 178/182) y por el representante del Ministerio Público de la Defensa (183/186) y denegado (fs. 188/189), motivó la presente queja (fs. 31/35 vta. del cuaderno de queja).

La recurrente plantea la existencia de cuestión federal en tanto la sentencia recurrida cuestionó la validez del decreto 432/97 y la decisión fue contra su validez, desconociendo los términos claros y precisos de la normativa que rige las pensiones no contributivas. Esgrime que la sentencia del *a quo* no es derivación razonada del derecho aplicable. Agrega que la sentencia denota la falta de consideración de los agravios y la falta de valoración de la norma que rige la materia.

Señala que no existe contradicción entre la letra del decreto 432/97 y el texto constitucional, ya que, conforme el artículo 16 de la Constitución Nacional, pueden establecerse válidamente diferencias siempre que no sea entre personas que se encuentren en la misma situación. Máxime en estos casos en los que los recursos presupuestarios se encuentran en juego y donde el Estado sin desatender los principios constitucionales en la materia, debe velar porque tales beneficios no se conviertan en una carga de tal magnitud que pueda afectar el nivel global de otras prestaciones y obligaciones a su cargo. Por ello, señala que no corresponde tachar la norma de inconstitucional en base a la diferencia que establece entre nacionales y extranjeros.

Agrega que la garantía de la igualdad ante la ley no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes con tal que la distinción no suponga hacerlo entre quienes se encuentren en la misma situación. Hay “distinción” pero no “discriminación” que importe un supuesto de vulneración de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional.

En apoyo de su postura cita el voto del juez Maqueda en el caso “Reyes Aguilera” -al que caracteriza erróneamente como disidente-, donde sostiene que el legislador puede establecer diferencias entre nacionales y extranjeros siempre que tal decisión responda a intereses que involucren el bienestar general y resulte razonable y proporcional a los propósitos que se persiguen. A su vez, señala que el voto ci-

tado justifica la imposición del requisito de residencia en la necesidad de cierto grado de integración y permanencia que deberían observar quienes se incorporan a un sistema de asistencia social

Puntualiza que la norma impugnada impone el requisito de residencia en el país a todos los peticionantes de las pensiones asistenciales por invalidez como también respecto de las pensiones por vejez, por ser madre de más de 7 hijos y otras pensiones especiales. Sostiene que, incluso, la norma incorpora a los argentinos nativos, lo que da cuenta que el fin buscado por la reglamentación radica en que el beneficiario habite el territorio de la República Argentina, si bien con mayor exigencia conforme al compromiso que el solicitante tenga para con el país.

Por otro lado, esgrime que en la provincia de Buenos Aires, la ley 10.135 (modificada por ley 11.317) prevé un régimen especial de prestaciones que consta de una asignación mensual equivalente al monto de la jubilación mínima dispuesta para los agentes de la Administración Pública provincial, al que la actora no tendría limitación alguna de ocurrir y cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

Al mismo tiempo, plantea que la sentencia del *a quo* es arbitraria, ya que no tuvo en cuenta el pedido de naturalización en trámite en virtud del cual, de acreditarse una residencia continuada de cinco años, se tornaría abstracta la cuestión debatida en autos.

Por último, plantea la existencia de gravedad institucional por cuanto las particularidades de la cuestión exceden el interés particular ya que la sentencia recurrida falla contra los claros conceptos de una norma legal, manifestando hacerlo, erróneamente en virtud de precedentes de la Corte Suprema.

-III-

En mi entender, el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia definitiva de la causa fue mal denegado por cuanto se ha puesto en tela de juicio la interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de tratados de derechos humanos (art. 16, CN y normas internacionales concordantes) y la decisión ha sido adversa a las pretensiones que la apelante funda en ellas (artículo 14 de la ley 48, inc. 3). Por lo tanto, el recurso de queja es procedente.

-IV-

En el caso se halla en discusión la constitucionalidad del artículo 1, inciso e, del decreto 432/97 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamen-

tario de la ley 13.478 que determina que para acceder a la pensión por invalidez los extranjeros deberán acreditar una residencia continuada en el país de 20 años.

Entiendo que la controversia federal bajo examen encuentra adecuada y suficiente respuesta en el precedente “Reyes Aguilera” (Fallos: 330:3853) en el que la Corte Suprema, con distintos votos, declaró la inconstitucionalidad del requisito de 20 años de residencia para acceder a la pensión por invalidez por resultar irrazonable y desproporcionado. Ese fallo resulta aplicable al sub lite en tanto, en los dos casos, los presupuestos fácticos resultan sustancialmente semejantes: se trata de personas extranjeras que solicitan acceder a la pensión por ser personas con discapacidad y carecer de medios alternativos de subsistencia y el órgano administrativo desestimó la solicitud por el incumplimiento del requisito legal apuntado.

En este caso, según constancias de la causa, la señora M C, nacida en Perú, de 50 años de edad al momento del reclamo, posee una discapacidad de tipo psiquiátrico (trastorno bipolar de la personalidad) que, según la historia clínica y el certificado psiquiátrico emitido por el Hospital Alejandro Korn asciende al 80% de invalidez permanente. Desde el año 2007 cuenta con certificado de discapacidad de carácter permanente, carece de trabajo y de posibilidades ciertas de ser empleada, no posee bienes, vivienda o posibilidad de alquilar una y vive provisoriamente con su hermana y su familia que, debido a la situación de emergencia en la que se encuentra, le reserva un pequeño espacio en su casa. Es decir, la peticionante atraviesa un cuadro de extrema vulnerabilidad psíquica y social.

A su vez, la señora M C, ingresó al país en 1987, año en el que le fue otorgado el DNI, luego declarado vigente por el Registro Nacional de las Personas (y anulado otro posterior que le había sido otorgado erróneamente). En el año 2000 viajó a Perú por motivos familiares, en calidad de turista y al cabo de unos pocos meses regresó a la Argentina y no volvió a salir del país. De modo que la señora M C, ha residido en Argentina desde el año 1987 hasta el presente -alrededor de 31 años-, con un intervalo de 6 meses, circunstancia que, según el juez de primera instancia, impediría cumplir con el requisito que exige la norma de “residencia mínima continuada” (art. 1, inc. e, del decreto reglamentario 432/97). Si bien esta cuestión no llega controvertida a la presente instancia, es preciso tener en cuenta el lapso extendido de residencia de M C en Argentina -que supera ampliamente los 20 años requeridos por el decreto-, y se desarrolló siempre con vocación de permanencia y de integración al país.

Debo destacar además que, de manera reciente, en la causa “Fernández Machaca” (CSJ 1351/2015/RH1, sentencia del 2 de marzo de 2016), en un caso análogo al que se discute en autos, la Corte rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había resuelto el caso conforme el fallo “Reyes Aguilera”. Similar temperamento adoptó en las actuaciones caratuladas “Korkhov, Heorhiy c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Desarrollo y otro s/ amparo y sumarísimos con medida cautelar adjunta” (CSJ 53/2014 (50-K)).

Sin perjuicio de lo hasta aquí manifestado, en mi entender, la postura de la Corte en el precedente “Reyes Aguilera” se ve reforzada por argumentos fundados en normativa internacional adoptada por el Estado argentino con posterioridad a esa sentencia, como la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que goza de jerarquía constitucional desde el año 2014, e interpretaciones realizadas por los órganos de aplicación de tratados, que deben ser consideradas por la Corte como guía particularmente relevante en la hermenéutica de tal normativa (Fallos 333:2306, “Álvarez”; 335: 452, “Q.C., S.Y”).

En esta línea, cabe resaltar que en cuanto a la naturaleza de la prestación reclamada, el sistema de pensiones no contributivas para las personas con discapacidad instrumenta de manera directa derechos fundamentales de base constitucional, por lo que su regulación y administración debe observar las reglas del debido proceso adjetivo y sustantivo.

En efecto, la pensión por invalidez consiste en una transferencia de dinero que es conferida a las personas con discapacidad imposibilitadas de generar ingresos laborales y que se hallan en una situación severa de precariedad económica. En tanto tal, resguarda el derecho a la seguridad social que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 *bis* y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 28 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad) y tiende a hacer efectivo el derecho a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 28, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; dictamen de esta Procuración en autos FRO 73023789/2011, “T. V.F. c/ ANSES y otro s/ varios”, del 3 de febrero de 2017).

Esta asignación garantiza, a su vez, la cobertura de salud a través del Programa Federal “Incluir Salud” (cf. resolución 1862/2011 del Mi-

nisterio de Salud, arts. 1 y 2) y, por lo tanto, se vincula de forma directa con el derecho a la salud (arts. 42 y 75, inc. 22, Constitución Nacional, art. 12, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 25 y 26, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad). En este aspecto específico, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados parte la adopción de medidas para garantizar el acceso a las prestaciones de rehabilitación relacionadas con la salud y proporcionar los servicios que se requieran como consecuencia de la discapacidad. La prestación responde, además, al deber estatal positivo de adoptar medidas de protección para atender las necesidades especiales de las personas con discapacidad a fin de que puedan alcanzar y mantener la máxima independencia, inclusión en la comunidad y participación en todos los aspectos de la vida (art. 19, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 5, párrs. 18 y 19; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 5, párrs. 5 y 6; Fallos 335:168, “P. de C”; dictámenes de esta Procuración General en autos FCB 22477/2014/CS1, “G.M.S. y otro en representación de su hija c/ INSSJP -PAMI si afiliaciones, del 3 de julio de 2018 y CSJ 701/2013 (49-G)/CS1, “G.I. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo ley 16.986”, del 28 de abril de 2015).

En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido, con especial referencia a los extranjeros, que éstos deben tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia y que cualquier restricción, debe ser proporcionada y razonable (Observación General 19, párr. 37).

Finalmente, en el examen de la cuestión cabe ponderar que distintos órganos de tratados de Naciones Unidas, cuyas recomendaciones respecto a nuestro país han sido tomadas en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos casos (Fallos: 335:197, “F.A.L.”, considerando 6; 331:2691, “García Méndez”, considerando 5 y Fallos 328:1146, “Verbitsky”, considerandos 50 y 51), expresaron preocupación por la legislación que impide el acceso a la pensión de las personas con discapacidad extranjeras que no cumplen con el requisito de residencia continua de 20 años, e instaron al Estado argentino a reformar esas disposiciones. En tal sentido, se pronunciaron el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/ARG/CO/1, 19 de octubre de 2012, punto 46), el Comité de Protección de los Derechos de Todos

los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW/C/ARG/CO/1, 23 de septiembre de 2011, punto 30.a) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/ARG/CO/3, 14 de diciembre de 2011, punto 15 y E/C.12/ARG/CO/4, 12 de octubre de 2018, puntos 26 y 27.a).

-V-

Por las razones expuestas, opino que corresponde admitir la queja interpuesta, declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 3 de mayo de 2019.
Víctor Abramovich.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social en la causa Miranda Castillo, Gloria Trinidad c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social de la Nación s/ amparo ley 16.986”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la actora promovió acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986 contra el Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Desarrollo Social, a fin de que se condene a la demandada a tomar las medidas pertinentes para otorgar la pensión por invalidez regulada por la ley 13.478 (fs. 36/43 vta. de los autos principales). Solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 1°, inc. e, del anexo I del decreto 432/97, reglamentario del art. 9° de la ley 13.478, en cuanto exige a los extranjeros acreditar una residencia mínima continua en el país de veinte (20) años.

La actora cuestionó la constitucionalidad de esa norma por entender que importa una flagrante violación al derecho a la salud y a la vida, derechos tutelados por los arts. 14, 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, por medio del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos,

señalando también que la norma produce la violación de la regla de trato igualitario y de no discriminación en razón de la nacionalidad.

2°) Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la decisión de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo promovida por la señora Miranda Castillo y, en consecuencia, había declarado la inconstitucionalidad del mencionado art. 1°, inc. e, del decreto 432/97 (fs. 155/157 vta. de los autos principales).

La alzada sostuvo que las circunstancias del caso, analizadas a la luz del precedente “R. A., D.” (Fallos: 330:3853) y de la causa “Korkhov, Heorhiy c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – M° Desarrollo y otro s/ amparos y sumarísimos con medida cautelar adjunta”, sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social el 9 de abril de 2013, ameritaban desestimar los agravios de la demandada.

3°) Que contra dicho pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja (fs. 31/35 vta.). El recurrente afirma la existencia de cuestión federal en tanto la sentencia apelada, al confirmar la sentencia de grado, decidió contra la validez del decreto 432/97, desconociendo los términos claros y precisos de la normativa que rige las pensiones no contributivas. Alega que no corresponde tachar de inconstitucional a la norma en cuestión a raíz de la diferenciación que efectúa entre nacionales y extranjeros, toda vez que la garantía constitucional de la igualdad ante la ley no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes.

4°) Que el recurso extraordinario federal es admisible en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional del art. 1°, inc. e, del anexo I del decreto 432/97 y la decisión impugnada ha sido contraria a tal validez (art. 14, inc. 1°, de la ley 48).

5°) Que es jurisprudencia tradicional de esta Corte que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas (Fallos: 301:693; 310:670; 320:2603), pues como órgano judicial tiene vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos, en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual (Fallos: 320:2603; 322:1436; 329:1898 y 330:5070).

Es preciso advertir que, tal como surge de los autos caratulados “Miranda Castillo Gloria Trinidad s/ Ciudadanía” (Expte. FLP 24103896/2010), la actora obtuvo la ciudadanía argentina por naturalización durante el transcurso de este proceso, con fecha 7 de octubre de 2016. De esta forma, a la luz de su nueva condición de argentina naturalizada, el agravio relativo a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º, inc. e, del anexo I del decreto 432/97 que dispone el plazo de residencia continua exigido para los extranjeros ha perdido virtualidad.

6º) Que, por último, cabe señalar que no corresponde integrar el depósito establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando -como en el caso- la Corte se abstiene de dictar pronunciamiento en la queja por considerarlo inoficioso (Fallos: 286:220 y 300:712; conf. causa “Hospital Privado Nuestra Señora de la Merced SA” -Fallos: 341:122-).

Por ello, oídos la señora Defensora General de la Nación y el señor Procurador Fiscal, se declara inoficioso emitir pronunciamiento en las presentes actuaciones. Exímese al recurrente de hacer efectivo el depósito. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*) – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que la actora inició acción de amparo contra el Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social, solicitando se declare la inconstitucionalidad del requisito exigido por el art. 1º, inc. e, del decreto 432/97 del Poder Ejecutivo Nacional, que prevé que para acceder a la pensión por invalidez los extranjeros deberán acreditar una residencia continuada en el país de 20 años, y se condene a la demandada

a tomar todas las medidas pertinentes para otorgar la pensión por discapacidad correspondiente.

Explicó que nació el 28 de marzo de 1964 en la República del Perú e ingresó al país en 1987, año en el que le fue otorgado el DNI, luego declarado vigente por el Registro Nacional de las Personas (y anulado otro posterior que le había sido otorgado erróneamente). Expresó que en el año 2000 viajó a Perú por motivos familiares, en calidad de turista y al cabo de unos pocos meses regresó a la Argentina y no volvió a salir del país. En ese sentido, señaló que ha residido en Argentina desde el año 1987 hasta el presente, con un intervalo de 6 meses.

Sostuvo poseer una discapacidad de tipo psiquiátrico (trastorno bipolar de la personalidad) que, según la historia clínica y el certificado psiquiátrico emitido por el Hospital Alejandro Korn que adjuntó, asciende al 80% de invalidez y que desde el año 2007 cuenta con certificado de discapacidad de carácter permanente. Invocó encontrarse en una situación de emergencia de extrema vulnerabilidad psíquica y social al carecer de trabajo y de posibilidades ciertas de ser empleada, no poseer bienes, vivienda o posibilidad de alquilar una y vivir provisoriamente con su familia.

Agregó que a principios de 2014 inició el trámite administrativo tendiente a la obtención de una pensión no contributiva de acuerdo a lo dispuesto en la ley 13.478 y sus modificatorias en la dependencia local del Ministerio, recibiendo una denegación en forma verbal bajo pretexto de no cumplir con los 20 años de residencia requeridos por su decreto reglamentario. En fecha 27 de febrero del mismo año reiteró la petición en la sede central, resolviéndose la imposibilidad de otorgarle la pensión por invalidez.

En fundamento de su petición señaló que el requisito impugnado violenta diversos derechos protegidos por la Constitución Nacional y por instrumentos internacionales vigentes por el reenvío de su art. 75 inc. 22.

2º) Que la demandada negó los hechos invocados por la accionante, y señaló que es necesario diferenciar los beneficios de la seguridad social del beneficio que solicita la actora, que revisten otra naturaleza, e implican el ejercicio de la potestad constitucional reconocida en el art. 75 inc. 20 (“*dar pensiones*”) de la Norma Fundamental. Destacó

las posibilidades de la actora de optar por adquirir la naturalización, como así también ampararse en el régimen legal vigente en la Provincia de Buenos Aires relativo a prestaciones asistenciales. Argumentó la falta de presupuestos que habiliten la acción de amparo, en particular la inexistencia de una decisión denegatoria que implique el agotamiento de la vía administrativa, y que el ponderar la aplicación al caso del precedente de esta Corte “R. A., D.” (Fallos: 330:3853) excedería el ámbito de evaluación de una acción de carácter excepcional como la intentada. Finalmente, expresó que la reglamentación contenida en el anexo I, punto I inc. e del decreto 432/97 no se encuentra reñida con el derecho a la igualdad, por cuanto -a su criterio- establece una distinción valedera entre supuestos que estima disímiles y que obedecen a una objetiva razón de diferenciación.

3º) Que el juez de primera instancia, al considerar que la cuestión ventilada en estos autos resultaba de similar tenor a la resuelta por la Corte Suprema en la causa “R. A., D.” (Fallos: 330:3853), donde se resolvió que el recaudo de residencia establecido en el decreto referido resulta inaplicable, por inconstitucional, en los casos que se encuentran reunidos todos y cada uno de los restantes requisitos para acceder a la prestación por invalidez exigidos por dicho cuerpo legal, hizo lugar a la acción de amparo entablada por la accionante y declaró la inconstitucionalidad del art. 1º, inc. e, del decreto 432/97 del Poder Ejecutivo Nacional, que prevé que para acceder a la pensión por invalidez los extranjeros deberán acreditar una residencia continuada en el país de 20 años. A su vez, ordenó a la demandada que, en el término de diez días hábiles de quedar firme la decisión, arbitrara las medidas necesarias a los fines de verificar la acreditación, por parte de la actora, de la totalidad de los requisitos previstos en la citada norma para la percepción de la asignación conforme los argumentos de su pronunciamiento.

Recurrido tal decisorio por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata estimó que las circunstancias de autos, analizadas a la luz de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ameritaban desestimar los agravios introducidos. Refirió en tal sentido al pronunciamiento de este Tribunal en la causa “R. A., D.” (Fallos: 330:3853) citado con anterioridad y la decisión adoptada en “Korkhov, Heorhiy c/ Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional- Mº Desarrollo y otro s/ amparos y sumarísimos con medida cautelar adjunta”, donde el

Tribunal había desestimado un remedio federal intentado contra una sentencia que ordenó al Estado Nacional dictar un nuevo acto administrativo en el que se expidiera sobre la pensión por vejez, sin considerar el requisito de 40 años de residencia mínima continuada en el país establecido en el art. 1º, incs. d y e, del Anexo I del decreto 582/03. Así, rechazó el recurso interpuesto por la demandada y confirmó la sentencia de primera instancia. Contra esta decisión el Ministerio citado interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la presente queja. Corrido el respectivo traslado, se pronunció la Procuración General de la Nación (fs. 51/55) y la Defensora General de menores (fs. 41/49 vta.).

4º) Que el recurrente funda el remedio extraordinario articulado en la existencia de cuestión federal sobre la base de señalar que la sentencia recurrida cuestionó el decreto 432/97 y la decisión fue contra su validez, desconociendo los términos claros y precisos de la normativa que rige las pensiones no contributivas.

Argumenta que la letra del decreto 432/97, al establecer una diferencia entre nacionales y extranjeros, no contradice la Constitución Nacional, en la medida que conforme su art. 16 podrían establecerse válidamente diferencias siempre que se refieran a personas que no se encuentren en la misma situación. Sostiene que tal criterio debe concluirse especialmente en estos casos en los que los recursos presupuestarios se encuentran en juego y donde el Estado, sin desatender los principios constitucionales en la materia, debe velar porque tales beneficios no se conviertan en una carga de tal magnitud que pueda afectar el nivel global de otras prestaciones y obligaciones a su cargo. Así, sostiene que en la norma impugnada se verifica una “distinción” pero no una “discriminación” que importe vulneración de los arts. 16 y 20 de la Constitución Nacional.

Agrega que, en la Provincia de Buenos Aires, la ley 10.135 (modificada por ley 11.317) prevé un régimen especial de prestaciones que consta de una asignación mensual equivalente al monto de la jubilación mínima dispuesta para los agentes de la administración pública provincial, al que la actora no tendría limitación alguna de recurrir y cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

Esgrime a su vez la arbitrariedad del pronunciamiento, al sostener que la cámara no tuvo en cuenta el pedido de naturalización en

trámite en virtud del cual –a su criterio–, de acreditarse una residencia continuada de cinco años, se tornaría abstracta la cuestión debatida en autos. Por último, plantea la existencia de gravedad institucional al sostener que la cuestión en debate excede el interés particular.

5°) Que el remedio intentado suscita cuestión federal bastante para su consideración por la vía intentada, en la medida en que los agravios de la recurrente y los argumentos introducidos por la Defensora General de la Nación (fs. 41/49 vta.) ponen de manifiesto que lo que aquí se discute atañe a la aplicación, inteligencia e interpretación de normas constitucionales (arts. 16, 20, 75, incs. 22 y 23). En este plano, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido (Fallos: 320:1602 y 323:1656).

Por otra parte, los planteos de la recurrente circunscriptos a la arbitrariedad de la sentencia en torno a la procedencia de la vía del amparo resultan ineficaces para habilitar la vía extraordinaria, ya que remiten a cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal, materias propias de los jueces de la causa y ajenas –como regla y por su naturaleza– al remedio del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la sentencia cuenta con motivaciones suficientes que, al margen de su acierto o error, le dan sustento como acto jurisdiccional (Fallos: 341:688, entre muchos otros).

6°) Que corresponde señalar que no obsta a la intervención de este Tribunal el hecho de que, con posterioridad a la interposición de la demanda, en fecha 7 de octubre de 2016, la actora haya obtenido la ciudadanía argentina por naturalización, a partir de lo cual no se verificaría la aplicación del requisito cuya constitucionalidad se ha impugnado (el art. 1°, inc. e, del anexo I del decreto 432/97), e incluso que podría darse por cumplido el requisito establecido por el art. 1°, inc. d, que dispone que los argentinos nativos o naturalizados, residentes en el país, deberán contar con una residencia continuada de por lo menos cinco (5) años. En su caso, la verificación de esta nueva condición por parte de la actora habría tornado inoficioso el planteo de inconstitucionalidad articulado hacia el futuro, pero subsiste el interés en relación al período anterior a la adquisición de la nacionalidad durante el cual la actora mantenía la condición de extranjera, lo que exigía analizar la aplicabilidad del requisito cuya constitucionalidad se ventila en el *sub examine* (Fallos: 343:1871, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti, entre otros).

Ello así, dado que los actos que reconocen la existencia de un derecho previsional tienen efecto declarativo y no constitutivo de aquel, que se consolida al momento de cumplir con los requisitos correspondientes (Fallos: 342:263 y 738, entre muchos otros); tal consolidación no puede ser desconocida, incluso, en el caso de que no haya sido ejercido el derecho (Fallos: 329:3207).

7°) Que la cuestión a discernir por este Tribunal consiste en dirimir la constitucionalidad del art. 1°, inc. e, del Anexo del decreto 432/97 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la ley 13.478, que establece la obligatoriedad de los extranjeros de acreditar la residencia continuada en el país durante 20 años como condición para acceder a la pensión por invalidez. El tema ha recibido tratamiento expreso de este Tribunal en el precedente “R. A., D.” (Fallos: 330:3853), donde la mayoría compuesta por los votos conjuntos de los jueces Fayt y Zaffaroni, y Petracchi y Argibay -respectivamente- y el voto concurrente del juez Maqueda, resolvió la inconstitucionalidad del requisito en crisis. Asimismo, ha sido recientemente estudiada en la disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en autos “Silva Leal” (Fallos: 343:1871), donde se concluye que el plazo de 20 años exigido a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de la pensión luce manifiestamente irrazonable en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional.

8°) Que, conforme se expuso en el pronunciamiento citado, a los fines de delimitar el plexo normativo de aplicación en la causa, es necesario en primer término pronunciarse sobre la naturaleza de la pensión cuyos requisitos se encuentran reglamentados por la norma citada.

A tal efecto, cabe considerar que el art. 3° de la ley 13.478 creó el Fondo Estabilizador de Previsión Social para atender los déficits de los organismos de previsión social, el pago del suplemento variable, las “*pensiones graciables acordadas o a otorgarse y las pensiones a la vejez creadas por esta ley*”. Del tenor literal señalado, se colige necesariamente la diferenciación que formuló el legislador entre las dos instituciones a que hace referencia: i) las pensiones denominadas “graciables”, y ii) las pensiones destinadas a la vejez. Al regular estas últimas, el art. 9° de la ley de referencia amparaba a las personas de sesenta años o más, no cubiertas por un régimen de previsión y con exigencia de otros requisitos.

A su vez, la ley 18.910 incorpora, como un supuesto diferenciado para acceder a la pensión la alternativa, que la persona se encuentre “imposibilitada de trabajar”. Finalmente, la ley 20.267 sustituyó el art. 9° de la ley 13.478 y sus modificatorias y dispuso “*Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de sesenta y cinco o más años de edad o imposibilitada de trabajar*”.

En síntesis, como ha señalado la Corte en Fallos: 330:3853 citado (voto del juez Maqueda, considerando 4°, y argumento del voto de los jueces Fayt y Zaffaroni, considerando 2°), una lectura sistemática y consistente de las normas mencionadas revela que las pensiones a la vejez y a la invalidez (tal como la denomina el decreto reglamentario) no son identificables con las pensiones gratificables ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto al régimen de concesión.

La interpretación que antecede es la que mejor se compeadece con la índole de los derechos que se encuentran en juego. Es que las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos: 300:417; 302:1209, 1284; 303:248 y sus citas).

En consecuencia, el beneficio en juego no deriva de la atribución del Poder Legislativo de “dar pensiones” (tradicionalmente llamadas pensiones gratificables) contenida en el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional -cuyo reconocimiento pertenece a la órbita de discrecionalidad del órgano legislativo-, sino que, por el contrario, se encuentra encuadrada en el ámbito de la legislación relativa a la seguridad social, conforme el art. 75, inc. 12, de la Norma Fundamental argentina (Fallos: 330:3853, voto de los jueces Fayt y Zaffaroni, considerando 2°, voto del juez Maqueda, considerando 4°).

Así, el sistema de seguridad social subsume tanto aquellas pensiones contributivas como no contributivas. En esta orientación, corresponde la ponderación de la norma impugnada a la luz de los principios establecidos en los arts. 14 bis y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional,

e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional vigentes por el reenvío del art. 75, inc. 22 (arts. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 28, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). En referencia al colectivo de personas con discapacidad resulta de aplicación a la causa el art. 9 del Pacto Internacional supra aludido, tal como lo ha puntualizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “[L]os regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. Como se indica en las Normas Uniformes ‘Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo’” (Observación General n° 5. Las personas con discapacidad, HRI/GEN/1/Rev. 6, ps. 34/35, párr. 28. La referencia es a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - anexo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/96, 20-XII-1993).

9°) Que, arribados a este punto, resulta necesario ponderar si es compatible con el texto constitucional argentino el reconocimiento al legislador de la facultad de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros en el contexto de los fines que persigue la norma cuestionada, y en relación con la naturaleza de los derechos y garantías que se pretende proteger.

En lo que refiere a distinciones entre nacional y extranjero, resulta imprescindible considerar que el art. 20, primera parte, de la Constitución Nacional, consagra que “[L]os extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...”. En cuanto a la garantía de igualdad ante la ley, radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable paridad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios,

de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (Fallos: 342:411 citado).

En esa inteligencia, el trato diferenciado entre nacionales y extranjeros no es en principio inconstitucional en los términos de los arts. 16, 20 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, razón por la cual el legislador se encuentra habilitado a invocar la distinción con la exigencia de que tal decisión responda a intereses que involucren el bienestar general y encuentren una justificación razonable y proporcional en relación con los propósitos que se persiguen. Tal distinción no importa *per se* un supuesto de discriminación; ello sin perjuicio de analizar el grado de razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas que se deriven de tal configuración normativa en relación con la finalidad de la norma, de manera de evitar resultados disvaliosos o excesivamente gravosos.

10) Que el decreto 432/97 recurre a la exigencia del requisito de residencia continua en el país como presupuesto para el otorgamiento de la pensión no contributiva en estudio tanto para ciudadanos como extranjeros, previéndose para cada caso una distinta extensión. Así, para los ciudadanos rige la extensión prevista en el inc. d del art. 1° del Anexo I, conforme el cual “[L]os naturalizados deberán contar con una residencia continuada en el mismo de por lo menos cinco (5) años anteriores al pedido del beneficio”. El requisito se extiende a 20 años en el caso de los extranjeros.

En tal entendimiento, si bien es cierto que la “no permanencia” como factor de restricción de derechos ha sido analizada por este Tribunal, tal ponderación ha contemplado casos diversos al presente: a título de ejemplo, al justipreciar la constitucionalidad de la fijación de sobretasas o recargos por ausentismo (Fallos: 147:402; 171:390; 190:159; 210:1208; 211:389; 220:1310; 223:401; 239:157; 314:1293), la Corte ha convalidado la determinación de diversas categorías de contribuyentes por motivos tales como la mayor o menor vinculación del dueño con el país en que la riqueza gravada tiene su asiento o su fuente. Ahora bien, el supuesto en estudio difiere al analizado en los casos precitados, dado que en la presente causa el requisito de residencia continua en el país es exigido como recaudo para la obtención del beneficio, es decir, para la consolidación misma del derecho.

En la justipreciación de su razonabilidad, es necesario considerar que el requisito de residencia en el país aparece en el *sub judice* ligado a la necesidad de asegurar un cierto grado de integración y permanencia que resulta de relevancia jurídica al tiempo de organizar un sistema de asistencia social (arg. voto del juez Maqueda en Fallos: 330:3853, considerando 14). En esa inteligencia, la residencia continua en el país (tanto para naturalizados como para extranjeros) constituye un requisito constitucionalmente válido para garantizar en términos de igualdad formal y sustantiva el acceso a la prestación asistencial.

11) Que, sentado lo anterior, corresponde ponderar la validez constitucional y el grado de razonabilidad que reviste la extensión del lapso de 20 años de residencia continuada exigido por la reglamentación para los extranjeros, a fines de acceder al beneficio no contributivo señalado, especialmente a la luz del plexo normativo y axiológico en el que se subsume la pensión no contributiva en análisis, los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad que se encuentran reglamentados por la norma y las obligaciones estatales en la materia, en los términos del art. 75, inc. 23, e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (específicamente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Específicamente, los recaudos exigidos por el decreto 432/97, reglamentario de la ley 13.478 y sus modificatorias, permiten concluir que la norma apunta a reconocer el acceso al beneficio a aquellos que se encuentran en contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego la “subsistencia” misma de la persona humana carente de “recursos o amparo”, para usar vocablos del propio decreto 432/97 y, con ello, la vigencia efectiva de sus derechos fundamentales básicos.

En efecto, la norma se presenta como uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en el texto constitucional y replicados en los tratados internacionales, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y, en definitiva, a gozar de igualdad de oportunidades. En este sentido, se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son (arg. Fallos: 342:411).

La preferente tutela de la que gozan las personas en situación de vulnerabilidad, en particular las personas discapacitadas, y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamentales, según se encuentra prescripto en el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos (Fallos: 332:2454).

12) Que a la luz de los derechos y principios constitucionales involucrados en la reglamentación cuya constitucionalidad se ha impugnado, se reitera el criterio señalado en la disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en la causa “Silva Leal” (Fallos: 343:1871), conforme al cual el plazo de 20 años exigido a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de la pensión luce manifiestamente irrazonable en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional.

En efecto, la exorbitancia del plazo convierte en ilusorio el derecho a la pensión en un tiempo oportuno y adecuado. No reúne los requisitos mínimos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ni ofrece una justificación plausible para sustentar la diferencia entre naturalizados y extranjeros, conforme criterios democráticamente aceptados. La habilitación constitucional para establecer diferencias entre nacionales y extranjeros no releva al legislador de establecer requisitos razonables para unos y para otros, de manera de no alterar el derecho que se pretende reconocer. No está en discusión el criterio según el cual es constitucionalmente válido establecer no solo el requisito de la residencia sino de que esta cumpla un plazo determinado. Es la desproporción de la extensión del plazo lo que lo convierte en inconstitucional.

La irrazonabilidad del plazo consignado importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino.

13) Que, en mérito a lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia recurrida que declara la inconstitucionalidad del art. 1º, inc. e, del decreto 432/97 respecto del plazo de veinte años exigido a la residencia continua de un extranjero a los efectos de acceder a la pensión por invalidez regulada por el art. 9º de la ley 13.478 (y sus modificatorias).

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la decisión recurrida. Acumúlese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación), representado por la Dra. Carolina Raquel Jaschevatzky.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal n° 2 de La Plata.

TRANSPORTADORA GAS DEL NORTE SA - INC. DE REC. EXT. II
Y OTRO C/ RESOLUCIÓN 526/04 ENARGAS Y OTRO S/ INTERLOCUTORIO

SERVIDUMBRES DE GASODUCTO

Es arbitraria la sentencia que para fijar la indemnización que se deriva de la pérdida del valor de la propiedad gravada por una servidumbre de gasoducto se fundó en lo establecido por la resolución ENARGAS 584/98, pues dicha norma solo estableció el procedimiento para determinar el canon provisorio a pagar por el uso del suelo por parte de la prestataria del servicio en los supuestos en los cuales el titular de la servidumbre y el superficiario no lograran llegar a un acuerdo sobre el monto a pagar, por lo cual la fórmula que, entre otros parámetros, contempló la valuación fiscal del predio afectado por la servidumbre es de aplicación, exclusivamente, para determinar las sumas debidas por ese particular concepto, sin que los criterios allí contemplados puedan extenderse, sin más, a otras reparaciones derivadas de la constitución de la servidumbre.

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

SERVIDUMBRES DE GASODUCTO

La metodología y parámetros establecidos en la resolución ENARGAS 584/98 no contemplan las indemnizaciones que se derivan de la pérdida del valor de la propiedad gravada por una servidumbre de gasoducto.

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

SERVIDUMBRES DE GASODUCTO

Ante la ausencia de una respuesta normativa singularizada en relación a las pautas para fijar las indemnizaciones que se derivan de la pérdida del valor de la propiedad gravada por una servidumbre de gasoducto, corresponde recurrir a los principios establecidos en leyes análogas y esta analogía debe orientarse hacia las normas del derecho público, debido a que la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, por lo cual se debe buscar respuesta en la ley nacional de expropiaciones que es la norma típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público lo exija.

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

SERVIDUMBRES DE GASODUCTO

Aun cuando la servidumbre no implica la privación absoluta del dominio del bien como ocurre en la expropiación, ya que éste solo se encuentra afectado por una restricción parcial, nada impediría la aplicación de aquellas pautas de la ley de expropiaciones que resulten compatibles entre ambas especies de limitaciones a la propiedad; así en este aspecto, no se encuentran objeciones para recurrir a las disposiciones del artículo 10 de la ley 21.499, en cuanto prevé que es el valor objetivo del bien el que debe tomarse en cuenta para fijar el monto del resarcimiento.

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

SERVIDUMBRES DE GASODUCTO

Toda vez que la constitución de una servidumbre administrativa importa para el propietario de la cosa la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio al ver afectada su exclusividad, y recíprocamente, conferir a la Administración Pública una atribución jurídica sobre la cosa, la reparación deberá determinarse en función del porcentaje de desvalorización del predio como consecuencia de la limitación al dominio que comporta el paso del gasoducto; tal solución se compatibiliza con el debido respeto a la inviolabilidad de la propiedad privada garantizada por la Constitución Nacional, cuyo principio no sólo rige los supuestos concretos de expropiación sino todos aquellos donde un derecho patrimonial deba ceder por razones de interés público.

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

SERVIDUMBRES DE GASODUCTO

Ante la ausencia de una respuesta normativa singularizada en relación a las pautas para fijar las indemnizaciones que se derivan de la pérdida del valor de la propiedad gravada por una servidumbre de gasoducto, corresponde buscar respuesta en la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, en tanto la aplicación de dicha norma es pertinente en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 24.076, que hace referencia a ella a los efectos de la determinación del monto provisorio que deben pagar los transportistas a los propietarios afectados por la servidumbre y si bien allí no se contempla la reparación que el Estado Nacional debe abonar al superficiario como consecuencia del proceso de regularización de las servidumbres existentes (artículo 22, inciso 2, de la reglamentación aprobada por el decreto 1738/92), indudablemente se trata de una pauta normativa relevante para la decisión de la controversia (Voto del juez Rosenkrantz).

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien los agravios expresados por el actor con respecto al criterio adoptado para calcular el monto del resarcimiento por la servidumbre administrativa de gasoducto remiten al análisis de cuestiones de hecho y de derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas a la ins-

tancia del art. 14 de la ley 48, no es menos cierto que la tacha de arbitrariedad resulta procedente cuando la sentencia presenta defectos en el tratamiento jurídico del tema debatido, lo cual torna dogmática la fundamentación normativa del pronunciamiento y justifica la intervención de la Corte sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad.

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

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Julio Héctor Viario en la causa Transportadora Gas del Norte SA - inc. de rec. ext. II y otro c/ resolución 526/04 ENARGAS y otro s/ interlocutorio”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró –en lo que al caso concierne–, el derecho del propietario de un inmueble a percibir una indemnización del Estado Nacional por la servidumbre administrativa de gasoducto que se había constituido sobre ese predio y, a tal efecto, dispuso la remisión de las actuaciones al Tribunal de Tasaciones de la Nación, para que procediese a calcularla atendiendo a la valuación fiscal del bien a la fecha en que el actor había adquirido el dominio, y a la posterior fecha de inscripción de la servidumbre. Contra esta decisión, el demandante interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que el *a quo* sostuvo que, según lo había indicado el Tribunal de Tasaciones de la Nación, la desvalorización del predio como consecuencia del paso del gasoducto había sido de un 40%, y que si bien aquel organismo había efectuado el cálculo considerando el valor de mercado del bien gravado, correspondía que el monto del perjuicio se estimara tomando como base de cálculo el valor fiscal del inmueble, de conformidad con la pauta directriz establecida en la resolución ENARGAS 584/98.

3°) Que el actor cuestiona lo decidido por la alzada por considerar que los parámetros contenidos en el Anexo I de la resolución ENARGAS 584/98 –entre los cuales se incluye el valor fiscal del predio– fueron establecidos al solo efecto de determinar el valor provisorio del canon por el uso del suelo por parte de la prestataria del servicio, por lo que de ningún modo pueden tomarse como referencia para fijar el monto de la indemnización por la desvalorización del terreno. Considera, en este sentido, que el resarcimiento reconocido por el tribunal de grado debe calcularse conforme a las reglas del derecho común, tal como lo establece el artículo 10 de la misma resolución, según el cual, los montos por indemnizaciones debidas por daños y perjuicios derivados de las tareas de construcción, operación, reparación, inspección o ampliación de los gasoductos o instalaciones, deberán ser resarcidos al propietario o superficiario –según corresponda– conforme a las reglas del derecho común.

4°) Que si bien los agravios expresados por el actor con respecto al criterio adoptado para calcular el monto del resarcimiento remiten al análisis de cuestiones de hecho y de derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, no es menos cierto que la tacha de arbitrariedad resulta procedente cuando, como en el *sub examine*, la sentencia presenta defectos en el tratamiento jurídico del tema debatido, lo cual torna dogmática la fundamentación normativa del pronunciamiento y justifica la intervención del Tribunal sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 307:933; 320:2675, entre otros).

5°) Que, tal como se señalara, el *a quo* invocó como sustento de su decisión las previsiones de la resolución ENARGAS 584/98. Sin embargo, mediante esta norma solo se estableció el procedimiento para determinar el “canon provisorio” a pagar por el uso del suelo por parte de la prestataria del servicio en los supuestos en los cuales el titular de la servidumbre y el superficiario no lograran llegar a un acuerdo sobre el monto a pagar. De manera que la fórmula que, entre otros parámetros, contempló la valuación fiscal del predio afectado por la servidumbre es de aplicación, exclusivamente, para determinar las sumas debidas por ese particular concepto, sin que los criterios allí contemplados puedan extenderse, sin más, a otras reparaciones derivadas de la constitución de la servidumbre.

6°) Que, tampoco puede entenderse que las disposiciones de los artículos 9° *in fine* y 10° de la resolución examinada den solución a la

cuestión aquí planteada pues las pautas indemnizatorias que en ellos se establecen se refieren a los perjuicios que pudieran ocasionarse como consecuencia de la colocación de instalaciones afectadas al servicio de gas, o bien con los que podrían generarse durante la construcción u operación del gasoducto, respectivamente, supuesto que claramente difiere del examinado en el *sub lite*.

7°) Que, como se advierte, la metodología y parámetros establecidos en la resolución ENARGAS 584/98 no contemplan las indemnizaciones que, como la reconocida en autos, se derivan de la pérdida del valor de la propiedad gravada por una servidumbre de gasoducto.

8°) Que ante la ausencia de una respuesta normativa singularizada que permita dar solución al conflicto, corresponde recurrir a los principios establecidos en leyes análogas (confr. Fallos: 325:662). Esta analogía, como ha señalado la Corte, debe orientarse hacia las normas del derecho público (Fallos: 330:5306 y 5404), debido a que la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público. Ello conduce, en el caso, a buscar respuesta en la Ley Nacional de Expropiaciones que es la norma típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público lo exija; pues sin esas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir con sus funciones (doctrina de Fallos: 301:403; dictamen de la señora Procuradora Fiscal en Fallos: 312:659, al que esta Corte remitió).

9°) Que no obsta a lo expuesto el hecho de que, al resolver la causa obrante en Fallos: 330:5404, esta Corte haya descartado la aplicación analógica de la ley de expropiaciones ante un reclamo de pago de una indemnización derivada de una servidumbre administrativa, pues en ese supuesto solo se señaló la imposibilidad de recurrir al plazo de prescripción previsto en la ley 21.499 para hacer efectiva la responsabilidad estatal por expropiación irregular atento a que el término establecido en la norma no contemplaba que el pago de la indemnización debiera hacerse en forma periódica, como ocurría en el caso de la servidumbre administrativa.

10) Que esas diferencias sustanciales no se advierten en el presente, pues aun cuando la servidumbre no implica la privación absoluta del dominio del bien como ocurre en la expropiación, ya que éste solo se encuentra afectado por una restricción parcial, nada impediría la

aplicación de aquellas pautas de la Ley de Expropiaciones que resulten compatibles entre ambas especies de limitaciones a la propiedad. En este aspecto, no se encuentran objeciones para recurrir en el caso las disposiciones del artículo 10 de la ley 21.499, en cuanto prevé que es el valor objetivo del bien el que debe tomarse en cuenta para fijar el monto del resarcimiento. Máxime si se toma en consideración los criterios establecidos por esta Corte en esa materia (Fallos: 329:5467; 326:2329; 242:224; 268:112, entre otros).

11) Que cabe señalar, en este sentido, que la constitución de una servidumbre administrativa importa para el propietario de la cosa la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio al ver afectada su exclusividad, y recíprocamente, conferir a la Administración Pública una atribución jurídica sobre la cosa (Fallos: 330:5404). En tales condiciones, la reparación deberá determinarse en función del porcentaje de desvalorización del predio como consecuencia de la limitación al dominio que comporta el paso del gasoducto. Tal solución se compatibiliza con el debido respeto a la inviolabilidad de la propiedad privada garantizada por la Constitución Nacional, cuyo principio no sólo rige los supuestos concretos de expropiación sino todos aquellos donde un derecho patrimonial deba ceder por razones de interés público (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo IV, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 1098).

12) Que, en las condiciones expuestas, cabe concluir que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo parcialmente lugar al recurso directo planteado por el titular de un inmueble afectado por una servidumbre administrativa de gasoducto en contra de la resolución adoptada por el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) el 17 de febrero de 2003, con los siguientes alcances: a) confirmó la decisión del ENARGAS en cuanto fijó el pago de un canon mensual a cargo de Transportadora de Gas del Norte, desde el 29 de diciembre de 1997; b) ordenó al ENARGAS que practicara liquidación del citado canon atendiendo las modificaciones que haya experimentado la valuación fiscal del inmueble desde 2003; y c) declaró el derecho del actor a percibir por parte del Estado Nacional una indemnización por la desvalorización del inmueble consecuencia de la constitución de la servidumbre, la que debía ser estimada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación atendiendo la valuación fiscal del predio a la fecha en que el actor adquirió el dominio del inmueble y a la posterior fecha de inscripción de la servidumbre.

Para así decidir en lo que respecta a la indemnización a cargo del Estado Nacional —cuestión controvertida en esta queja— el *a quo* sostuvo que, según lo había indicado el Tribunal de Tasaciones de la Nación, la desvalorización del predio como consecuencia del paso del gasoducto había sido de un 40%. Agregó que si bien aquel organismo había efectuado el cálculo considerando el valor de mercado del bien gravado, correspondía que el monto del perjuicio se estimara tomando como base de cálculo el valor fiscal del inmueble, de conformidad con la pauta directriz establecida en la resolución ENARGAS 584/98.

2º) Que, contra esta sentencia, el titular del inmueble afectado por la servidumbre interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

El actor cuestiona lo decidido por la alzada por considerar que los parámetros contenidos en el Anexo I de la resolución ENARGAS 584/98, entre los cuales se incluye el valor fiscal del predio, fueron establecidos al solo efecto de determinar el valor provisorio del canon

por el uso del suelo por parte de la prestataria del servicio, por lo que de ningún modo pueden tomarse como referencia para fijar el monto de la indemnización por la desvalorización del terreno. Considera, en este sentido, que el resarcimiento reconocido por el tribunal de grado debe calcularse conforme a las reglas del derecho común, tal como lo establece el artículo 10 de la misma resolución, según el cual, los montos por indemnizaciones debidas por daños y perjuicios derivados de las tareas de construcción, operación, reparación, inspección o ampliación de los gasoductos o instalaciones, deberán ser resarcidos al propietario o superficiario – según corresponda – conforme a las reglas del derecho común.

Por otro lado, sostiene que la cámara incurrió en contradicción puesto que al momento de dar intervención al Tribunal de Tasaciones le requirió que calculara el valor real del inmueble. Por este motivo considera que la sentencia es arbitraria.

3°) Que los agravios planteados suscitan cuestión federal suficiente en tanto se encuentra en discusión el alcance de la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional como así también la interpretación y aplicación de las normas federales que rigen las servidumbres gasíferas (artículo 22 de la ley 24.076, resolución ENARGAS 584/1998, entre otras), y la decisión del *a quo* ha sido contraria al derecho que el actor fundó en la normativa citada.

Asimismo, al ser invocadas causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, procede que tales planteos sean examinados en forma conjunta (Fallos: 314:1460 y 324:667, entre muchos otros).

4°) Que en la causa se discute cómo debe calcularse la indemnización de los daños causados al actor por la constitución y regularización de una servidumbre de gasoducto, en un terreno de su propiedad ubicado sobre el kilómetro 43 de la Autopista Panamericana (ruta 8), en el partido de Pilar, Provincia de Buenos Aires.

No se encuentra controvertido en esta instancia que el actor adquirió el inmueble en cuestión el 9 de noviembre de 1999 (ver escritura a fojas 11 y siguientes), ni que al momento de la adquisición la referida servidumbre no estaba formalmente constituida ni registrada (conf. resolución ENARGAS 1864/00 e inscripción registral del 10 de mayo

de 2001, fojas 32). Tampoco es motivo de disputa el derecho del actor a percibir un canon mensual por el uso del suelo a cargo de la licenciataria del servicio de transporte de gas a partir del 27 de diciembre de 1997, en tanto Transportadora de Gas del Norte consintió la sentencia en este punto.

Asimismo, es importante destacar que en el día de la fecha esta Corte ha desestimado el recurso de queja interpuesto por el Estado Nacional ante la denegatoria del recurso extraordinario planteado en contra de la sentencia de cámara reseñada en el considerando 1°), en el que cuestionó el porcentaje de desvalorización del inmueble fijado por el Tribunal de Tasaciones de la Nación (conf. causa CAF 23374/2009/2/RH2).

5°) Que en primer lugar corresponde reseñar las normas del marco regulatorio que rigen la cuestión.

El artículo 22 de la ley 24.076 establece que los transportistas gozan de los derechos de servidumbre previstos en la ley de hidrocarburos. Esta norma, a su vez, remite al Código de Minería, que requiere “previa indemnización” para la constitución de servidumbres (art. 146). La segunda parte del citado artículo 22 de la ley 24.076 determina que si no hay acuerdo entre transportista y propietario respecto del monto de las “indemnizaciones que pudieren corresponder” como consecuencia de las servidumbres, deberán acudir al ente regulador para que fije “el monto provisorio a todos los efectos de la ley de expropiación”.

Ahora bien, la reglamentación de la ley 24.076, aprobada por el decreto 1738/1992, previó que Gas del Estado —luego el Estado Nacional— debía hacerse cargo de los gastos de registración de las servidumbres “existentes” al momento en que los licenciatarios comenzaran a operar el sistema, como así también de las indemnizaciones adeudadas a los superficiarios por la constitución y utilización de dichas servidumbres, por el plazo de 5 años (art. 22, inciso 7°, del Anexo I, del decreto 1738/92, reglamentario de la ley 24.076; art. 7.3 de las Reglas Básicas de la Licencia de Transporte, aprobadas por decreto n° 2255/92). Mediante el decreto 186/99 se extendió el mencionado plazo de regularización de las servidumbres por tres años al solo efecto de que el Estado Nacional terminara las inscripciones registrales y pagara las indemnizaciones adeudadas a los superficiarios (artículos 1 y 2 del decreto 186/99). El pago de estas indemnizaciones a cargo del

Estado Nacional, tal como lo aclara el mencionado decreto, era independiente de la obligación de las transportistas de abonar el canon correspondiente a partir del 28 de diciembre de 1997 (considerando quinto y artículo 2 del decreto citado).

En el año 1998 el ENARGAS dictó la resolución 584 por lo cual fijó los parámetros para determinar las indemnizaciones por las servidumbres de gasoducto en los casos en que no se haya arribado a un acuerdo entre el propietario y la licenciataria correspondiente. En especial, estableció las siguientes reglas: a) los propietarios o superficiarios tienen derecho a ser resarcidos por el uso del suelo mediante los cánones periódicos que determine el regulador y que se encuentran a cargo de las licenciatarias, de acuerdo con la fórmula prevista en el Anexo I (arts. 8 y 10), b) los daños y perjuicios causados por las tareas de construcción, operación, reparación, inspección o ampliación de gasoductos deben “ser resarcidos por la Licenciataria... conforme las reglas de derecho común, para lo cual las licenciatarias deben obligarse mediante las cauciones juratorias pertinentes” (art. 10); y c) el ENARGAS puede utilizar los parámetros de la propia resolución 584 “para determinar las indemnizaciones por servidumbre de gasoducto existentes al tiempo de la privatización y en proceso de regularización”, siguiendo ciertas pautas previstas en el marco regulatorio (art. 11). La fórmula prevista en el Anexo I de la resolución 584/98 tomaba la valuación fiscal del inmueble afectado como pauta para determinar el monto del canon.

6°) Que, tal como se señalara, el *a quo* invocó como sustento de su decisión respecto de la indemnización adeudada por el Estado Nacional las previsiones de la resolución ENARGAS 584/98. Sin embargo, mediante esta norma sólo se estableció el procedimiento para determinar el “canon provisorio” a pagar por el uso del suelo por parte de la prestataria del servicio (Transportadora de Gas del Norte en este caso) en los supuestos en los cuales el titular de la servidumbre y el superficiario no lograran llegar a un acuerdo sobre el monto a pagar. De manera que la fórmula que, entre otros parámetros, contempló la valuación fiscal del predio afectado por la servidumbre es de aplicación para determinar las sumas debidas por ese particular concepto, sin que los criterios allí contemplados puedan extenderse, sin más, a otras reparaciones derivadas de la constitución de la servidumbre.

En tal sentido, como surge de la normativa reseñada, el Estado Nacional debía afrontar el pago de las indemnizaciones correspondientes a la constitución y regularización de servidumbres, independientemente de la obligación de las transportistas de abonar los cánones correspondientes a partir del 28 de diciembre de 1997 (ver en tal sentido artículo 2 del decreto 186/99).

7°) Que, tampoco puede entenderse que las disposiciones de los artículos 9°, *in fine*, y 10° de la resolución ENARGAS 568/98 examinada den solución a la cuestión aquí planteada. Las pautas indemnizatorias allí establecidas se refieren a los perjuicios que pudieran ocasionarse como consecuencia de la colocación de instalaciones afectadas al servicio de gas, o bien a los que podrían generarse durante la construcción u operación del gasoducto, respectivamente, supuesto que claramente difiere del examinado en esta causa.

La previsión del artículo 11 de la citada resolución tampoco permite resolver la cuestión. Dicha norma habilitaba al ENARGAS a utilizar los parámetros del Anexo I (canon sobre la base de la valuación fiscal) para determinar las indemnizaciones por aquellas servidumbres de gasoducto que, como sucede en autos, estaban en proceso de regularización. Sin embargo, el regulador no fijó esa indemnización en la resolución que dio lugar al recurso judicial de la actora y la norma reglamentaria tampoco contempla ni regula la indemnización por la pérdida de valor del inmueble afectado por la restricción de dominio que le impone la servidumbre.

8°) Que, como se advierte, la metodología y parámetros establecidos en la resolución ENARGAS 584/98 no contemplan las indemnizaciones que, como la reconocida en autos, se derivan de la pérdida del valor de la propiedad gravada por una servidumbre de gasoducto.

En tal sentido, no puede perderse de vista que el actor adquirió el inmueble en cuestión durante el período de regularización previsto en el marco regulatorio, cuando no se encontraba formalmente constituida ni registrada la servidumbre. Y, de acuerdo con la normativa aplicable, las indemnizaciones derivadas de la constitución de las servidumbres se encontraban a cargo, en última instancia, del Estado Nacional (artículo 22, inciso 7°, del Anexo I, del decreto 1738/92; artículos 1 y 2 del decreto 186/99).

9°) Que, por lo tanto, ante la ausencia de una respuesta normativa singularizada que permita dar solución al conflicto, corresponde recurrir a los principios establecidos en leyes análogas (confr. Fallos: 325:662). Esta analogía, como ha señalado la Corte, debe orientarse hacia las normas del derecho público (Fallos: 330:5306 y 5404), debido a que la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público. Ello conduce, en el caso, a buscar respuesta en la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, que es la norma típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados cada vez que el interés público lo exija (doctrina de Fallos: 301:403; dictamen de la señora Procuradora Fiscal en Fallos: 312:659, al que esta Corte remitió).

La aplicación de dicha norma es pertinente, además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 24.076, que hace referencia a la ley de expropiaciones a los efectos de la determinación del monto provisorio que deben pagar los transportistas a los propietarios afectados por la servidumbre. Si bien allí no se contempla la reparación que el Estado Nacional debe abonar al superficiario como consecuencia del proceso de regularización de las servidumbres existentes (ver artículo 22, inciso 2, de la reglamentación aprobada por el decreto 1738/92), indudablemente se trata de una pauta normativa relevante para la decisión de esta controversia.

10) Que no obsta a lo expuesto el hecho de que, al resolver la causa obrante en Fallos: 330:5404, esta Corte haya descartado la aplicación analógica de la ley de expropiaciones ante un reclamo de pago de una indemnización derivada de una servidumbre administrativa. En ese caso sólo se señaló la imposibilidad de recurrir al plazo de prescripción previsto en la ley 21.499 para hacer efectiva la responsabilidad estatal por expropiación irregular atento a que el término establecido en la norma no contemplaba que el pago de la indemnización debiera hacerse en forma periódica, como ocurría en el caso de la servidumbre administrativa.

11) Que, por otro lado, aun cuando la servidumbre no implica la privación absoluta del dominio del bien como sí ocurre en la expropiación, ya que la servidumbre sólo importa una restricción parcial, nada impediría la aplicación de las pautas de la ley de expropiaciones que resulten compatibles con ambas especies de limitaciones a la propiedad.

En este sentido, cabe señalar que la constitución de una servidumbre administrativa importa para el propietario de la cosa la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio al ver afectada su exclusividad, y recíprocamente, conferir a la Administración Pública una atribución jurídica sobre la cosa (Fallos: 330:5404). En este caso, además, se presenta la particularidad de que el actor adquirió el bien cuando ya existía el gasoducto pero la servidumbre no había sido formalmente constituida ni inscripta registralmente, lo cual hace presumir que en el precio pagado no se tuvo ni se pudo haber tenido en cuenta la existencia del mencionado derecho real. Tal circunstancia fue prevista en el marco regulatorio aplicable que dispuso que el Estado Nacional debía hacerse cargo de las indemnizaciones correspondientes a la constitución y registración de las servidumbres durante el período de regularización, con independencia de la obligación asumida por el licenciatario de pagar un canon por el uso del suelo.

12) Que, por consiguiente, no se encuentran objeciones para recurrir en el caso a las disposiciones del artículo 10 de la ley 21.499, en cuanto prevé que es el valor objetivo del bien el que debe tomarse en cuenta para fijar el monto del resarcimiento.

Para llegar a esa conclusión, además de las consideraciones realizadas, se tienen en cuenta los criterios generales establecidos por esta Corte acerca del principio de justa indemnización que rige la materia expropiatoria (Fallos: 326:2329; 329:5467 y sentencia de esta Corte en la causa “U.N.I.R.E.C. c/ Ramos E. Iglesias E. y ot.” -Fallos: 343:1146-, entre otros). También es importante recordar, en tal sentido, que, en principio, el antecedente de la valuación fiscal no es índice cierto del valor objetivo de la cosa (conf. Fallos: 242:224 y 268:112).

13) Que, en tales condiciones, la reparación a cargo del Estado Nacional deberá determinarse en función del porcentaje de desvalorización del predio como consecuencia de la limitación al dominio que comporta el paso del gasoducto. Tal solución se sustenta, en definitiva, en el debido respeto a la inviolabilidad de la propiedad privada garantizada por la Constitución Nacional, que no sólo rige los supuestos concretos de expropiación sino todos aquellos donde un derecho patrimonial deba ceder por razones de interés público (conf. Fallos: 301:403, considerando 6°, Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo IV, pág. 1098).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, 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 y, previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Julio Héctor Vicario**, actor en autos, representado por el **Dr. Mario E. Cardini**, con el patrocinio letrado del **Dr. Eduardo Antonio Sambrizzi**.

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

CAILLAVA, ADRIANA LAURA Y OTROS c/ VESS LOGÍSTICA
SRL (SÍNDICO DALAVAUULT FERNANDO AGUSTÍN) Y OTROS s/ ACCIDENTE
– ACCIÓN CIVIL

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Corresponde revocar la sentencia que condenó a la aseguradora en forma solidaria al pago de la indemnización reclamada con fundamento en el derecho civil por el accidente fatal sufrido por el esposo de la actora, pues si bien el artículo 4° de la ley 24.557 exige a las aseguradoras adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, es claro que la cámara jamás pudo -como lo hizo- atribuir responsabilidad a la aseguradora por no verificar si la víctima sabía manejar el camión, o por no haber controlado si el trabajador tenía conocimiento de las rutas internacionales o sobre cómo conducir un vehículo de gran porte, cuando quedó acreditado que la relación entre la empleadora y el trabajador era clandestina y se había omitido informar a la aseguradora, en tanto aquellas exigencias solo pueden ser satisfechas respecto de trabajadores de cuya existencia la aseguradora tiene conocimiento, es decir respecto de trabajadores declarados en la nómina (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que condenó a la aseguradora en forma solidaria al pago de la indemnización reclamada con fundamento en el derecho civil por el accidente fatal sufrido por el esposo de la actora, pues la cámara no pudo sostener que la aseguradora era responsable en los términos del artículo 19, incisos c, e y f, del decreto 170/96, en tanto las exigencias de dichas normas solo pueden ser satisfechas si se trata de trabajadores de cuya existencia la aseguradora tiene conocimiento, no si se trata de personas cuya relación dependiente con el empleador es clandestina (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

No existiendo obligación legal alguna en cabeza de la aseguradora de satisfacer las exigencias de la ley 24.557 y decreto 170/96 respecto de un trabajador no declarado en la nómina, mal puede atribuírsele responsabilidad con fundamento en el derecho común, sin que controvierta esta conclusión el hecho de que la aseguradora deba otorgar las prestaciones de la ley 24.557 respecto de trabajadores no declarados según lo dispone el artículo 28 de dicho cuerpo normativo, en tanto dicha obligación está expresamente prevista por la ley permitiéndole a la aseguradora repetir contra el empleador por el costo de las prestaciones respecto de trabajadores no declarados (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que condenó a la aseguradora en forma solidaria al pago de la indemnización reclamada con fundamento en el derecho civil por el accidente fatal sufrido por el esposo de la actora al postular que sobre la aseguradora recaía la obligación de brindar capacitación al trabajador cuya incorporación no fue declarada por la empleadora, pues resulta claro que la empresa de transporte empleadora no solo incumplió con las normas laborales y administrativas vigentes en la materia, sino también con el compromiso que asumió al suscribir el contrato de afiliación con la compañía aseguradora recurrente (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

La sentencia que decidió que la omisión de la aseguradora de riesgos del trabajo en dar cabal cumplimiento a los deberes previstos en la ley 24.557 y en su normativa reglamentaria es, por sí sola, suficiente para generar su responsabilidad civil por el accidente fatal sufrido por el cónyuge de la actora, cuyo relación laboral no había sido declarada a la aseguradora, pues no se basa en una interpretación legítima de la ley, consistente con los precedentes de la Corte Suprema, y coherente con las demás reglas del ordenamiento, por lo que contiene defectos de

razonamiento susceptibles de conducir a su descalificación como acto jurisdiccional válido (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

La inobservancia del deber legal de prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad tiene consecuencias específicas dentro del microsistema normativo, siendo legítimo que se carguen a la aseguradora los riesgos derivados de una previsión ineficaz, ya que su obligación está descripta con precisión y es congruente con el límite indemnizatorio, todo lo cual permite el aseguramiento, pero cuando se ejercita la opción por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen indemnizatorio previsto en el Código Civil; ello es así, porque un mismo hecho dañoso puede dar lugar a acciones diversas que el derecho pone a disposición de la víctima, de carácter penal, civil, o laboral (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Entre las pretensiones con finalidad resarcitoria del daño causado, debe distinguirse aquella que, fundada en el sistema de riesgos del trabajo tiene una lógica legislativa transaccional puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurabilidad, en cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia y, como contrapartida, hay reparación plena (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Por más intensa que sea la protección del trabajador una vez que se sigue la acción del derecho común, debe aplicarse el régimen del Código Civil y no es admisible la acumulación de un sistema basado en la

seguridad social con uno civil, en distintos aspectos y según convenga en el caso, en tanto el derecho vigente no permite esa vía y la misma tampoco es razonable al fracturar todo esquema de previsibilidad (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que sostiene que la responsabilidad de la compañía aseguradora se origina en el incumplimiento de las obligaciones preventivas que le imponía la ley 24.557 y que de haberlas cumplido el grave y lamentable accidente no se hubiera producido y en ese marco, la responsabiliza por aplicación del art. 1074 del Código Civil, pues en el derecho civil vigente se requiere la demostración de un nexo adecuado de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien puede ser motivo de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de la ley (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Aun cuando se afirme que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos del trabajo el control de policía, tampoco puede derivarse de ello la responsabilidad, ya que el Estado no responde por los accidentes de este tipo, no hay en el derecho vigente una responsabilidad civil del Estado por todos los accidentes en los cuales se verifique una omisión de control abstracta, sin que se acredite el nexo causal (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACCIDENTES DEL TRABAJO

La sentencia que condenó a la aseguradora en forma solidaria al pago de la indemnización reclamada con fundamento en el derecho civil por el accidente fatal sufrido por el esposo de la actora es arbitraria, pues

el tribunal a quo no analizó de modo suficiente la existencia de un adecuado nexo de causalidad eficaz entre la conducta de la aseguradora - supuestos incumplimientos a los deberes de prevención y seguridad laborales- y el resultado dañoso, cuya determinación es imprescindible para comprometer su responsabilidad en los términos del art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación -art. 1074 del Código Civil-condición esencial toda vez que la acción pretende una reparación de alcance integral (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO

Es menester advertir acerca de la imposibilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo de controlar o prevenir siniestros en la vía pública, y que las condiciones necesarias para la circulación vehicular es una materia ajena a las funciones de prevención y control que la ley 24.557 le impone a las ART, en tanto constituye una competencia propia y específica de las autoridades estatales (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SENTENCIA ARBITRARIA

Para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión, pues ésta no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SENTENCIA ARBITRARIA

La arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica; esta última exige, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse las razones por las cuales resulta inaplicable, inválida o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados (Voto del juez Lorenzetti).

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien los argumentos del remedio federal vinculados a la atribución de responsabilidad remiten al examen de cuestiones fácticas y de derecho común que, en principio, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando la sentencia apelada no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y a la normativa aplicable.

-Los jueces Rosatti y Maqueda, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Experta ART S.A. (ex QBE Argentina ART S.A.) en la causa Caillava, Adriana Laura y otros c/ Vess Logística SRL (síndico Dalavault Fernando Agustín) y otros s/ accidente – acción civil”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que Jorge Ernesto Ávila falleció mientras conducía en Brasil un camión de propiedad de Vess Logística S.R.L. que trasladaba mer-

cadería de Nestlé Argentina S.A. La viuda del trabajador inició una acción contra Vess Logística S.R.L., Gustavo Enrique Stehling (en su carácter de dueño de la empresa referida, socio-gerente y propietario del camión), Nestlé Argentina S.A. y QBE Argentina ART S.A. (aseguradora de Vess Logística S.R.L.). Solicitó que se condenase a todos los demandados a la reparación integral de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su esposo con fundamento en los artículos 1113 y 1074 del anterior Código Civil. Por otro lado, reclamó el cobro de las prestaciones de la ley 24.557 por parte de la aseguradora. Finalmente, solicitó que se condenase a los empleadores al pago de indemnización por fallecimiento, salarios adeudados, aguinaldo, vacaciones y multas con fundamento en la Ley de Contrato de Trabajo.

2º) Que la sentencia de primera instancia tuvo por desistida la acción contra Gustavo Enrique Stehling. Por otro lado, condenó a Vess Logística S.R.L. al pago de las indemnizaciones y diferencias salariales con fundamento en la Ley de Contrato de Trabajo y condenó a esta última empresa y a Nestlé Argentina S.A. solidariamente al pago de una indemnización de daños y perjuicios en los términos del artículo 1113 del anterior Código Civil. Respecto a la aseguradora, rechazó la demanda promovida en su contra con fundamento en el derecho común y la admitió en lo que concierne al pago de las prestaciones de la ley 24.557.

Para rechazar el reclamo fundado en el derecho común dirigido contra la aseguradora, la jueza de primera instancia entendió que, si bien la actora había sostenido al demandar que el camión estaba en condiciones mecánicas deplorables, que no se había capacitado al trabajador para conducirlo y que se había omitido realizar el examen médico pre-ocupacional, nada de eso había sido acreditado. La jueza afirmó también que la empleadora no había denunciado al actor como afiliado de QBE Argentina ART.

3º) Que contra dicha decisión la parte actora, Nestlé Argentina S.A. y la aseguradora interpusieron sendos recursos de apelación. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar íntegramente al recurso de la parte actora. Por un lado, resolvió condenar a Vess Logística S.R.L. y a Nestlé Argentina S.A. por todos los reclamos fundados en la Ley de Contrato de Trabajo. Por otro lado, condenó a dichas empresas y a la aseguradora en forma solidaria al pago de la indemnización reclamada con fundamento en el derecho civil.

Para así decidir respecto de la aseguradora, la cámara afirmó que estaba acreditada su responsabilidad en los términos de los artículos 1710, inciso b, y 1716 del Código Civil y Comercial (anterior artículo 1074) por incumplimientos de normas de seguridad e higiene. Sostuvo que era un hecho no controvertido que la aseguradora no había realizado control alguno, que no había hecho visitas al establecimiento y que no había efectuado recomendaciones o denuncias a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Afirmó a continuación que “la ART debió haber verificado que la persona seleccionada para el trabajo de transportista (el Sr. Ávila), supiera manejar este tipo de camión, a lo que se le suma que llevaba un remolque de tipo frigorífico (dato no menor, pues este depende de la capacidad del ‘tractor’, para mantener la mercadería en el estado sólido, dificultad que no tendría si hubiese llevado materia inerte) y que conducía en rutas sinuosas de Brasil. No contamos con ninguna invocación de control por parte de la ART, relativa no sólo a los conocimientos que debe tener un chofer en rutas internacionales, conduciendo un vehículo de gran porte con acoplado, como tampoco la verificación *in situ* de las condiciones en que se encontraba la unidad tractora” (fs. 694 del expediente principal, al que se hará referencia en lo sucesivo). La cámara agregó que no había constancias de un control mecánico periódico realizado al camión, propuso varias consideraciones generales para afirmar que la obligación de las aseguradoras era de resultado y sostuvo que la aseguradora no había cumplido con las exigencias de prevención, especialmente con las impuestas por el artículo 19, incisos c, e, f, g y h, del decreto 170/96, que transcribió (fs. 694/700).

4°) Que contra dicha decisión la aseguradora interpuso el recurso extraordinario que, al ser desestimado, dio origen a la queja en examen. La recurrente sostuvo, en resumen, que no podía haber efectuado ningún control eficaz porque la empleadora no había registrado el contrato con el causante ni lo había declarado y que no le correspondía revisar el estado del camión.

5°) Que con posterioridad a la interposición del recurso extraordinario, la codemandada Nestlé Argentina S.A. abonó las sumas correspondientes a la indemnización fundada en el derecho civil y el actor declaró que las tareas de ejecución habían sido completadas (fs. 1270). Sin perjuicio de ello, subsiste el interés de la recurrente en el pleito en tanto denunció la existencia de la queja (fs. 1149) y en la medida en que ha sido condenada solidariamente (Fallos: 341:427, considerando 3° *in fine*).

6°) Que, si bien los argumentos del remedio federal vinculados a la atribución de responsabilidad remiten al examen de cuestiones fácticas y de derecho común que, en principio, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando, como aquí acontece, la sentencia apelada no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y a la normativa aplicable (Fallos: 339:1523; 341:688; “Palacín, Fernando Sergio”, Fallos: 341:1611).

7°) Que no está en discusión que el señor Ávila falleció trágicamente mientras conducía un camión de gran porte en Brasil. Tampoco se discute que la relación entre la empleadora y el trabajador era clandestina ni que la empleadora había omitido informar a la aseguradora del ingreso del señor Ávila a la nómina de personal. Así, la empleadora no solo violó la legislación laboral y de riesgos del trabajo vigente sino que incumplió la cláusula quinta, punto b, del contrato de afiliación suscripto con la aseguradora codemandada en autos que le exigía declarar la nómina de trabajadores expuestos a riesgo (fs. 366).

En ese contexto, si bien el artículo 4° de la ley 24.557 exige a las aseguradoras adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, es claro que la cámara jamás pudo —como lo hizo— atribuir responsabilidad a la aseguradora por no verificar si el señor Ávila sabía manejar el camión, o por no haber controlado si el trabajador tenía conocimiento de las rutas internacionales o sobre cómo conducir un vehículo de gran porte. Estas exigencias solo pueden ser satisfechas respecto de trabajadores de cuya existencia la aseguradora tiene conocimiento. Debe tratarse, en otras palabras, de trabajadores declarados en la nómina.

La cámara tampoco pudo sostener que la aseguradora era responsable en los términos del artículo 19, incisos c, e y f, del decreto 170/96. Estas normas exigen que la aseguradora brinde capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inciso c), informe al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la Ley sobre Riesgos del Trabajo y el decreto (inciso e) e instruya a los trabajadores designados por el empleador en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del Plan de Mejoramiento (inciso f). Estas exigencias solo pueden ser satisfechas si se trata de trabajadores de cuya existencia la aseguradora tiene conocimiento, no si se trata de personas cuya relación dependiente con el empleador es clandestina.

En definitiva, no existiendo obligación legal alguna en cabeza de la aseguradora de satisfacer las exigencias referidas respecto de un trabajador no declarado en la nómina, mal puede atribuírsele responsabilidad con fundamento en el derecho común.

No controvierte esa conclusión el hecho de que la aseguradora deba otorgar las prestaciones de la ley 24.557 respecto de trabajadores no declarados según lo dispone el artículo 28 de dicho cuerpo normativo. La obligación de otorgar prestaciones a trabajadores no declarados está expresamente prevista por la ley. Además, la norma establece que la aseguradora puede repetir contra el empleador por el costo de las prestaciones respecto de trabajadores no declarados. Cuando se trata de deberes de prevención respecto de trabajadores no declarados, la ley no otorga a la aseguradora esa posibilidad.

8º) Que, por lo expuesto, corresponde descalificar la sentencia recurrida. Lo resuelto por el tribunal *a quo* no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, de modo que medie nexo directo e inmediato con los derechos constitucionales que se invocan como vulnerados (artículo 15 de la ley 48).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2 del cuaderno de queja. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI (*en disidencia*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que el señor Jorge Ernesto Ávila falleció el 13 de septiembre de 2010 en un accidente de tránsito ocurrido en territorio de la República

Federativa de Brasil en circunstancias en que el camión que conducía, propiedad de Vess Logística SRL, que trasladaba mercadería perteneciente a Nestlé Argentina SA desde la República Argentina hacia la ciudad de Río de Janeiro, se desvió de su trayectoria en la Rodovía Presidente Dutra por la que transitaba en sentido a la mencionada localidad brasileña, desplazándose varios metros sobre uno de los costados de la ruta, produciéndose el vuelco del vehículo en un profundo desnivel existente en un terreno con vegetación natural a unos 17 metros de la vía de tránsito pavimentada.

Su viuda demandó a las empresas antes mencionadas, a Gustavo Enrique Stehling (en su carácter de dueño de Vess Logística SRL) y a QBE Argentina Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA en procura de una reparación civil integral, con fundamento en los arts. 1113 y 1074 del Código Civil, en concepto de los daños y perjuicios derivados del siniestro vial. Por otra parte, reclamó a la compañía de transporte de carga, a su titular y a la firma alimenticia el pago de la indemnización por fallecimiento, salarios adeudados, sueldo anual complementario, vacaciones proporcionales y la multa del art. 80 de la ley 20.744, como así también las multas del art. 2° de la ley 25.323. Manifestó que Vess Logística SRL nunca había registrado la relación laboral (conf. fs. 16).

En concreto, con relación a QBE Argentina ART SA la parte actora exigió que, en su condición de aseguradora de Vess Logística SRL, se la responsabilizara solidariamente a tenor de lo normado por el art. 1074 del Código Civil a la que reprochó incumplimiento de la ley 24.557 en las obligaciones de control y fiscalización sobre las condiciones en que prestó servicios la víctima. Planteó la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley de riesgos del trabajo. Además, solicitó las prestaciones dinerarias y en especie previstas en la referida norma laboral.

Los tres hijos del matrimonio –mayores de edad– se sumaron posteriormente a la demanda de su progenitora.

2°) Que la señora jueza nacional de primera instancia del trabajo tuvo por desistida la acción contra el señor Stehling. En cuanto a los diversos conceptos reclamados en el escrito de inicio, la magistrada hizo lugar a la demanda contra Vess Logística SRL –como empleadora del trabajador fallecido y cuya quiebra fue informada por la actora– por los créditos pretendidos con apoyo en la ley de contrato de trabajo, a excepción de la multa contemplada en su art. 80. Por otra

parte, condenó a esta empresa transportista y a Nestlé Argentina SA, en forma solidaria, a abonar a la parte actora una indemnización con fundamento en el art. 1113 del Código Civil, importe que determinó en la suma de \$ 1.800.000, con más sus intereses desde la fecha del evento dañoso (fs. 565/579 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

Declaró, en el caso, la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, quedando habilitada la acción civil para el resarcimiento de los daños que persigue la actora. No obstante, la magistrada desestimó el reclamo basado en el art. 1074 del entonces vigente Código Civil contra QBE Argentina ART SA. Para decidir de ese modo consideró que si bien la actora había manifestado en el escrito de demanda que el camión que conducía el señor Ávila estaba en condiciones mecánicas deplorables, que el trabajador no había recibido la capacitación para conducir un camión de grandes dimensiones y que se había omitido realizar el examen médico ocupacional, aquella no había acreditado los extremos denunciados. Advirtió que tampoco debía soslayarse el hecho de que la empleadora nunca denunció al causante como afiliado de la ART. Por las razones expuestas, rechazó la pretensión de la actora de responsabilizar a la aseguradora con sustento en la preceptiva del derecho común. Luego, condenó a QBE Argentina ART SA en la medida del contrato de seguro por las prestaciones emergentes de los arts. 11 y 15 de la ley 24.557, a abonar la suma de pesos 1.322.327 con más sus intereses desde la fecha del accidente, en forma concurrente con las otras sociedades accionadas. Fundó su decisión en que el evento que originó la presente demanda se trataba de un supuesto cubierto en el contrato de afiliación celebrado entre la firma de transporte y la aseguradora en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo, sin perjuicio de que, en virtud de lo establecido en el art. 28 de esa normativa laboral, la ART estaba facultada para repetir del empleador el costo de las prestaciones otorgadas.

Esta resolución fue apelada por la parte actora, por Nestlé Argentina SA y QBE Argentina ART SA.

3°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar al recurso de la demandante y, en lo que al caso concierne, hizo extensiva la condena a QBE Argentina ART SA con fundamento en el derecho civil (fs. 660/733).

Para así decidir, en lo que aquí interesa, el tribunal *a quo* puntualizó que la aseguradora “debió haber verificado que la persona seleccionada para el trabajo de transportista (el Sr. Ávila), supiera manejar este tipo de camión, a lo que se le suma que llevaba un remolque de tipo frigorífico [...], y que conducía en rutas sinuosas de Brasil” (fs. 694). Advirtió que la ART no solo no había invocado haber realizado controles relativos a los conocimientos necesarios con los que debía contar el chofer para manejar un vehículo de las características antes reseñadas, sino que tampoco existía una verificación mecánica periódica de las condiciones en que se encontraba la unidad tractora, máxime cuando se trataba de un modelo antiguo, de 17 años, según detalla la cámara (conf. fs. 670) –sin embargo, de las constancias de la causa (fs. 334, 338 y 358) que incluso es citada en la propia sentencia (fs. 667), resulta acreditado que el vehículo era un modelo del año 1997 y, por lo tanto, su antigüedad era de 13 años a la época del siniestro–. Indicó que no se contaba con ningún dato acerca del estado de mantenimiento del camión y sobre el que pesaba “la seria sospecha de que al pasar la frontera, sufrió un desperfecto técnico” (fs. 694).

Remarcó que el deber de seguridad proporcionado por las aseguradoras es de carácter *in vigilando* en los términos del art. 1074 del Código Civil. Precisó que la ART codemandada tampoco alegó haber realizado visitas al establecimiento de la empleadora Vess Logística SRL, recomendaciones al empleador (pues sobre ambos recaía la obligación de adoptar medidas para prevenir los infortunios laborales) o denuncias ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, y criticó la afirmación de la ART acerca de que “nunca [...] pudo haber desplegado actividad preventiva para prevenir el acaecimiento del siniestro por el que se reclama” (fs. 694).

Destacó el relevante papel de las aseguradoras en materia de seguridad y prevención de riesgos, el cual les exige una mayor diligencia conforme lo dispuesto por el art. 512 del Código Civil. Y señaló que “si bien no se pretende que la ART pueda evitar todo accidente, lo que es materialmente imposible” (fs. 697), QBE Argentina ART SA no probó haber cumplido mínimamente con su obligación principal de prevención, ni acreditó que no tuviera responsabilidad alguna con relación al accidente que sufrió el trabajador.

Concluyó que QBE Argentina ART SA “no cumplió con el fin de prevenir en forma eficaz” y tuvo por configurado “un nexo causal

adecuado entre la responsabilidad de la aseguradora y el daño sufrido por la reclamante” en el marco de los arts. 1710 inc. b y 1716 del Código Civil y Comercial (art. 1074 del Código Civil) (fs. 694/697). Ello así, extendió la condena civil a la ART y elevó el capital a la suma de \$ 2.500.000 con más un interés conforme las Actas 2601 y 2630, sin actualización monetaria.

4º) Que contra esta decisión, QBE Argentina ART SA dedujo el recurso extraordinario (fs. 734/745), cuya denegación (fs. 764) motivó la presente queja. Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la recurrente cuestiona que se le hubiera atribuido responsabilidad civil por el hecho luctuoso en virtud de incumplimientos u omisiones a los deberes de prevención y vigilancia que le impone la ley 24.557, como así también la extensión de la condena solidaria más allá de los límites de la cobertura del seguro. Aduce que nunca la aseguradora hubiera podido haber realizado capacitación sobre un trabajador no nominado. Al respecto, refiere que “en la propia demanda se reconoce expresamente que el trabajador fallecido no se encontraba nominado al momento del accidente. Esto es, la empresa empleadora lo tuvo sin declarar, lo que se conoce vulgarmente como ‘en negro’” (fs. 744).

Alega que a su parte no le correspondía realizar labores de prevención sobre el camión, siendo esta una tarea de la que se encarga el Estado a través de las distintas habilitaciones. Apunta que “el camión que conducía el Sr. Ávila al momento del siniestro salió del país con toda la documentación en regla, así como también el actor se encontraba con toda la documentación que lo habilitaba para tal conducción en regla, [...] por lo que él también estaba capacitado y se encontraba hábil para conducir el camión” (fs. 744/744 vta.).

Se agravia que el tribunal de alzada no señaló la “relación de causalidad que necesariamente debe existir entre el alegado incumplimiento legal y la ocurrencia del siniestro” (fs. 744 vta.) a lo que añade que no ha existido omisión alguna de su parte que haya podido ser la causa eficiente del daño cuya reparación es objeto de estas actuaciones (fs. 745).

Sostiene que la arbitrariedad de la sentencia impugnada vulnera el derecho de propiedad, del debido proceso y la defensa en juicio garantizados en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, “cuando antojadizamente y sin fundamentación” la condenan solidariamente por

responsabilidad civil, imponiéndole la obligación de pago de una suma de dinero a la que califica de exorbitante (conf. fs. 741/743).

5°) Que si bien con posterioridad a la interposición del remedio federal, Nestlé Argentina SA abonó las sumas correspondientes a la indemnización fundada en el derecho civil, subsiste el interés de la recurrente en el pleito en tanto denunció la existencia de la queja (fs. 1149/1150 y 1286) y ha sido condenada en forma solidaria (conf. Fallos: 341:427, considerando 3°, *in fine*).

6°) Que para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Esta no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (conf. doctrina de Fallos: 311:786; 314:458; 324:1378, entre muchos otros). En ese sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última exige, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse las razones por las cuales resulta inaplicable, inválida o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados. Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso.

7°) Que, si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particula-

ridades hacen excepción a ella cuando, como ocurre en el presente, la decisión impugnada no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con circunstancias comprobadas de la causa y a la normativa aplicable (Fallos: 338:823; 339:1523; 341:688, 1611; 343:2145, entre muchos otros).

8°) Que se encuentra fuera de controversia que el señor Ávila ingresó a trabajar para Vess Logística SRL el 5 de agosto de 2010 y sufrió el accidente de tránsito fatal en territorio brasileño al mes siguiente de su incorporación, el 13 de septiembre. También llega firme a esta instancia que la empresa de transportes no había registrado la contratación laboral del trabajador (conf. fs. 568 y 575 –sentencia de primera instancia– y fs. 672 –pronunciamiento de la alzada–). De lo señalado se desprende que la empleadora incumplió la cláusula quinta, apartado 1, punto i del Anexo II “Condiciones Generales” que forma parte del Contrato de Afiliación suscripto con QBE Argentina ART SA, bajo el nro. de póliza 242.979, vigente a la fecha de ocurrencia del siniestro (fs. 366/368), disposición relativa a los trámites de alta que el empleador debía realizar ante la AFIP y ante la aseguradora codemandada, directamente –según correspondiere– por el ingreso de trabajadores en relación de dependencia o por fuera del Sistema Único de la Seguridad Social, a los efectos de poder ser incluidos por la ART en la nómina de personal declarada. Y cuya omisión permite a la aseguradora ejercer la acción de repetición contra el empleador.

En este contexto, asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que el tribunal *a quo* incurrió en arbitrariedad al postular que sobre la aseguradora recaía la obligación de brindar capacitación al trabajador cuya incorporación no fue declarada por Vess Logística SRL. En efecto, exigencias tales como la de verificar que el señor Ávila supiese manejar un camión de importantes dimensiones, o contara con los conocimientos y capacitación para desempeñarse como chofer de rutas internacionales, solo pueden ser controladas con respecto a trabajadores de cuya existencia la ART tuviera conocimiento, no si se trata de personal que el empleador omitió registrar. En el *sub examine*, resulta claro que la empresa de transporte no solo incumplió con las normas laborales y administrativas vigentes en la materia, sino también con el compromiso que asumió al suscribir el contrato de afiliación con la compañía aseguradora recurrente.

Lo anteriormente apuntado evidencia que en la sentencia en crisis los jueces omitieron realizar una adecuada ponderación de aspectos relevantes del expediente, que la tornan carente de fundamentación válida y, en consecuencia, descalificable por arbitrariedad.

9°) Que, asimismo, los agravios del recurrente vinculados a la concurrencia de los extremos que generan el deber de reparar suscitan cuestión federal suficiente para su consideración por la vía intentada, toda vez que lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa (conf. Fallos: 339:635; disidencias del juez Lorenzetti en Fallos: 330:1751; 332:709 y 967; CSJ 494/2007 (43-G)/CS1 “González, Edgardo Darío c/ Flecha Bus SRL y otros s/ accidente” y en CSJ 313/2007 (43-L)/CS1 “Luna, Alberto Ysmael c/ Riva SA y otros s/ accidente” –ambas sentencias del 8 de abril de 2008- y en CSJ 61/2008 (44-M)/CS1 “Miño, Damián c/ Constructora Iberoamericana S.A. y otro s/ accidente” –del 7 de octubre de 2008–).

10) Que no se halla en discusión la protección que merecen la higiene y seguridad en el trabajo. Previo a la incorporación en el texto constitucional (art. 75, inc. 22) de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la materia, esta Corte había enfatizado en Fallos: 305:2040 su trascendencia “que compromete [...] un bien jurídico tan precioso como la salud del hombre encarnado en este caso en la persona del trabajador subordinado -lo cual denota, tanto una situación a la que en su momento están llamados a ocupar numerosos miembros de la sociedad, cuanto una determinante sustancial del grado de bienestar y prosperidad de la Nación- sumada a la explícita raigambre constitucional que reviste la mentada protección (art. 14 bis de la Constitución Nacional) [...]”. Se hizo allí hincapié que por mayor que sea la garantía que deban recibir los derechos patrimoniales del empleador, estos no pueden igualarse con “los relacionados con la salud del hombre trabajador, dada su superior naturaleza, determinada por los motivos supra vertidos, de cuya excelencia deriva que su protección requiera un ejercicio ponderado de la virtud cardinal de la justicia”.

Este Tribunal ha señalado con vigor que la protección del trabajador y la igualdad constitucional no pueden ser limitadas de modo que el derecho se frustre, y por esta razón es que se declaró la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo y se habilitó la acción civil (causa “Aquino”, Fallos: 327:3753).

Tampoco están en juego cuáles son los deberes de prevención y control que la ley 24.557 impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo. La solución del presente caso exige dilucidar si concurren los extremos que generan el deber de reparar a la codemandada QBE Argentina ART SA en el marco del derecho civil.

11) Que la sentencia impugnada decidió que la omisión de la aseguradora de riesgos del trabajo en dar cabal cumplimiento a los deberes previstos en la ley 24.557 y en su normativa reglamentaria es, por sí sola, suficiente para generar su responsabilidad civil, y que se ha probado la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre su obrar y el accidente sufrido por el señor Ávila, por cuyos daños admitió la pretensión resarcitoria plena e integral reclamada con fundamento en lo dispuesto por el art. 1074 del Código Civil, cuerpo legal que se hallaba vigente al momento de los hechos y conforme al cual debe juzgarse el presente caso (art. 7 del Código Civil y Comercial). Esta regla no se basa en una interpretación legítima de la ley, consistente con los precedentes de esta Corte Suprema, y coherente con las demás reglas del ordenamiento, por lo que contiene defectos de razonamiento susceptibles de conducir a su descalificación como acto jurisdiccional válido.

12) Que en cuanto la aplicación de la ley, la decisión recurrida no distingue correctamente, como es menester, entre la acción resarcitoria derivada de la Ley de Riesgos del Trabajo y la que se basa en el derecho civil. En el primer sentido, la ley 24.557 establece que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales. Es una finalidad prioritaria, tanto de la ley como del sistema en general, la prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1º, inciso 2, apartado a, de la ley 24.557) y por ello se las obliga a cumplir con las disposiciones previstas en la legislación con ese objetivo y se las habilita para que se incluyan en el contrato respectivo los compromisos de cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad pactados entre la aseguradora y el empleador (art. 4º, inciso 1º, párrafo 1º). El deber de prevención eficaz implica conductas específicas de asesoramiento (decreto 170/96), de control de las medidas sugeridas, y de denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador por ante el ente de superintendencia.

La inobservancia del referido deber legal tiene consecuencias específicas dentro del aludido microsistema normativo, siendo legí-

timo que se carguen a la aseguradora los riesgos derivados de una previsión ineficaz, ya que su obligación está descripta con precisión y es congruente con el límite indemnizatorio, todo lo cual permite el aseguramiento.

Pero cuando se ejercita la opción por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen indemnizatorio previsto en el Código Civil. Ello es así, porque un mismo hecho dañoso puede dar lugar a acciones diversas que el derecho pone a disposición de la víctima, de carácter penal, civil, o laboral. Entre las pretensiones con finalidad resarcitoria del daño causado, debe distinguirse aquella que, fundada en el sistema de riesgos del trabajo tiene una lógica legislativa transaccional, puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurabilidad. En cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia y, como contrapartida, hay reparación plena.

Frente a este amplio panorama, el derecho puede permitir la opción entre diferentes regímenes legales, o la acumulación, supuesto en el cual la víctima puede promover una acción y utilizar las reglas de otras si le resultan convenientes.

En el presente caso se trata del ejercicio de una opción y es una decisión que la parte actora realiza voluntariamente y no puede señalarse que al respecto exista hiposuficiencia alguna, ya que hay elementos jurídicos claros que brinda el ordenamiento y una información accesible a bajo costo. Una vez que el demandante selecciona la acción, el juez puede delimitar la pretensión calificándola, es decir, eligiendo la norma aplicable frente a los hechos expuestos, pero no puede sustituirlo en la decisión que el legislador dejó en el ámbito de su facultad.

El juicio de calificación no puede afectar los derechos del debido proceso, cambiando por vía pretoriana la pretensión que ya ha contestado la demandada, ni tampoco utilizar reglas pertenecientes a distintos ámbitos desarticulando la lógica de la ley. Esto último es particularmente claro en todo el derecho comparado y en los diversos subsistemas de reparación que prevé el ordenamiento legal argentino, en los cuales el derecho común cumple el rol de fuente complementaria, pero no sustitutiva.

Por más intensa que sea la protección del trabajador, como se resaltó en los precedentes citados en el considerando 10, una vez que se sigue esa acción, debe aplicarse el régimen del Código Civil y no es admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social con uno civil, en distintos aspectos y según convenga en el caso. El derecho vigente no permite esa vía y la misma tampoco es razonable al fracturar todo esquema de previsibilidad.

13) Que en el ejercicio de la acción civil el actor debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño. La actora menciona en su escrito inicial que QBE Argentina ART SA no ejerció los controles que le incumben de acuerdo con lo prescripto en la ley 24.557 y en su decreto reglamentario 170/96 en materia de higiene, seguridad y vigilancia, además de no denunciar las eventuales inobservancias en las que hubiera incurrido la empresa asegurada Vess Logística SRL. Argumenta que la ART “omitió capacitar al trabajador en el desarrollo seguro de su trabajo y verificar si los vehículos utilizados por la empresa cumplían con las normas de higiene y seguridad [...] para realizar viajes de las características del realizado por el trabajador” (fs. 17 vta.). Sostiene que la responsabilidad de la compañía aseguradora se origina en el incumplimiento de las obligaciones preventivas que le imponía la ley 24.557 y subraya que de haberlas cumplido, “el grave y lamentable accidente de autos, no se hubiera producido” (fs. 21 vta.). En ese marco, pretende que a QBE Argentina ART SA se la responsabilice por aplicación del art. 1074 del Código Civil por el accidente de tránsito en el que falleció el señor Ávila y a reparar en forma plena los daños derivados del siniestro. En el derecho civil vigente se requiere la demostración de un nexo adecuado de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien puede ser motivo de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de la ley.

14) Que la regla mencionada es consistente con los precedentes de esta Corte. En Fallos: 325:3265 la alzada, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda dirigida contra “Mapfre Aconcagua ART S.A.” por considerar, en sustancia, que el incumplimiento por parte de la aseguradora de las obligaciones y cargas en materia de prevención y vigilancia y la omisión de efectuar recomendaciones –en ese caso acerca del uso de cinturón de seguridad– no alcanzaban para responsabilizarla, toda vez que el siniestro había ocurrido por causas

eminentemente físicas que no se hubieran evitado con el despliegue de actividad cuya falta se reprochaba. Máxime, cuando no tenía el deber de vigilar cotidianamente la labor durante toda la jornada, ni instruir sobre el modo de realizarla careciendo de la potestad de impedir las en hipótesis de riesgo.

La Corte desestimó las presentaciones directas por denegación de los recursos extraordinarios deducidos por la actora y por el señor Defensor Público. Ello, por entender que no se configuraba un supuesto de arbitrariedad y el caso no superaba los requerimientos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En aquellas actuaciones se debatía el punto primordial de la presente litis, esto es, la responsabilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo por el deficiente ejercicio del deber de control en materia de higiene y seguridad; en el voto fundado de la mayoría del Tribunal se sostuvo que esa inobservancia no puede generar responsabilidad en las aseguradoras de riesgos del trabajo con independencia del nexo de causalidad adecuado, ya que este es requisito indispensable para la procedencia de la pretensión indemnizatoria fundada en el derecho común (doctrina de Fallos: 321:2144 y sus citas; 323:3765; 325:3265; 342:1152, 250; disidencia parcial del juez Lorenzetti en Fallos: 330:4633, y disidencias del mencionado magistrado en Fallos: 330:1751; 332:709 y 967, en CSJ 494/2007 (43-G)/CS1 “González”; CSJ 313/2007 (43-L)/CS1 “Luna” y CSJ 61/2008 (44-M)/CS1 “Miño” –citadas en el considerando 9º–, entre otros).

Aun cuando se afirme que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos del trabajo el control de policía, tampoco puede derivarse de ello la responsabilidad, ya que el Estado no responde por los accidentes de este tipo. No hay en el derecho vigente una responsabilidad civil del Estado por todos los accidentes en los cuales se verifique una omisión de control abstracta, sin que se acredite el nexo causal. Por otra parte, el Estado Nacional no puede delegar un poder de policía estatal que recaer en las provincias (art. 126 de la Constitución Nacional).

15) Que, en síntesis, para la procedencia de la acción de derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil (Fallos: 330:5435). En definitiva, las consideraciones hasta aquí desarrolladas llevan a receptar el reproche de la recurrente

referido a la falta de acreditación acerca de la forma en que se habría configurado la relación de causalidad entre el accidente y los a ella imputados incumplimientos a los deberes de prevención y seguridad laborales. En efecto, el tribunal *a quo* condenó a QBE Argentina ART SA sin analizar de modo suficiente la existencia de un adecuado nexo de causalidad eficaz entre la conducta de la aseguradora y el resultado dañoso, cuya determinación es imprescindible para comprometer su responsabilidad en los términos del art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación –art. 1074 del Código Civil– (conf. Fallos: 341:1611, voto de la mayoría y concurrente del juez Lorenzetti), y constituye una condición esencial toda vez que la acción pretende una reparación de alcance integral.

Por otra parte, es menester advertir acerca de la imposibilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo de controlar o prevenir siniestros en la vía pública, y que las condiciones necesarias para la circulación vehicular es una materia ajena a las funciones de prevención y control que la ley 24.557 le impone a las ART, en tanto constituye una competencia propia y específica de las autoridades estatales (conf. Fallos: 342:2079 y voto de la mayoría en Fallos: 343:1794).

Con relación a lo señalado, no cabe soslayar que, según la conclusión del perito criminal designado por el “Instituto de Criminalística Carlos Eboli” del Estado de Río de Janeiro –Brasil– quien concurrió al sitio en el que se produjo el siniestro, “la causa determinante del accidente fue la velocidad no compatible imprimida por el conductor del vehículo al efectuar una curva pronunciada, junto con la falta de cautela y percepción a tiempo” (informe traducido del idioma portugués al español obrante a fs. 205/209).

Es que si bien no existe razón para poner a una aseguradora de riesgos del trabajo al margen del régimen de la responsabilidad civil (Fallos: 332:709, voto de la mayoría y disidencia del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1152), no lo es menos que la concatenación de los hechos y supuestos que el fallo apelado describe para fundar su decisión, no configura la relación de causalidad adecuada entre la conducta imputada a la ART y el daño producido por la ocurrencia del luctuoso accidente por cuya reparación se demandó, presupuesto indispensable para la atribución de responsabilidad civil en el *sub judice* (confr. Fallos: 341:688; 342:1152; 343:1794, 2145).

16) Que, en consecuencia, cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

17) Que, en atención del resultado al que se arriba, deviene inoficioso el tratamiento de las demás cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al expediente principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

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

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárese perdido el depósito de fojas 2. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de queja interpuesto por **Experta ART SA, parte demandada**, representada por el **Dr. Antonio Gerardo Mongiello**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 21.**

CÁMARA ARGENTINA DE ESPECIALIDADES MEDICINALES
Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE INDUSTRIA
DE LA NACIÓN Y OTROS S/ NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO

AMICUS CURIAE

Negar la participación de la recurrente en carácter de Amigo del Tribunal con apoyo en la inexistencia de sustento normativo que lo reglamente deviene en un argumento irrazonable y contrario a las garantías constitucionales que inspiran, impulsan y dan fundamento a la actuación de los amicus curiae en un proceso judicial en el que se examinan cuestiones que podrían suscitar el interés general, tales como los criterios de patentabilidad de las invenciones químico farmacéuticas.

AMICUS CURIAE

Constituye un fundamento dogmático y carente de sustento el rechazo de la intervención del peticionante como Amigo del Tribunal con apoyo en que no se encontraba justificada la reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito, pues exigir como recaudo para la intervención como amicus una especialización en patentamiento de invenciones farmacéuticas, como lo hizo el a quo, sin efectuar un examen de los argumentos que sustentan la presentación del recurrente, ni de los derechos humanos que podrían encontrarse comprometidos en la cuestión a resolver en la causa, resulta una decisión arbitraria que se aparta de los fines y de la amplitud del debate que en temas de interés general persigue la institución del Amigo del Tribunal.

AMICUS CURIAE

El instituto de Amigo del Tribunal es un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia en causas de trascendencia colectiva o inte-

rés general y a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo.

AMICUS CURIAE

La actuación de la figura Amigo del Tribunal tiene por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas.

AMICUS CURIAE

La ausencia de norma que regule de manera expresa la figura del Amigo del Tribunal no debe ser entendida como una prohibición para su instrumentación en la instancia de grado, como tampoco su ofrecimiento conlleva a su aceptación obligatoria para cualquier caso (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

La reconocida competencia de quien peticione intervenir en un proceso invocando la calidad de Amigo del Tribunal debe ser verificada de manera pormenorizada y detallada, teniendo el juez de la causa la potestad de rechazar la solicitud sobre la base de un escrutinio estricto de la idoneidad del requirente para aportar elementos enriquecedores al debate, a la luz de la naturaleza del pleito (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

La figura del Amigo del Tribunal constituye una valiosa herramienta procesal que no solo debe entenderse como una colaboración al juez sino como un medio orientado a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia en aquellos asuntos que, debido a su trascendencia, interesan a la sociedad y no solo a las partes involucradas en

el juicio, es decir se trata de un instituto que -utilizado en su dimensión apropiada y de manera respetuosa del debido proceso y del derecho de defensa en juicio- ayuda a enriquecer y fortalecer la deliberación pública, garantiza una mejor calidad y transparencia del servicio de justicia y contribuye a la consolidación de la democracia participativa (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes posee un efecto positivo para todos los participantes, así en esta orientación, la figura del *amicus curiae*, en la medida en que vincula fuertemente a la participación con las decisiones jurisdiccionales relevantes, contribuye a fortalecer el valor epistemológico en la construcción de consensos (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

La herramienta del Amigos del Tribunal otorga mayor legitimidad a las decisiones del Poder Judicial y, en definitiva, coadyuva a la concreción del postulado contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

No cabe afirmar que la ausencia de una ley nacional que lo contemple de manera expresa la figura de Amigos del Tribunal constituya un obstáculo insalvable para su admisión por los magistrados en los casos que así se lo requieran y que, a juicio de los decisores, resulte pertinente, pues la ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución, no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

Una interpretación constitucional de las normas procesales - arts. 34 y sgtes y en particular el art. 36 del CPCCN- lleva a concluir que las facultades allí previstas permiten al juez articular herramientas como la de Amigos del Tribunal incluso ante la ausencia de su previsión por una ley formal cuando las circunstancias del caso así lo ameriten, a fin de dar pleno cumplimiento a las directrices de la Norma Fundamental argentina (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

La instrumentación del amicus curiae debe ser respetuosa del debido proceso y el derecho de defensa de todas las partes involucradas, circunstancias que deberán ser ponderadas por los magistrados de la causa, de modo que el instituto en análisis no se considere prohibido por falta de norma reglamentaria pero tampoco por ello se convierta en obligatorio para cualquier caso en que se ofrezca (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

No cabe admitir que la todavía ausente regulación legal del instituto de Amigos del Tribunal -pese a los reiterados proyectos legislativos elaborados en ese sentido- impida la utilización de una herramienta procesal que encuentra apoyo constitucional en el art. 18 de la Ley Fundamental, en tanto se entienda al juicio previo allí consagrado no como un mero trámite celebrado con antelación a la sentencia sino como un verdadero debido proceso legal encaminado a afianzar la justicia del caso concreto (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

El amicus curiae se orienta a pluralizar y enriquecer el debate constitucional en tanto se ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto, en consecuencia, el elemento determinante para verificar la reconocida competencia, remite a constatar en cada caso la existencia de razones de entidad suficiente para sostener que el peticionante se encuentra en condiciones de ofrecer un enfoque de la cuestión idóneo para enriquecer el debate (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

La reconocida competencia de quien ofrezca intervenir en un proceso invocando la calidad de Amigo del Tribunal debe ser verificada de manera pormenorizada y detallada, teniendo el juez de la causa la potestad de rechazar la solicitud sobre la base de un escrutinio estricto de la idoneidad del requirente para aportar elementos enriquecedores al debate, considerando la naturaleza del pleito (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

La decisión de la cámara que la desestimó la intervención del peticionante como Amigos del Tribunal por no evidenciar una particular especialización en el asunto que pudiese enriquecer el debate y limitó en el caso el cumplimiento de dicho recaudo a la exigencia de una especialización en patentamiento de invenciones químico-farmacéuticas, importó efectuar una interpretación restrictiva del requisito que no se condice con los fines y con la amplitud de debate en temas de interés general que persigue la institución referida (Voto del juez Rosatti).

AMICUS CURIAE

Corresponde revocar la sentencia la desestimó la intervención del peticionante como Amigos del Tribunal invocando la ausencia de especialización en patentamiento de invenciones químico-farmacéuticas, pues el propio peticionario circunscribió su participación al aporte de argumentos jurídicos para ser ponderados por el magistrado al tiempo de decidir; dada la incidencia que -entiende y argumenta- tienen las pautas de patentabilidad cuestionadas en el acceso a los medicamentos y en la satisfacción del derecho a la salud de la población, aspectos comprendidos en la defensa de los derechos humanos que su organización persigue; y el a quo más allá de algunas consideraciones genéricas, no dio razones de entidad para sostener que el enfoque de la cuestión que ofrece no sea hábil para enriquecer el debate en el caso (Voto del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Aun cuando determinar si cabe la intervención de Amigo del Tribunal en el pleito constituye una cuestión procesal propia de los jueces de la causa y ajena, como principio, a la instancia extraordinaria, ello no resulta

óbice para su consideración por la vía intentada cuando la sentencia apelada se apoya en meras afirmaciones dogmáticas, omite la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del litigio y, en definitiva, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales CELS en la causa Cámara Argentina de Especialidades Medicinales y otro c/ Estado Nacional Ministerio de Industria de la Nación y otros s/ nulidad de acto administrativo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en el *sub lite* la Cámara Argentina de Especialidades Medicinales pretende que se declare la nulidad de la Resolución Conjunta 118/2012, 546/2012 y 107/2012 dictada por el entonces Ministerio de Industria, el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, por medio de la cual aprobaron las “*Pautas para el examen de Patentabilidad de las solicitudes de Patentes sobre Invenciones Químico Farmacéuticas*”, y de la Resolución Conjunta 30/2013, 261/2013 y 63/2013, que resolvió ratificarla. Asimismo, solicitó la nulidad absoluta e insalvable de la Disposición 73/2013 dictada por la Administración Nacional de Patentes por cuanto esta incorpora como Anexo IV las directrices de patentamiento de la resolución conjunta.

La Resolución Conjunta 118/2012, 546/2012 y 107/2012 señala que las pautas establecidas “*dan instrucciones acerca de la consideración que debe darse al examen de patentabilidad de las solicitudes de patentes sobre invenciones químico-farmacéuticas*”. También explica que fueron dictadas a partir de la “*preocupación debido a la proliferación de solicitudes de patentes sobre materias que no constituyen propiamente una invención o son desarrollos marginales*” y con la finalidad de proteger la salud pública.

2°) Que el Centro de Estudios Legales y Sociales CELS solicitó su intervención como Amigo del Tribunal. Expresó que la regulación estatal de los requisitos y criterios de patentabilidad de medicamentos, así como la extensión y alcance de los derechos de propiedad intelectual, son cuestiones de crucial relevancia en lo que respecta a la protección y promoción del derecho a la salud y el acceso a los medicamentos de la población; y acompañó argumentaciones jurídicas que estimó de relevancia a considerar en el *sub lite* para el resguardo de aquel derecho humano.

3°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de grado que rechazó la intervención pretendida. Para decidir de tal modo, sostuvo que la participación como “Amigo del Tribunal” que se pretendía ejercer carecía de apoyo normativo, en tanto la intervención no se encontraba reglamentada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el legislador nacional solo había previsto dicha figura para ciertas situaciones especiales que nada tenían que ver con este pleito. Además, agregó que las acordadas 28/2004 y 7/2013 de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación regulaban la intervención de los *amicus curiae* para las causas en trámite ante sus estrados.

Por otra parte, advirtió que el presentante no cumplía con el requisito de “*reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito*”, establecido en la citada acordada 7/2013 de este Tribunal, que el propio apelante invocó como “guía” que debía servir para el resto de los tribunales de justicia. Ello así puesto que la labor desarrollada por la asociación, inclusive su participación en diversas causas judiciales vinculadas al derecho a la salud, no evidenciaba su particular especialización en la cuestión debatida en autos.

4°) Que contra esta decisión, el CELS interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación devino en la queja a examen. Denuncia que el litigio tiene amplia relevancia social al vincularse con el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos de la población; que el instituto no se encuentra prohibido y su exclusión vulnera el debido proceso y el derecho a peticionar a las autoridades, al impedirle exponer sobre los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la cuestión en litigio. Además, alega que el *a quo*, interpretando arbitrariamente la acordada 7/2013, limita la admisibilidad de la figura a las causas radicadas ante esta Corte Suprema y, a su vez, desconoce

la reconocida competencia de la asociación sobre la cuestión debatida en autos. Por último, aduce que la decisión omite el tratamiento de la crítica efectuada por su parte, a la supuesta carencia de apoyo normativo para la intervención del instituto en el proceso.

5°) Que aun cuando determinar si cabe la intervención de Amigo del Tribunal en el pleito constituye una cuestión procesal propia de los jueces de la causa y ajena, como principio, a la instancia extraordinaria, ello no resulta óbice para su consideración por la vía intentada cuando la sentencia apelada se apoya en meras afirmaciones dogmáticas, omite la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del litigio y, en definitiva, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:2120; 316:379; 333:1273, entre muchos otros).

6°) Que con relación a la participación de los Amigos del Tribunal en procesos judiciales, en oportunidad de autorizar y reglar su actuación ante sus estrados esta Corte Suprema señaló que dicha intervención encuentra sustento normativo, "...aún con anterioridad a la reforma de 1994, en lo dispuesto por el art. 33 de la Constitución Nacional, en la medida en que los fines que inspiran dicha participación consultan substancialmente las dos coordenadas que dispone el texto: la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno" (conf. acordada 28/2004).

También sostuvo que el instituto encuentra apoyo "...en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana".

7°) Que, además, en las consideraciones de la citada acordada 28/2004, esta Corte Suprema se refirió al Amigo del Tribunal como "... un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia" en causas de trascendencia colectiva o interés general y "...a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por

el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo”.

8°) Que en esa misma dirección, en la acordada 7/2013, al introducir modificaciones al régimen que regulaba la participación de los *amicus curiae* en las causas radicadas ante el Tribunal –dejando sin efecto las reglas aprobadas por la acordada 28/2004– con el objeto de procurar una mayor y mejor intervención de dichos actores sociales y, con ello, alcanzar los altos propósitos perseguidos de pluralizar el debate constitucional, así como fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales que se dictasen en cuestiones de trascendencia institucional, la Corte enfatizó que la actuación de la figura en cuestión “...tiene por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas” (conf. art. 4).

9°) Que frente a tales consideraciones, negar la participación de la recurrente en carácter de Amigo del Tribunal con apoyo en la inexistencia de sustento normativo que lo reglamente deviene en un argumento irrazonable y contrario a las garantías constitucionales que, de acuerdo a lo expresado, inspiran, impulsan y dan fundamento a la actuación de los *amicus curiae* en un proceso judicial en el que se examinan cuestiones que podrían suscitar el interés general, tales como los criterios de patentabilidad de las invenciones químico farmacéuticas.

10) Que aun cuando ello bastaría para descalificar la sentencia apelada, habida cuenta de que el tribunal de alzada también examinó la procedencia de la presentación efectuada por el CELS a la luz de los criterios fijados por esta Corte en el reglamento aprobado por la acordada 7/2013, corresponde examinar dicha cuestión.

En tal sentido, cabe señalar que constituye un fundamento dogmático y carente de sustento el rechazo de la intervención del peticionante con apoyo en que no se encontraba justificada la “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito” que exige el art. 2° del citado reglamento.

11) Que en su presentación el CELS expresó ser una organización no gubernamental, dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos. Mencionó distintas participaciones en casos judiciales en los que se discutió el derecho a la salud y el acceso a medicamentos

como un deber estatal ineludible. Aludió a distintos informes elaborados sobre la protección del derecho a la salud de poblaciones vulnerables y en contextos de crisis. Citó fallos de este Tribunal que mencionaron entre los propósitos del CELS la defensa de los derechos humanos y del bienestar de la comunidad. Refirió a su desempeño en la formulación de la Ley Nacional de Salud Mental y en la Red Nacional de Salud Mental Comunitaria y Derechos Humanos. Sostuvo que su pretendida intervención tiene como fin ofrecer argumentos jurídicos vinculados con el acceso a los medicamentos y el derecho a la salud que estimó de trascendencia para la resolución del conflicto (cfr. fs. 1546/1564 y 1572/1578).

12) Que en consecuencia, exigir como recaudo para la intervención como *amicus* una especialización en patentamiento de invenciones farmacéuticas, como lo hizo el *a quo*, sin efectuar un examen de los argumentos que sustentan la presentación del recurrente, ni de los derechos humanos que podrían encontrarse comprometidos en la cuestión a resolver en la presente causa, resulta una decisión arbitraria que se aparta de los fines y de la amplitud del debate que en temas de interés general persigue la institución del “Amigo del Tribunal”.

En consecuencia, por todos los motivos expresados, corresponde descalificar el fallo recurrido.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario federal y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento sobre el punto. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que la Cámara Argentina de Especialidades Medicinales (CAEME) dedujo la presente demanda con el objeto de que se declare

la nulidad de la Resolución Conjunta 118/2012, 546/2012 y 107/2012 dictada por el Ministerio de Industria, el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, por medio de la cual se aprobaron las “*Pautas para el examen de Patentabilidad de las solicitudes de Patentes sobre Invenciones Químico Farmacéuticas*”.

En dicha resolución se afirma que las pautas allí establecidas “*dan instrucciones acerca de la consideración que debe darse al examen de patentabilidad de las solicitudes de patentes sobre invenciones químico-farmacéuticas*”, al tiempo que explica que se dictaron a partir de la “*preocupación debido a la proliferación de patentes sobre materias que no constituyen propiamente una invención o son desarrollos marginales*” y con la *finalidad de proteger la salud pública*.

Asimismo, la parte actora solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución Conjunta 30/2013, 261/2013 y 63/2013 que ratificó la norma precitada, como así también que se dispusiera la nulidad absoluta e insalvable de la Disposición 73/2013, dictada por la Administración Nacional de Patentes, que incorpora como Anexo IV las directrices de patentamiento previstas en la resolución conjunta en cuestión.

2º) Que, en el marco de ese proceso, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) solicitó su intervención como “Amigo del Tribunal”. Expresó que la regulación estatal de los requisitos y criterios de patentabilidad de medicamentos, así como la extensión y alcance de los derechos de propiedad intelectual, son cuestiones de crucial relevancia en lo que respecta a la protección y promoción del derecho a la salud y al acceso a los medicamentos de la población.

3º) Que la intervención pretendida por el CELS fue rechazada por el tribunal de grado, decisión confirmada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Para decidir de ese modo, el tribunal de alzada sostuvo que la participación como “Amigo del Tribunal” que se requería: i) carecía de apoyo normativo, en tanto no se encontraba reglamentada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 90 y sptes.); ii) que el legislador nacional solo había previsto dicha figura para ciertas situaciones especiales que nada tenían que ver con este pleito (art. 7, ley 24.488 y art. 18, ley 25.875); y iii) que las acordadas 28/2004 y 7/2013 de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación regulaban la intervención de los *amicus curiae* para las causas en trámite ante sus estrados.

La cámara advirtió asimismo que el presentante no cumplía con el requisito de “*reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito*”, establecido en la citada acordada 7/2013, disposición que el propio apelante había invocado como “guía” que debía servir para el resto de los tribunales de justicia. La labor desarrollada por la asociación, inclusive su participación en diversas causas judiciales vinculadas al derecho a la salud, no evidenciaba su particular especialización en la cuestión debatida en el caso. Expresó que no se trataba solamente de que en la causa se debatieran cuestiones de trascendencia colectiva ni que el tercero pudiera invocar razonablemente un interés en su resultado fundado en la defensa de algún derecho fundamental, sino de que ese tercero contara con reconocida competencia en el asunto a resolver de modo que pudiera enriquecer el debate.

4°) Que contra dicho pronunciamiento el CELS interpuso recurso extraordinario que, denegado, dio lugar a la presente queja.

En síntesis, se agravia de lo resuelto al entender que: i) el litigio tiene amplia relevancia social al vincularse con el derecho a la salud y al acceso a los medicamentos por parte de la población; ii) su intervención no se encuentra jurídicamente prohibida; iii) la negativa a intervenir vulnera el debido proceso y el derecho a peticionar a las autoridades pues le impide exponer sobre los estándares internacionales de derechos humanos que resultan de aplicación a la cuestión en litigio; iv) se ha interpretado arbitrariamente la acordada 7/2013 al limitar la admisión de los “Amigos del Tribunal” a las causas radicadas ante esta Corte Suprema y, a su vez, se ha desconocido la reconocida competencia que el CELS tiene sobre la cuestión debatida en el caso, y v) omite el tratamiento de su crítica al argumento sobre la supuesta carencia de apoyo normativo que autorice su intervención en la calidad solicitada.

5°) Que los agravios del apelante remiten a dos cuestiones diferentes: a) la primera de ellas alude al entendimiento que debe darse a la falta de regulación del instituto de “Amigo del Tribunal” en el marco del debido proceso legal; y b) la segunda cuestión remite a la interpretación del requisito de “*reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito*” exigido a un peticionante para ser considerado

“Amigo del Tribunal” en un caso concreto. Se trata de tópicos que inicialmente refieren al examen de temas de derecho procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena -por su naturaleza- al remedio del art. 14 de la ley 48, salvo cuando la decisión recurrida se apoya en meras afirmaciones dogmáticas, omite la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del litigio y, en definitiva, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias de la causa (Fallos: 311:2120; 316:379; 321:2131; 333:1273, entre muchos otros).

En efecto, si bien las cuestiones procesales no justifican -como regla- el otorgamiento de la apelación extraordinaria ante el máximo Tribunal argentino, corresponde hacer excepción a este principio cuando la lectura del expediente pone al descubierto una trasgresión a la garantía constitucional del debido proceso consagrada por el art. 18 de la Norma Fundamental argentina, con entidad suficiente para afectar la validez misma del pronunciamiento (arg. Fallos: 338:875; 342:2298, entre otros).

En tal entendimiento, a fin de analizar los interrogantes subyacentes en el remedio extraordinario intentado, se procederá a desarrollar la primera cuestión (consecuencia de la falta de previsión normativa que regule el instituto en la instancia de grado) en los considerandos 6º a 8º inclusive del presente pronunciamiento y la segunda cuestión (alcance del requisito de “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”) en el considerando 9º, resumiéndose finalmente los estándares que responden a ambas cuestiones en el considerando 10.

6º) Que la figura del “Amigo del Tribunal” constituye una valiosa herramienta procesal que no solo debe entenderse como una colaboración al juez sino como un medio orientado a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia en aquellos asuntos que, debido a su trascendencia, interesan a la sociedad y no solo a las partes involucradas en el juicio.

Dicho de otro modo, se trata de un instituto que -utilizado en su dimensión apropiada y de manera respetuosa del debido proceso y del derecho de defensa en juicio- ayuda a enriquecer y fortalecer la deliberación pública (en este caso en el marco del debate en el proceso), garantiza una mejor calidad y transparencia del servicio de justicia y contribuye a la consolidación de la democracia participativa.

Como se ha señalado con anterioridad, el ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes posee un efecto positivo para todos los participantes. En esta orientación, la figura del *amicus curiae*, en la medida en que vincula fuertemente a la participación con las decisiones jurisdiccionales relevantes, contribuye a fortalecer el valor epistemológico en la construcción de consensos (ver voto del juez Rosatti en Fallos: 342:697, con cita a Nino, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en AA. VV., “En torno a la democracia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 97 y sgtes. En idéntico sentido y del mismo autor: “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 696).

En ese entendimiento, la herramienta otorga mayor legitimidad a las decisiones del Poder Judicial y, en definitiva, coadyuva a la concreción del postulado contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional de “afianzar la justicia”.

7°) Que, reconocidas las bondades del instituto bajo examen, y su sostenimiento a la luz de los principios constitucionales mencionados, no cabe afirmar que la ausencia de una ley nacional que lo contemple de manera expresa constituya un obstáculo insalvable para su admisión por los magistrados en los casos que así se lo requieran y que, a juicio de los decisores, resulte pertinente.

En primer lugar, conviene recordar que, ante situaciones que guardan alguna similitud con la presente, este Tribunal ha señalado que “...la ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución, no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 320:875; 320:2701; 327:4376; 328:1146, entre muchos otros)...”.

En efecto, conforme lo ha sostenido esta Corte, resulta una pauta hermenéutica fundamental del ordenamiento infraconstitucional que debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” (“Municipalidad de Laprida”, Fallos: 308:647, votos del juez Rosatti en Fallos: 341:1106 y 343:1037 y disidencia en Fallos: 342:609).

De ahí que la lectura de los preceptos procesales referidos a las facultades ordenatorias e instructorias de los magistrados previstas por los códigos de forma (vgr. arts. 34 y sgtes. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en particular, art. 36) deba reflejar su enlace con el aparato conceptual y la exégesis de las normas que integran el bloque constitucional.

En ese orden de ideas, una interpretación constitucional de las normas procesales citadas lleva a concluir que tales facultades permiten al juez articular herramientas como la requerida en autos, incluso ante la ausencia de su previsión por una ley formal cuando las circunstancias del caso así lo ameriten, a fin de dar pleno cumplimiento a las directrices de la Norma Fundamental argentina.

Claro está que la instrumentación del *amicus curiae* debe ser respetuosa del debido proceso y el derecho de defensa de todas las partes involucradas, circunstancias que deberán ser ponderadas por los magistrados de la causa, de modo que el instituto en análisis no se considere prohibido por falta de norma reglamentaria pero tampoco por ello se convierta en obligatorio para cualquier caso en que se ofrezca.

8°) Que las circunstancias apuntadas han sido objeto de consideración por esta Corte Suprema -con otra integración- al tiempo de dictar la acordada 28/2004 y, con posterioridad la acordada 7/2013, que receptan y regulan a la figura del “Amigo del Tribunal”, oportunidades en las que la ausencia de una norma nacional no impidió su reconocimiento, así como tampoco el basamento constitucional que subyace a dicho reconocimiento.

No se trata de desconocer la conveniencia del dictado de una norma nacional que regule los aspectos sustanciales y procesales del instituto en cuestión, ni de invadir esferas que corresponden exclusivamente a otros poderes del Estado, sino de enfatizar que a la luz de los principios constitucionales que la sostienen no cabe admitir que la todavía ausente regulación legal -pese a los reiterados proyectos legislativos elaborados en ese sentido- impida la utilización de una herramienta procesal que encuentra apoyo constitucional en el art. 18 de la Ley Fundamental, en tanto se entienda al *juicio previo* allí consagrado no como un mero trámite celebrado con antelación a la sentencia sino como un verdadero “debido proceso legal” encaminado a afianzar la justicia del caso concreto.

9º) Que, arribados a este punto, corresponde dar estudio a la segunda cuestión a la que refieren los agravios de la recurrente, que remite a la interpretación que debe darse al requisito de “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito” exigido a un peticionante para ser considerado “Amigo del Tribunal”.

A fin de desentrañar el sentido de la fórmula citada, se debe recordar que el *amicus curiae* se orienta a “pluralizar y enriquecer el debate constitucional” (acordada 7/2013) en tanto se “ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto” (acordada 28/2004). En consecuencia, el elemento determinante para verificar la “reconocida competencia” a la que se ha hecho referencia, remite a constatar en cada caso la existencia de razones de entidad suficiente para sostener que el peticionante se encuentra en condiciones de ofrecer un enfoque de la cuestión idóneo para “enriquecer” el debate.

La “reconocida competencia” de quien ofrezca intervenir en un proceso invocando la calidad de “Amigo del Tribunal” debe ser verificada de manera pormenorizada y detallada, teniendo el juez de la causa la potestad de rechazar la solicitud sobre la base de un escrutinio estricto de la idoneidad del requirente para aportar elementos enriquecedores al debate, considerando la naturaleza del pleito. Tal ponderación se echa de menos en el *sub judice*.

En efecto, en su presentación, el CELS expresó ser una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos. Mencionó distintas participaciones en casos judiciales en los que se discutió el derecho a la salud y el acceso a medicamentos como un deber estatal ineludible. Aludió a distintos informes elaborados sobre la protección del derecho a la salud de poblaciones vulnerables y en contextos de crisis. Citó precedentes de este Tribunal que mencionaron entre los propósitos de dicha organización la defensa de los derechos humanos y del bienestar de la comunidad, y refirió a su desempeño en la formulación de la Ley Nacional de Salud Mental y en la Red Nacional de Salud Mental Comunitaria y Derechos Humanos. En definitiva, sostuvo que su pretendida intervención en el caso tenía como fin ofrecer *argumentos jurídicos* vinculados con el acceso a los medicamentos y el derecho a la salud, aspectos ambos que estimó de trascendencia para la resolución del conflicto (cfr. fs. 1546/1564 y 1572/1578).

Conforme a dicha presentación, la decisión de la cámara que la desestimó por no evidenciar una particular especialización en el asunto que pudiese enriquecer el debate y limitó en el caso el cumplimiento de dicho recaudo a la exigencia de una especialización en patentamiento de invenciones químico-farmacéuticas, importó efectuar una interpretación restrictiva del requisito que no se condice con los fines y con la amplitud de debate en temas de interés general que persigue la institución del “Amigo del Tribunal”.

Repárese que fue el propio peticionario quien, al hacer especial mérito del objeto de la organización que preside, circunscribió su participación al aporte de *argumentos jurídicos* para ser ponderados por el magistrado al tiempo de decidir, dada la incidencia que -entiende y argumenta- tienen las pautas de patentabilidad aquí cuestionadas en el acceso a los medicamentos y en la satisfacción del derecho a la salud de la población, aspectos comprendidos en la defensa de los derechos humanos que su organización persigue. Más allá de algunas consideraciones genéricas, el *a quo* no ha dado razones de entidad para sostener que el enfoque de la cuestión que ofrece el peticionario no sea hábil para “enriquecer” el debate en el caso.

En consecuencia, y sin que ello implique pronunciarse sobre si, en definitiva, el peticionante cuenta o no cuenta con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito, se concluye que el análisis formulado a fin de verificar tal requisito por el decisorio en crisis no resulta consistente con la extensión propia de la herramienta cuya aplicación se discute en el presente.

10) Que, resumiendo lo expuesto en los considerandos anteriores, se concluye que las cuestiones subyacentes en el remedio introducido por el recurrente encuentran respuesta en los siguientes estándares generales:

a) la ausencia de norma que regule de manera expresa la figura del “Amigo del Tribunal” no debe ser entendida como una prohibición para su instrumentación en la instancia de grado, como tampoco su ofrecimiento conlleva a su aceptación obligatoria para cualquier caso;

b) la “reconocida competencia” de quien peticione intervenir en un proceso invocando la calidad de “Amigo del Tribunal” debe ser verificada de manera pormenorizada y detallada, teniendo el juez de la

causa la potestad de rechazar la solicitud sobre la base de un escrutinio estricto de la idoneidad del requirente para aportar elementos enriquecedores al debate, a la luz de la naturaleza del pleito.

11) Que atendiendo a los argumentos desarrollados en los considerandos 6º a 9º, corresponde descalificar el fallo recurrido.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento conforme la doctrina señalada en la presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por el **Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)**, representado por el **Dr. Diego Ramón Morales**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Federico Efrón y Tomás Griffa**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 1**.

STEFANOV, PLAMEN BOIANOV s/ EXTRADICIÓN

EXTRADICION

Es improcedente el pedido de extradición toda vez que no surge la existencia de testimonio o fotocopia autenticada de la resolución judicial que dispuso la detención del procesado, según exige el artículo 13, inciso d, de la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, sin que puede asignársele ese carácter al acto dictado por una fiscal que dio sustento a la orden europea de captura y entrega publicada en los boletines de I.N.T.E.R.P.O.L., pues se trata de una exigencia que responde a los explícitos términos de la ley interna y es la solución escogida por el legislador para regir las relaciones de la República Argentina, en materia de extradición, con aquellos países con los –como sucede con la República de Bulgaria- no existe tratado sobre la materia (artículo 3º de la ley 24.767).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal N° 2 de San Juan, que concedió la extradición de Plamen Boianov S solicitada por las autoridades de la República de Bulgaria, se interpuso recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fojas 385.

A fojas 399/407 el señor Defensor General Adjunto de la Nación presentó el memorial del que V.E. corrió vista a esta Procuración General.

Además, encontrándose la causa a estudio, el 9 de noviembre último V.E. remitió a esta sede una presentación efectuada ante el Tribunal por el requerido.

-II-

Puede resumirse la impugnación en los siguientes agravios: 1) la arbitrariedad de la resolución; 2) el Estado búlgaro no cumplió con la manda del artículo 13.d de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767); y 3) S no estuvo presente en la audiencia de unificación de sus condenas.

Por otra parte, surge de la presentación *in pauperis* del *extraditurus* su preocupación por que la República de Bulgaria no contemplaría en su legislación interna la posibilidad de computar el tiempo de su detención en este proceso como si lo hubiera sufrido en el que le da origen (artículo II.e de la ley de extradiciones), y que conceder la entrega implicaría separarlo de su mujer y de su hijo menor de edad. Por esas razones, solicitó su rechazo.

-III-

Sostiene la parte que el acto jurisdiccional apelado sería inválido, en tanto se apoya en valoraciones contradictorias de las constancias remitidas por el país requirente, temperamento que lo vacía de contenido. Ello, en virtud de que el *a quo* dispuso, tras la celebración de la audiencia de debate, suspender el dictado de la sentencia y solicitar información adicional al Estado requirente (artículo 31 de la ley 24.767) para luego, sin haberla recibido, resolver sobre la extradición.

Sin embargo, advierto que conforme V.E. lo señalara en los precedentes de Fallos: 322:486 y 324:1564 y 1694, entre otros, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma. En el caso, si bien la documentación pedida arribó luego de dictada la sentencia, tal como surge del memorial ante V.E. la defensa ha tomado conocimiento de ella y, además de agravarse porque el fallo fue dictado sin valorarla aunque se la había juzgado necesaria a tal fin, a partir de ello insistió en el planteo que se tratará en el apartado V *infra*.

En efecto, al concluir la audiencia de debate a fojas 313, el juez de la instancia decidió conceder un plazo de treinta días a Bulgaria para que informe: 1) en cuál de las causas que motivan el pedido de extradición ha estado detenido S y, en consecuencia, cuánto tiempo le resta por cumplir en cada condena impuesta; 2) si según lo establecido en su legislación, en caso de solicitarlo el nombrado reabrirán la causa en que fue sentenciado en ausencia o rebeldía para que sea oído en juicio y se dicte en consecuencia una nueva sentencia (artículo II.d de la ley 24.767); Y 3) si se computará el tiempo en el cual permanezca privado de su libertad en este proceso (artículo II.e *idem*).

A fojas 392/394, vencido el plazo otorgado y ya dictada la sentencia (ver fojas 363/4 y 367/82), la Cancillería adelantó por fax la contestación del país solicitante donde comunicó que: 1) S está sentenciado por cinco procedimientos penales, siendo agrupadas las sanciones con el decreto del Tribunal Regional de Sofía del 24 de septiembre de 2015, resultando el total de la pena de cinco años de privación de la libertad. Agregó que estuvo detenido solamente en una de esas causas por un período de tres meses y cinco días, por lo que restan cumplir cuatro años, ocho meses y veinticinco días; 2) tal como ya se había informado, reiteró que el requerido no fue juzgado en rebeldía, sino que estuvo presente en las audiencias del tribunal en todas las causas por las cuales se decretaron sentencias condenatorias. Únicamente no lo estuvo en el citado decreto protocolar por el cual se le determinó un castigo total por las sentencias ya pronunciadas. Sin perjuicio de ello, hizo saber que con arreglo al artículo 417, apartado 1, del Código Procesal Penal de Bulgaria -cuyo texto aportó- en un plazo de seis meses puede presentar una demanda judicial para reanudar ese “procedimiento penal de agrupar las sanciones” a causa de su ausencia; y 3) que según el citado artículo 417, relacionado con el artículo 59 de su Código Penal, todo el plazo de detención por el trámite de extradición en la República

Argentina será descontado del tiempo que le resta purgar de la sanción de privación de libertad.

Como puede apreciarse, con esa respuesta han quedado positivamente despejadas las dudas planteadas por la defensa durante la audiencia de debate y, en lo pertinente, las del memorial ante V.E. y de la presentación *in pauperis* del requerido:

En tales condiciones, toda vez que las sentencias de la Corte -incluso en esta materia- deben atender a la situación existente al momento de su dictado (Fallos: 217:340; 307:1195; 329:1245, considerando 33), es pertinente valorar en esta instancia el informe reseñado; y teniendo en cuenta, a la vez, que sus términos abonan el criterio del fallo apelado, corresponde desestimar por inoficioso el agravio de la defensa en tal sentido y también lo manifestado por su asistido en cuanto al cómputo del tiempo de detención en estas actuaciones.

-IV-

Ante todo, creo oportuno señalar que el tratamiento del planteo reseñado en segundo término es inadmisibles, toda vez que fue introducido recién en esta instancia, razón por la que correspondería su rechazo *in limine* (doctrina de Fallos: 313:1242; 322:1558, entre otros).

Sin embargo, no desconozco que en varios precedentes la Corte decidió dejar de lado este reparo formal y trató la cuestión cuando es susceptible de afectar el orden público argentino -como lo sería la ausencia de un presupuesto necesario para que el Estado Nacional conceda la extradición- (Fallos: 327:2892; 328:1367 y 329:1425).

Arguye la defensa que el pedido de asistencia carece de un requisito vital, cual es, que la solicitud de extradición -tanto la resolución que la dispuso como la orden de detención- emanen de un magistrado con potestad jurisdiccional (artículo 13.d de la ley 24.767).

Sin embargo, ello no es un impedimento para la entrega desde que lo exigido por la ley, en lo aquí atinente, es que la rogatoria se sustente en una resolución judicial.

El requisito consiste, entonces, en la manifestación de voluntad por parte de un órgano judicial para que se efectúe el requerimiento internacional, mas no que aquél sea el que le dé curso. Esto encuentra su fundamento en que las comunicaciones entre los Estados se canalizan a través de las misiones diplomáticas (artículo 3.1.a de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas -aprobada por decreto ley 7672/63, ratificada por ley 16.478- y Fallos: 323:3749), que dependen de la autoridad ejecutiva y no de la judicial.

Aclarado el punto, en atención a los términos en que fue planteada la cuestión por la defensa, estimo pertinente realizar las siguientes consideraciones.

La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del concepto de “*resolución judicial*” en numerosas oportunidades, como acertadamente lo destaca el recurrente en su memorial -al que remito *breviatis causae* en ese aspecto- en las cuales, de acuerdo a un acabado análisis de la legislación de los respectivos Estados requirentes, delimitó sus alcances.

Particularmente, para los países miembros de la Unión Europea, como lo es la República de Bulgaria, sostuvo en el precedente “*Perriod*” que la orden de detención europea es una resolución judicial adecuada para satisfacer el extremo exigido por la legislación nacional (Fallos: 333:1179).

La defensa entiende que en caso de que la citada orden provenga del representante de la vindicta pública -como, al igual que en el *sub examine*, ocurrió en el precedente citado- su aceptación como la resolución judicial requerida por el derecho argentino, implicaría una equiparación inaceptable entre el juez y el fiscal.

Este Ministerio Público discrepa con esa inteligencia del requerimiento en cuestión, pues olvida que de acuerdo a la Decisión Marco relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, dictada el 13 de junio de 2002 por el Consejo de la Unión Europea, la orden de detención europea es “*una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad*” (artículo 1.1.), siendo que necesariamente debe sustentarse en “*... la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza ...*” (artículo 8.1.c.) (confr. El considerando 11 del fallo citado).

Es decir que en el supuesto de que el fiscal sea la autoridad judicial que libra la orden, no asume facultades exclusivas del juez, sino que, muy por el contrario, únicamente a partir de la decisión de éste último -en el caso, la *sentencia* obrante a fojas 134/8 y las allí referidas- se encuentra habilitado para trasladar esa resolución al plano internacional.

La circunstancia de que la ley del Estado requirente ponga en cabeza del Fiscal General, mediante la disposición interna intitulada

“*Ley de extradición y orden europea de detención*”, la facultad de solicitarlas (ver artículo 23.1 de su Código Penal a fojas 180), en nada empaña lo dicho, ya que no es únicamente en virtud de su derecho interno que se sustenta esa potestad, sino que lo es también en función de la manda europea con el alcance que V.E. le ha reconocido.

En el caso, conforme surge de la difusión de Interpol, en particular de fojas 53/57, el pedido se sustenta en una orden europea de detención en ejecución de la sentencia, la número P-21/2014 con fecha de emisión el 16 de julio de 2015, que es el traslado al plano internacional de la que obra a fojas 185/6 dictada en consecuencia de sentencias de condena abarcadas por la de fojas 134/8,- antes citada; todas ellas incluidas en la solicitud de extradición formulada en autos por el Fiscal General de la República de Bulgaria (fojas 81/3) y en la respuesta a la información adicional requerida (fojas 189/90).

En estos términos, entiendo que corresponde desestimar el planteo.

-V-

La defensa pone de resalto que el requerido no estuvo presente en ocasión de la realización de la audiencia por la cual se unificaron las penas que le fueron impuestas. Esa situación -como ya se mencionó- ha sido admitida por el Estado requirente (fojas 134/8 y 392/3).

Sin embargo, el recurrente se limita a discrepar con lo considerado por el a quo en cuanto sostuvo que el artículo 423 del Código Penal de Bulgaria “*prevé expresamente la posibilidad de solicitar la reapertura de la causa efectuada en ausencia del condenado, en caso de que la unificación de la pena impuesta pudiera haber afectado los derechos de Stefanov, petición para la cual tiene un plazo de seis meses desde la notificación de dicha sentencia*” (fojas 381). Ello es conteste con la información recibida a *posteriori* de la sentencia, relacionada expresamente al “procedimiento penal de agrupar las sanciones” (fojas 393), sobre la que nuevamente la parte recurrente no objetó.

Por lo demás, es de destacar que la circunstancia de que el impulso de la revisión de la sentencia dictada en su ausencia quede en manos de la persona condenada en nada afecta la vigencia y efectividad de la garantía de que se celebre un nuevo procedimiento.

Así lo ha entendido V.E. en los precedentes “*Paravinja*” ,(P. 529, L. XLIII, resuelta el 27 de mayo de,2009 y apartado XII del dictamen), “*Perriod*” y “*Bortolotti*” (respectivamente, Fallos: 333:1179, considerando 4° y apartado VIII del dictamen; y 335:942, considerandos 4° y 5° Y apartado IV del dictamen) y, en especial, “*Klementova*” (CS] 32/2013

(49-K)/CS 1, resuelta al 24 de noviembre de 2015, considerandos 7° y 8°), donde ante análogas previsiones en legislaciones extranjeras, consideró que los compromisos asumidos por los Estados en ellos requeridos, satisfacían el extremo exigido por la norma nacional (artículos 11, inciso “d”, y 14, inciso “b”, de la ley 24.767).

-VI-

Finalmente, del remedio *in pauperis* también surge que la concesión de la extradición implicaría un desmembramiento familiar.

Estimo pertinente considerar al respecto, que la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal aplicable al *sub judice* no prevé como impedimento para conceder la extradición que el requerido tenga una familia o un hijo menor de edad, máxime si se advierte que -en el caso- el niño quedaría al cuidado de su madre (ver fojas 245 y 306 vta.), por lo que no se advierten circunstancias excepcionales que aconsejen, a criterio de esta Procuración, apartarse de la jurisprudencia sentada por V.E. en “*Caballero de López*” (Fallos: 339:94).

Hecha esta salvedad y sin perjuicio -insisto- de la falta de invocación de alguna situación de extraordinaria gravedad que permitiera aplicar el criterio seguido al dictaminar en ese precedente, la cual tampoco se advierte, cabe asimismo recordar que, en el marco de las normas aplicables, el niño no tiene una pretensión autónoma para oponerse a la declaración de procedencia de la entreatyuda (conf. “*Torres García*”, Fallos: 338:342, considerando 3°), que de prosperar ésta, el hijo menor habría de continuar al cuidado de su progenitora, y que la separación temporal respecto de su padre por causas legales como la del *sub judice* es una situación expresamente contemplada por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 9.4) que también ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC 21/14 (párrafo 274 y sgtes.).

Sin perjuicio de ello, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente, no sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “interés superior del niño”, estudiando sistemáticamente cómo sus derechos e intereses puedan verse afectados por las decisiones y las medidas que adopten (Fallos: 331 :2047).

En este sentido, el ordenamiento jurídico argentino regula mecanismos de tutela que el juez de la instancia y/o las demás autoridades a las que compete intervenir en lo que resta del procedimiento de extradición -aun luego de adquirir firmeza la declaración de procedencia de la extradición (conf. Fallos: 331:1352)- podrán utilizar para reducir al máximo

posible el impacto negativo que sobre la integridad del menor pudiera eventualmente generar la extradición de su padre (Fallos: 333:927).

A lo hasta aquí desarrollado, resta agregar que el planteo pasa por alto la existencia de la orden de expulsión del país dictada el 28 de mayo de 2017 respecto de Plamen Boianov S por la Dirección Nacional de Migraciones (fojas 345/8, artículo 2°), sobre cuyo alcance y efectos no corresponde aquí expedirse.

-VII-

.En mérito a lo expuesto, solicito a V.E. que confirme la sentencia en todo cuanto fue materia de apelación. Buenos Aires, 15 de junio de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Stefanov, Plamen Boianov s/ extradición”.

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Federal de San Juan n° 2 declaró procedente la extradición de Plamen Boianov Stefanov solicitada por la República de Bulgaria con el objeto de que cumpla la pena total de cuatro años, ocho meses y cinco días de prisión fundada en una serie de sentencias condenatorias (fs. 367/382).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario el Defensor Oficial del requerido (fs. 384) que fue concedido a fs. 385 y fundado en esta instancia por el señor Defensor General adjunto de la Nación (fs. 399/407). A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino solicitó se confirmara la resolución apelada (fs. 412/416).

3°) Que, en el *sub lite*, no surge la existencia de “testimonio o fotocopia autenticada de la resolución judicial que dispuso la detención del procesado”, según exige el artículo 13, inciso d, de la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal.

4°) Que no puede asignársele ese carácter al acto dictado por la fiscal E. Vaklinova de la Fiscalía de la ciudad de Sofía, el 10 de marzo de 2014 (conf. fs. 185/186 traducción del texto en idioma de origen agregado a fs. 187) que dio sustento a la orden europea de captura y entrega europea publicada en los boletines de I.N.T.E.R.P.O.L. con fecha 22 de julio de 2015 (agregada en fax a fs. 1/5, en copia a fs. 53/55) y, por esa vía, al arresto provisorio del requerido (fs. 10).

5°) Que se trata de una exigencia que responde a los explícitos términos de la ley interna y es la solución escogida por el legislador para regir las relaciones de la República Argentina, en materia de extradición, con aquellos países con los –como sucede en el *sub lite* con la República de Bulgaria- no existe tratado sobre la materia (artículo 3° de la ley 24.767).

6°) Que, por ende, es insustancial un pronunciamiento del Tribunal sobre las restantes cuestiones materia de controversia en el caso.

Por todo lo expuesto, oído el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: Revocar la resolución de fs. 367/382 y declarar improcedente el pedido de extradición solicitado por la República de Bulgaria respecto de Plamen Boianov Stefanov. Regístrese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*)–
JUAN CARLOS MAQUEDA – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se confirma la sentencia apelada que declaró procedente la extradición de Plamen Boianov Stefanov solicitada por la República de Bulgaria. Notifíquese y devuélvanse.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso ordinario interpuesto por **Plamen Boianov Stefanov**, asistido por el **Dr. Santiago Bahamondes, Defensor Público coadyuvante**.

Tribunal de origen: **Juzgado Federal n° 2 de San Juan**.

SIGMA SA c/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA s/ RECURSO
DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

La ley 26.476 libera del impuesto al valor agregado que oportunamente se omitió declarar al contribuyente que dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el régimen -la exteriorización de fondos y el pago del tributo especial- sin distinguir si aquél se origina en débitos o en créditos fiscales impugnados por la presentación de facturas apócrifas.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales (leyes 23.349, 26.476, sus normas reglamentarias y modificatorias) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ella (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 240/241 de los autos principales (al que corresponderán las siguientes citas), obra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, por la que revocó la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación que: a) confirmó -en todas sus partes- la resolución 109/2009 del 30 de septiembre de 2009, que determinó de oficio a Sigma S.A. el impuesto al valor agregado por el período fiscal diciembre de 2005 -originada en la impugnación del crédito fiscal computado por la sociedad por el uso de facturas apócrifas respecto de las compras y gastos a supuestos proveedores-, y b) sostuvo, en relación al planteo de la actora referido a su acogimiento al régimen instituido por la ley 26.476, que de conformidad con lo previsto en el art. 32, inc. c), pto. 2°, de dicho cuerpo normativo, los créditos fiscales relacionados con operaciones apócrifas quedan fuera de dicho régimen.

Para así decidir, la cámara:

a) consideró que la cuestión a resolver se circunscribía a establecer si la actora se encuentra alcanzada por el beneficio de liberación de impuestos previsto en el art. 32 de la ley 26.476, que instituyó el “Régimen de regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado, exteriorización y repatriación de capitales”.

b) ponderó que por el Título III de dicha norma se habilitó un régimen por el cual las personas físicas, las sucesiones indivisas y los sujetos del art. 49 del impuesto a las ganancias, que exterioricen la tenencia de moneda extranjera y divisas en el exterior; de moneda nacional y extranjera en el país y demás bienes en el exterior y en el país, y que ingresen el impuesto especial creado a tal efecto, quedarán liberadas del pago de los impuestos que hubieren omitido declarar.

c) puntualizó que la ley 26.476 “no efectúa diferencias para la eximición del pago de impuestos ya sea que la determinación provenga de un ajuste en el débito o crédito fiscal, razón por la que no corresponde excluir de los beneficios a situaciones como las de autos, en especial cuando la actora ya efectuó la correspondiente exteriorización de fondos e ingresó el tributo correspondiente, cumpliendo con los requisitos exigidos”.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, la AFIP interpuso el recurso extraordinario de fs. 245/262, concedido en lo atinente a la interpretación de normas federales y denegado por las razones de arbitrariedad y gravedad institucional esgrimidas (cfr. fs. 291 y vta.). Frente a ello, la demandada interpuso el recurso directo que corre agregado bajo el número de expediente CAF 2505/2018/1/RH1.

Expresó que la sentencia apelada, al revocar el pronunciamiento del Tribunal Fiscal, efectuó una errónea aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 32, inc. c), pto. 2°, de la ley 26.476, al conceder a Sigma S.A. un beneficio allí no previsto.

Sostuvo la existencia de una cuestión federal simple manifiesta, por encontrarse en discusión la inteligencia, interpretación y aplicación al caso de normas de carácter federal -ley del impuesto al valor agregado (y sus reglamentaciones); ley 26.476 y su reglamentación (RG AFIP 2537); las facultades de fiscalización e interpretación de la AFIP previstas en la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones)- y porque la sentencia ignora o minimiza el principio de legalidad en materia tributaria, al omitir en la interpretación de la ley 26.476 su espíritu y la mecánica del impuesto en cuestión (IVA).

Alegó la arbitrariedad de la sentencia recurrida en tanto ella no constituye una derivación razonada del derecho vigente, ni una consecuencia lógico-jurídica de los hechos de la causa ni de los antecedentes administrativos y porque soslaya la consideración de la jurisprudencia administrativa citada.

Manifestó que, respecto al impuesto al valor agregado, tanto la ley 26.476 como la R.G. (AFIP) 2.537 únicamente prevén la liberación de ajustes centrados en operaciones (de ventas o servicios), sin incluir los ajustes que se realicen al crédito fiscal por no estar éstos vinculados con un incremento patrimonial; por lo que, afirma, el tratamiento liberatorio que le otorgó la cámara al crédito fiscal de IVA por operaciones apócrifas es erróneo.

Aseveró que el régimen previsto en el título III de la ley 26.476 se encuentra orientado a la exteriorización de la tenencia de moneda extranjera que posea un contribuyente, tanto en el país como en el exterior; así como también a las que sean producto de la realización de bienes mantenidos a dicha fecha que sean exteriorizadas conforme con los requisitos y formalidades allí previstos.

Consignó que, a la luz de la mecánica de liquidación del IVA, no es posible obtener capital no declarado a partir del cuestionamiento de la

utilización de créditos impugnados y afirmó que la cámara yerra puesto que, en ningún caso, puede admitirse que el crédito fiscal dé lugar a la disponibilidad de capital alguno como para acceder a los beneficios indicados en el título III de la ley 26.476 por lo que la interpretación del a quo se traduce en el reconocimiento de los beneficios establecidos en el art. 32 a un supuesto no previsto por el legislador.

Arguyó que el referido art. 32, inc. c), pto. 2°, no permite otra interpretación posible que no sea aquella que admite la exteriorización únicamente en los casos en los cuales la operación permitió la obtención de capital a partir de la verificación del hecho gravado que no se declaró (ventas omitidas), lo cual, dada la mecánica de la liquidación del IVA, únicamente puede verificarse en el débito fiscal. Como contracara de ello, precisó que su alcance no puede extenderse al saneamiento de un crédito fiscal basado en facturas tachadas de apócrifas por un acto administrativo del organismo recaudador, toda vez que no es posible obtener, por esta vía, un capital no declarado susceptible de encuadrar en las previsiones de la ley 26.476.

Finalmente alega la configuración del supuesto de gravedad institucional en tanto la decisión de la cámara, en virtud de la amplitud que otorga al beneficio fiscal previsto en la referida norma resulta manifiestamente gravosa para el fisco en tanto se proyecta sobre casos futuros, con incidencia considerable sobre las arcas del Estado, afectando la normal percepción de la renta pública, lo que excede el interés particular de las partes y concierne a la comunidad toda.

-III-

Estimo que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales (leyes 23.349, 26.476, sus normas reglamentarias y modificatorias) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ella (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

En ese orden de ideas, además, habida cuenta de que los argumentos que sustentan la tacha de arbitrariedad están inescindiblemente unidos a la interpretación de las normas federales citadas, pienso que corresponde que sean tratados en forma conjunta (Fallos: 327:3560; 238:1893 y 329:1440).

Asimismo considero que no resulta ocioso recordar aquí que en su tarea de establecer la correcta interpretación de las normas de carácter federal, esa Corte no se encuentra limitada por las posicio-

nes del tribunal apelado ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48) según la inteligencia que rectamente les otorgue (Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

-IV-

En cuanto al fondo de la cuestión debatida, entiendo que el *thema decidendum* se encuentra ceñido a dilucidar si, de acuerdo con lo establecido en la instancia anterior, resulta válida la liberación de la deuda aquí puesta en debate, acorde a las prescripciones del art. 32, inc. c), pto. 2°, de la ley 26.746.

En este punto es del caso señalar que una cuestión sustancialmente análoga a la aquí controvertida, aunque con referencia al régimen de exteriorización voluntaria de la tenencia de moneda extranjera en el país y en el exterior establecido por la ley 26.860, ya ha sido resuelta por el Tribunal en su sentencia del 2 de julio de 2020, en la que compartió el dictamen de esta Procuración General del 19 de septiembre de 2018, en la causa CAF 55700/2016/CSI-CA1 “Copparoni S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”.

En efecto, la ley 26.476, objeto de tratamiento en esta causa, al establecer un “Régimen de regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado, exteriorización y repatriación de capitales”, previó en su título III, art. 32: “*Los sujetos que efectúen la exteriorización e ingresen el impuesto especial que se establece en el artículo 27, conforme a las disposiciones de este título, no estarán obligados a informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos, sin perjuicio del cumplimiento de la Ley 25.246 y demás obligaciones que correspondan, la fecha de compra de las tenencias ni el origen de los fondos con las que fueran adquiridas, y gozarán de los siguientes beneficios: a)... b)... a) (sic) Quedan liberados del pago de los impuestos que hubieran omitido declarar por períodos fiscales comprendidos en la presente normalización, de acuerdo con las siguientes disposiciones:... 2. Liberación de los Impuestos Internos y al Valor Agregado. El monto de operaciones liberado se obtendrá multiplicando el valor en pesos de las tenencias exteriorizadas, por el coeficiente resultante de dividir el monto total de operaciones declaradas —o registradas en caso de no haberse presentado declaración jurada— por el monto de la utilidad bruta, correspondientes al período fiscal que se pretende liberar” (subrayado, agregado).*

Así entonces, se observa que las conclusiones a las que arribé en mi dictamen en la referida causa “*Copparoni*” son de estricta aplicación al presente, pues la única diferencia que se observa entre los referidos textos legales en relación al precepto en juego es en el inicio de su redacción, ya que mientras en el art. 9°, inc. c), pto. 2°, de la ley 26.680 se consigna “quedan eximidos”, en la ley 26.476, art. 32, inc. c), se puede leer: “quedan liberados”.

También aquí, como ocurría en el precedente citado, observo que la ley libera del “impuesto al valor agregado” que oportunamente se omitió declarar, si la contribuyente dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el régimen -la exteriorización de fondos y el pago del tributo especial- para que proceda la liberación, sin distinguir si aquél se origina en débitos o en créditos fiscales impugnados por la presentación de facturas apócrifas.

Observo, por lo tanto, que la interpretación propuesta por la recurrente en pos de limitar el beneficio en el IVA únicamente al débito fiscal omitido no resulta de la letra de la ley en examen. Al respecto, ha sostenido V.E. que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando ésta es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 320:61; 305 y 2145; 323:1625, entre otros).

Cabe recordar aquí, además, el claro principio hermenéutico que postula que no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador (arg. Fallos: 315:1922; 321:2021 y 2453; 322:2189; 329:4007, entre otros), quien podría haber excluido de la liberación al crédito fiscal del IVA proveniente de facturas consideradas apócrifas por parte de la AFIP, tal como lo reguló en otros regímenes (cfr. art. 46, inc. c., pto. 2, de la ley 27.260) y, sin embargo, no lo hizo.

No tuerce mi razonamiento la interpretación que propone la recurrente, en cuanto busca limitar el beneficio en el IVA únicamente al débito fiscal omitido, pues considera que sólo en estos supuestos pudo obtenerse un capital oculto susceptible de posterior exteriorización.

Ello así porque entiendo que dicho capital oculto puede originarse tanto en ventas omitidas cuanto en compras ficticias, puesto que por cualquiera de las dos vías el contribuyente declara un IVA menor al realmente adeudado (cfr. arts. 11, 12 y ccdtes., ley 23.349, t.o. 1997) y obtiene un capital que permanece oculto al Fisco, cuya exteriorización procura el régimen instituido por la ley 26.476.

Desde mi punto de vista, ello adquiere especial relevancia puesto que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de

la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema en que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias (Fallos: 234:482) y la verificación de los resultados a que su exégesis conduce en el caso concreto (Fallos: 303:917; 307:1018; 310:464; 311:1025; 317:1505; 318:79, entre otros).

-VII-

Opino, por tanto, que corresponde confirmar la sentencia recurrida por los fundamentos aquí brindados. Buenos Aires, 24 de febrero de 2021. *Monti Laura Mercedes*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Sigma SA c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en la presente causa han sido correctamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal: I) Se declara procedente el recurso extraordinario planteado y se confirma la sentencia apelada. Con costas. II) Se desestima la queja que corre agregada por cuerda. Intímase al apelante para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, tómesese nota por Mesa de Entradas, devuélvase los autos principales al tribunal de origen y, oportunamente, archívese la presentación directa.

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

Recurso extraordinario interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva**, representada por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado del **Dr. Alberto Iraola**.

Traslado contestado por **Sigma S.A.**, representada por **Julián Marcelo Rins**, con el patrocinio letrado del **Dr. Constantino Rago Ferrón**.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva**, representada por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado del **Dr. Alberto Iraola**.

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

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

VIVONA, MARIO ALBERTO c/ EN - M DEFENSA – FAA – DTO.
1067/07 188/09 s/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG.

FUERZAS ARMADAS

Cabe revocar la sentencia que declaró el derecho del actor al cobro del suplemento establecido por el decreto 188/09, pues según los términos en que -sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento del dictado del decreto 188/09- el Poder Ejecutivo Nacional delineó el suplemento particular en cuestión, en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 57, inc. 4), de la ley 19.101, el accionante no se encuentra entre el personal militar en actividad al que le corresponde percibir el suplemento citado.

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

PERSONAL MILITAR

Cabe revocar la sentencia que declaró el derecho del actor al cobro del suplemento establecido por el decreto 188/09, pues el alcance que éste intenta otorgar a las disposiciones del citado decreto implica alterar sus términos, al pretender recibir un beneficio acordado para situaciones diversas de la planteada en el caso, sin que corresponda a los tribunales juzgar sobre el acierto o conveniencia de aquéllas.

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

FACULTADES DEL PODER JUDICIAL

A los jueces no les compete inquirir sobre el mayor o menor grado de acierto con que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las facultades delegadas por la ley 19.101, ha elegido y diseñado las condiciones singulares que, a su criterio, habilitan al personal a percibir un determinado suplemento particular (suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica); y los actos que establecen y determinan los salarios de los funcionarios civiles y militares de la administración del Estado no son susceptibles de interpretación extensiva pues, al implicar una directa asunción de nuevos compromisos, su validez está limitada por el quantum de la habilitación presupuestaria que los respalda, según lo dispuesto por el art 33 de la ley 24.156.

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

PRINCIPIO DE IGUALDAD

La garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 220/224, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III), al revocar parcialmente la sentencia de la instancia anterior, declaró el derecho del actor al cobro del suplemento establecido por el decreto 188/09, más intereses a la tasa pasiva promedio mensual publicada por el Banco Central de la República Argentina desde que cada suma era debida, no capitalizable, crédito que se regiría -para su cancelación- por lo dispuesto por el art. 22 de la ley 23.982. Asimismo, distribuyó las costas de ambas instancias en el orden causado.

Para decidir de esa manera, el vocal que emitió su voto en primer lugar (al que adhirieron los restantes integrantes del tribunal), luego de reseñar lo dispuesto por los decretos 1067/07 y 188/09 Y de destacar que el actor, si bien desempeñaba tareas de meteorología aeronáutica, no lo hacía en los órganos rectores o en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil (ANAC), refirió que surgía de lo informado en la causa por el jefe de la División Personal Militar Superior de la Fuerza Aérea que aquél prestaba servicios en la División Meteorología de la I Brigada Aérea “El Palomar”, y que -según lo manifestado por el jefe de dicha brigada- realizaba tareas inherentes a un aeródromo público, las que consistían en el asesoramiento meteorológico de todo tipo de aeronaves civiles y militares, tanto para vuelos de cabotaje como internacionales, vuelos antárticos y presidenciales, es decir, las mismas que se realizaban en cualquier oficina meteorológica de aeródromo (OMA), sin cobrar el suplemento por apoyo a la seguridad operacional que sí se percibía en el resto de los aeródromos del país.

A continuación, consideró acertada la apreciación del juez de primera instancia en cuanto a que el personal que prestaba el servicio de meteorología no se encontraba originalmente comprendido en el decreto 1067/07, el que no abarcaba las tareas de meteorología aeronáutica; sin embargo, señaló, a partir del dictado del decreto 188/09 esas tareas fueron reconocidas como un servicio público esencial para la actividad aérea y, dichas funciones por ello, el personal militar a cargo de fue incluido entre los beneficiarios del “suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica”.

Advirtió que ni del texto de la norma ni de su reglamentación surgía tratamiento diferenciado alguna razón del personal que justificara el que cumplía las mismas tareas en función del organismo en el que prestaba servicios; por el contrario -afirmó-, los fundamentos de la norma eran claros en cuanto fundaban la retribución económica acordada en la importancia y trascendencia de la tarea desempeñada.

Recordó la jurisprudencia de esa Corte referente a los alcances de las garantías de igual remuneración por igual tarea y de igualdad (arts. 14 bs y 16 de la Constitución Nacional) y estimó que correspondía declarar el derecho del actor al pago del suplemento previsto por el inc. f) del inciso 4° “Otros suplementos particulares” del art. 2405 del capítulo IV “Haberres” del título II “Personal militar en actividad” de la reglamentación de la ley 19.101, aprobada por el decreto 1081/73, desde su modificación por el decreto 188/09, en la medida en que cumpliera con los restantes requisitos previstos (confr. anexo 20).

-II-

Disconforme con lo resuelto, el Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) interpuso el recurso extraordinario de fs. 230/239, el que -previo traslado de ley, que fue contestado por la parte actora a fs. 243/246- fue concedido en tanto la decisión apelada interpretaba normas de carácter federal en sentido adverso al postulado por el recurrente, y denegado en cuanto a la arbitrariedad alegada y a la invocación de gravedad institucional (v. fs. 248), sin que se interpusiera queja alguna.

En primer lugar, describe el régimen de haberes del personal militar en actividad del que forma parte el actor y, en relación con los suplementos particulares, puntualiza que solamente es acreedor a ellos el personal que demuestre el cumplimiento de los extremos previstos por la ley y su reglamentación.

Respecto del suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de autoridad aeronáutica, menciona que, al crearse mediante el decreto 1067/07, no estaba previsto que se extendiese al personal de meteorología; que, con el dictado del decreto 188/09 y de la resolución 764/09 del jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, se incluyó al personal de la Meteorología Aeronáutica y se especificaron los requisitos a los que debían ajustarse los agentes para percibir el beneficio; y que la norma es clara cuando indica que será percibido por quienes ejerzan funciones en los órganos rectores y en los organismos de la autoridad aeronáutica de aviación civil de los cuales dependan los servicios.

Destaca que no se encuentra controvertido que las tareas del actor no se desarrollan en los lugares que señala el decreto 188/09, por lo que, si bien cumpliría con uno de los presupuestos para percibir el suplemento (realizar tareas de pronosticador meteorológico), no ámbito material o territorial lo hace en lo que respecta al exigido. En ese contexto, se agravia de que el *a quo* amplíe el ámbito de aplicación de la norma, en contra de lo dispuesto por la ley 19.101 y su decreto reglamentario. Considera que la decisión recurrida viola el principio de división de poderes, al arrogarse la cámara facultades propias del Poder Ejecutivo, que es el órgano competente para fijar las remuneraciones y la política salarial del personal de la Administración Pública Nacional, en particular, del personal militar (art. 99, incs. 1° y 12, de la Constitución Nacional).

Aduce que tampoco es atendible el argumento del tribunal apelado acerca de la supuesta violación a los principios constitucionales de igualdad y de igual remuneración por igual tarea, pues el tratamiento

diferenciado no resulta lesivo en tanto se funda en razones objetivas, ya que, más allá de que el actor preste una tarea similar al personal militar beneficiario del suplemento, lo hace en un ámbito distinto con diferente dependencia orgánica.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal (ley 19.101, decreto 1081/73 y sus modificatorios, en especial, el decreto 188/09) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que la apelante funda en ellas (art. 14 de la ley 48).

Por lo demás, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880).

-IV-

Ante todo, cabe señalar que en el *sub lite* no está en discusión que el actor integra el personal militar en actividad y que presta servicios como pronosticador meteorológico en la División Meteorología de la I Brigada Aérea, dependiente del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina.

Tampoco resulta controvertido el carácter particular del suplemento “por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica” creado por el decreto 1067/07 y modificado por el decreto 188/09.

La cuestión a resolver consiste en determinar si al demandante le corresponde percibir dicho suplemento a partir de la vigencia del último de los decretos antes mencionados, tal como resolvió el *a quo*.

En los considerandos del decreto 1067/07, el Poder Ejecutivo Nacional resaltó -en lo sustancial- que por medio del decreto 239/07 se había creado la Administración Nacional de Aviación Civil (A.N.A.C.), que ejercería las atribuciones y competencias que regulaban la aviación civil que hasta ese momento estaban a cargo del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina; que el personal de los servicios de tránsito aéreo (ATS), información aeronáutica (AIS), comunicacio-

nes aeronáuticas (COM), búsqueda y salvamento aeronáutico (SAR) y extinción de incendios en aeródromos (SEI) personal en ejercicio de funciones específicas para servicio en los órganos rectores y en los organismos de la autoridad aeronáutica de aviación civil de los cuales dependían operativamente los servicios mencionados, suministraban un servicio público esencial para la actividad aérea; que dicho servicio demandaba del personal una dedicación exclusiva, debido a su trascendencia en la seguridad y eficiencia en el control de las operaciones aeronáuticas; que el personal mencionado necesitaba perfeccionamiento y actualización constantes para dar una respuesta adecuada a los nuevos requerimientos derivados de la evolución permanente de la actividad aérea y de las crecientes exigencias de seguridad, regularidad y eficiencia de la aviación conforme a las normas y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (O.A.C.I.); que el normal desarrollo de las operaciones aéreas exigía máxima especialización y una absoluta concentración en la tarea, debido a su complejidad; que para lograr la aplicación plena y efectiva de todos los factores humanos en la optimización de las operaciones aéreas, la conciencia situacional en el personal era un elemento determinante; que la mayor exigencia, dedicación y responsabilidad en el cumplimiento de las tareas laborales diarias debía ser compensada con remuneraciones acordes a su importancia y trascendencia pública; y que el arto 57, inc. 4º, de la ley 19.101 para el personal militar facultaba al Poder Ejecutivo Nacional a establecer suplementos particulares en razón de las exigencias a que se veía sometido el personal como consecuencia de la evolución técnica de los medios que equipaban a las Fuerzas Armadas, o por otros conceptos.

Así, el Poder Ejecutivo Nacional decidió incorporar, como apartado f) del inc. 4º “Otros suplementos particulares” del arto 2405 del capítulo IV “Haberes” del título II “Personal militar en actividad” de la reglamentación de la ley 19.101, aprobada por decreto 1081/73, y sus modificatorios, el “Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”, que sería percibido por “el Personal Militar que desarrolle funciones en los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS) , Información Aeronáutica (AIS) , Comunicaciones Aeronáuticas (COM) , Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR); Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI) , personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, en las condiciones y cumpliendo los requisitos estable-

cidos en el Anexo 20 Requisitos, Exigencias, Niveles y Montos para la percepción del ‘Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica’, que forma parte del presente artículo”.

Posteriormente, por medio del decreto 188/09 el Poder Ejecutivo Nacional, con similares fundamentos, consideró que el personal militar que se desempeñaba en el ámbito de los aeropuertos y aeródromos del territorio nacional cumpliendo funciones como Pronosticador Meteorológico Aeronáutico, Auxiliar de Pronóstico, Observador Meteorológico Aeronáutico o Auxiliar de Observador debía ser incluido entre los beneficiarios del “Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica” creado por el decreto 1067/07.

Por ello, mediante el art. 10 del decreto 188/09 se sustituyó el apartado f) del inc. 4°) del art. 2405 de la reglamentación aprobada por el decreto 1081/73, y sus modificatorios, por el siguiente:

“f) Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica.

“1.- Lo percibirá el Personal Militar que desarrolle funciones en los Aéreo (ATS), Información Aeronáutica Servicios de Tránsito (AIS), Comunicaciones Aeronáuticas (COM), Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR), Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI) Meteorología Aeronáutica (MET), personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, en las condiciones y cumpliendo los requisitos establecidos en el Anexo 20 Requisitos, Exigencias, Niveles y Montos para la percepción del ‘Suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica’, que forma parte del presente artículo.

“2.- Los señores Jefes de los ESTADOS MAYORES GENERALES DE LAS FUERZAS ARMADAS quedan facultados para aplicar en sus respectivas jurisdicciones el dictado de normas complementarias, aclaratorias y el dimensionamiento de los planteles de personal para el cumplimiento de la presente medida”.

El mencionado anexo 20 (“Requisitos, exigencias, niveles y montos para la percepción del suplemento por apoyo a la seguridad operacional para el personal con funciones en organismos de la autoridad aeronáutica”), en cuanto aquí interesa, dispone:

“1. Percibirá el Suplemento el Personal Militar, que desempeñe funciones en los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS), Información Aeronáutica (AIS), Comunicaciones Aeronáuticas (COM) , Búsqueda y Salvamento Aeronáutico (SAR); Extinción de Incendios en Aeródromos (SEI), Meteorología Aeronáutica (MET) personal en ejercicio de funciones específicas para cada servicio en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados, mientras cumpla los requisitos y exigencias particulares determinadas por los señores Jefes de los ESTADOS MAYORES GENERALES DE LAS FUERZAS ARMADAS.

(...)

“5. Los señores Jefes de los ESTADOS MAYORES GENERALES de cada FUERZA ARMADA, dentro del ámbito de su competencia regularán los requisitos que deberá reunir mensualmente el personal involucrado para percibir el Suplemento.

“6. El Director del Servicio Meteorológico Nacional determinará la nómina del personal militar, con destino en comisión de servicios en dicho organismo, afectado a tareas de meteorología aeronáutica (MET) que efectúen tareas meteorológicas operativas como Pronosticador Meteorológico Aeronáutico, Auxiliar de Pronóstico, Observador Meteorológico Aeronáutico o Auxiliar de Observador, en el ámbito de los Aeropuertos o Aeródromos, que se encuentren en condiciones de percibir el Suplemento que será asignado por el Jefe del Estado Mayor General que corresponda”.

En ejercicio de las facultades conferidas por el acápite 2 antes transcrito, el jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina dictó la resolución 764/09 (que luce agregada a fs. 63/85). En ella, se tuvo en cuenta -en cuanto aquí interesa- que, por medio de la disposición 51/09 del director del determinado la Servicio nómina Meteorología Aeronáutica en Nacional, se había que cumplía tareas de sería beneficiario del suplemento particular por el punto 6 Meteorológico del personal (MET) que cuestión, de del anexo 20 acuerdo con lo previsto por el punto 6 del anexo 20 del decreto 188/09; consecuentemente, se determinó -en su anexo “Delta”- quienes realizaban dichas funciones, y se dispuso que la Dirección General de Personal mantendría actualizada la nómina del personal designado por el Servicio Meteorológico Nacional, reflejada en dicho anexo “Delta”.

-V-

Sentado lo anterior, cabe señalar, en lo que al caso interesa, que de acuerdo con el art. 53, primer párrafo, de la ley 19.101 -texto según ley 20.384-, “(e)l personal en actividad, percibirá el sueldo, suplementos generales, suplementos particulares y compensaciones que para cada caso determine esta Ley y su Reglamentación así como aquellas otras asignaciones que por otras disposiciones legales correspondan a este personal”.

Por su parte, el art. 57 de la ley para el personal militar establece algunos suplementos particulares y, en su inc. 4º), faculta al Poder Ejecutivo Nacional a “crear, además, otros suplementos particulares en razón de las exigencias a que se vea sometido el personal como consecuencia de la evolución técnica de los medios que equipan a las fuerzas armadas, o por otros conceptos”.

En ese marco, cabe destacar que del texto del decreto 188/09 se desprende que el Poder Ejecutivo Nacional, en ejercicio de facultades expresamente otorgadas por la ley, no ha otorgado el suplemento particular “por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica” a la totalidad del personal militar en actividad que cumpla funciones de meteorología aeronáutica, sino solamente a aquel que preste dichos servicios “en los órganos rectores y en los organismos de la Autoridad Aeronáutica de Aviación Civil de los cuales dependen operativamente los servicios mencionados”.

El actor no desarrolla sus tareas en el ámbito de la A.N.A.C., sino que -como se dijo- lo hace en la División Meteorología de la I Brigada Aérea, dependiente del Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina.

En cuanto a la referencia que el decreto 188/09 hace al personal que ejerce funciones específicas para cada servicio en los “órganos rectores”, del texto de la norma se infiere que, en lo que toca al servicio de Meteorología Aeronáutica (MET), alude al personal que cumple funciones en el Servicio Meteorológico Nacional, según se desprende del apartado 6 del anexo 20 del mencionado decreto, el cual faculta al director del Servicio Meteorológico Nacional a determinar “la nómina del personal militar, con destino en comisión de servicios en dicho organismo, afectado a tareas de meteorología aeronáutica (MET) que efectúen tareas meteorológicas operativas como Pronosticador Meteorológico Aeronáutico, Auxiliar de Pronóstico, Observador Meteorológico Aeronáutico o Auxiliar de Observador, en el ámbito de los

Aeropuertos o Aeródromos, que se encuentren en condiciones de percibir el Suplemento que será asignado por el Jefe del Estado Mayor General que corresponda”.

De todo ello resulta, a mi entender, que el actor no se encuentra entre el personal militar en actividad al que le corresponde percibir el “suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”, según los términos en que -sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento del dictado del decreto 188/09- el Poder Ejecutivo Nacional delineó el suplemento particular en cuestión, en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 57, inc. 4º), de la ley 19.101.

En ese sentido, estimo que el alcance que el actor intenta otorgar a las disposiciones del decreto 188/09 implica alterar sus términos, al pretender recibir un beneficio acordado para situaciones diversas de la planteada en el *sub lite*, sin que corresponda a los tribunales juzgar sobre el acierto o conveniencia de aquéllas (conf. causa Q. 1, L. XLVII, “Quinteros, Carlos Rubén c/ E.N - PNA - resol. AU9 IR/01 s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, sentencia del 4 de junio de 2013, y su cita).

En este punto, corresponde recordar que a los jueces no les compete inquirir sobre el mayor o menor grado de acierto con que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las facultades delegadas por la ley 19.101, ha elegido y diseñado las condiciones singulares que, a su criterio, habilitan al personal a percibir un determinado suplemento particular (en el caso, el “suplemento por Apoyo a la Seguridad Operacional para el personal con funciones en organismos de la Autoridad Aeronáutica”), y que los actos que establecen y determinan los salarios de los funcionarios civiles y militares de la administración del Estado no son susceptibles de interpretación extensiva pues, al implicar una directa asunción de nuevos compromisos, su validez está limitada por el *quantum* de la habilitación presupuestaria que los respalda, según lo dispuesto por el art 33 de la ley 24.156 (doctrina de Fallos: 323: 1048 y 1061, voto de los Dres. Nazareno y Petracchi).

-VI-

Finalmente, cabe traer a colación la reiterada jurisprudencia de esa Corte según la cual la garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima

persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (conf. causa H. 147, L. XLVIII, “Hoyos, Darío Ramón c/ EN – M° Defensa – Armada s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, sentencia del 24 de septiembre de 2015, y sus citas, entre otros), circunstancias que no se advierten en el *sub examine*.

-VII-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario .interpuesto por la parte demandada y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 21 de octubre de 2019. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Vivona, Mario Alberto c/ EN - M Defensa – FAA – dto. 1067/07 188/09 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en homenaje la brevedad, a excepción del párrafo 8vo. del apartado V.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance indicado. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance indicado. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto el **Estado Nacional – Fuerza Aérea Argentina, parte demandada**, representado por el **Dr. Jorge Enrique Argüello**.

Traslado contestado por **Mario Alberto Vivona, actor en autos**, representado por el **Dr. Gonzalo María Astigueta**.

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° 1**.

NOVIEMBRE

CAÑUELAS GAS S.A. c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción iniciada con el fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que alega encontrarse el actor como consecuencia de la pretensión del fisco provincial de gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos los ingresos obtenidos por reintegros provenientes del “Programa Nacional de Consumo Residencial de Gas Licuado de Petróleo (GLP) Envasado”, pues el planteo efectuado exige, de manera ineludible, interpretar y establecer el alcance del art. 188, inc. d del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La apertura de la jurisdicción originaria en razón de la materia solo procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Quedan excluidos de la instancia originaria los procesos en los que se planteen cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre cuestiones propias del derecho provincial.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Si se sostiene que la ley, el decreto, etc., son violatorios de las instituciones provinciales y nacionales debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial y, en su caso, llegar a la Corte por el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48, pues así se guardan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal, dentro de su normal jerarquía; en tanto carece de objeto llevar a la justicia nacional una ley o un decreto que, en sus efectos, pudieron ser rectificadas por la magistratura local.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 79/92, Cañuelas Gas S.A., con domicilio en la Provincia de Buenos Aires, promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la mencionada provincia, con el fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que dice encontrarse a raíz de la pretensión de la demandada de gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos los ingresos obtenidos por reintegros provenientes del “Programa Nacional de Consumo Residencial de Gas Licuado de Petróleo Envasado”.

Sostiene que ese proceder resulta violatorio de: i) la cláusula constitucional que le impone al Congreso de la Nación el deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país (art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional); ii) el régimen federal regulatorio de la industria y comercialización del gas licuado de petróleo; y iii) el principio de jerarquía normativa previsto en el art. 31 de la Carta Magna.

Señala que la pretensión tributaria local se concretó mediante la notificación de la resolución 3780/19 a la empresa, en la que la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) ordenó el inicio del procedimiento determinativo y sumarial tendiente a reclamar el impuesto sobre los ingresos brutos (periodos fiscales 1/2013 a 12/2014), que cuestiona.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar de no innovar mediante la cual se ordene a la Provincia de Buenos Aires abstenerse de reclamar, administrativa o judicialmente, el impuesto so-

bre los ingresos brutos (conf. resolución mencionada), sus intereses y multa, así como de trabar cualquier medida cautelar administrativa o judicial sobre el patrimonio de la sociedad o los *prima facie* responsables solidarios; todo ello, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estas actuaciones.

A fs. 93 se corre vista, por la competencia, a esta Procuración General de la Nación.

-II-

Las cuestiones esgrimidas en el *sub lite* son sustancialmente análogas a las que tuve oportunidad de examinar en mi dictamen del día 4 de mayo de 2017, en la causa: CSJ 92/2017, “*Axion Energy Argentina S.A. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*”, con sentencia de conformidad del 13 de marzo de 2018, a cuyos términos y conclusiones, en lo que fuere pertinente, corresponde remitir en razón de brevedad.

En virtud de los fundamentos allí brindados, opino que al ser parte una provincia en un pleito de manifiesto contenido federal, cualquiera sea la vecindad o nacionalidad de la actora (Fallos: 317:473; 318:30 y 323:1716, entre otros), el proceso corresponde a la competencia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 7 de octubre de 2019. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 79/92 Cañuelas Gas S.A. promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que alega encontrarse como consecuencia de la pretensión de la demandada de gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos los ingresos obtenidos por reintegros provenientes del “Programa Nacional de Consumo Residencial de Gas Licuado de Petróleo (GLP) Envasado”.

Entiende que tal proceder resulta violatorio de la cláusula constitucional que le impone al Congreso de la Nación el deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional), el régimen federal regulatorio de la industria y comercialización del gas licuado de petróleo y el principio de jerarquía normativa previsto en el art. 31 de la Carta Magna.

Sostiene que la pretensión del fisco local se concretó una vez que fue notificada de la resolución 3780/19, a través de la cual la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) ordenó el inicio del procedimiento determinativo y sumarial a los efectos de reclamar el impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos fiscales 1/2013 a 12/2014, cuestionados en autos.

Relata que su actividad principal consiste en la compra, venta, fraccionamiento y comercialización de gas licuado de petróleo, a granel o envasado. Explica que, a raíz de la fiscalización realizada por el ente recaudador de la provincia demandada, se detectaron “diferencias” a su favor. Ello, continúa diciendo, debido a que en la base imponible declarada no se consideró como gravados a los ingresos recibidos por subsidios otorgados por el Estado Nacional en virtud de lo establecido en la resolución 1071/2008 y en la ley 26.020.

Al respecto, destaca que el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires dispone que los subsidios otorgados por el Estado Nacional, Provincial y Municipal no constituyen ingresos gravados con el impuesto sobre los ingresos brutos.

En este marco, peticiona el dictado de una medida cautelar de no innovar a fin de que la Provincia de Buenos Aires se abstenga de reclamar, administrativa o judicialmente, el impuesto sobre los ingresos brutos al que hace referencia la resolución 3780/19, sus intereses y multa, así como de trabar cualquier medida cautelar administrativa o judicial sobre el patrimonio de la sociedad o los *prima facie* responsables solidarios, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estas actuaciones.

2°) Que la señora Procuradora Fiscal opina que el proceso corresponde a la competencia originaria de esta Corte dado que en el caso es parte una provincia y se trataría de un pleito de manifiesto contenido federal.

3º) Que cabe recordar que la apertura de la jurisdicción originaria en razón de la materia solo procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1588; 315:448; 322:1470, entre muchos otros).

Por lo tanto, quedan excluidos de dicha instancia aquellos procesos en los que se planteen cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local (Fallos: 245:104; 311:1597; 329:937, entre muchos otros), ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre cuestiones propias del derecho provincial.

4º) Que en el *sub lite* se configura la situación descripta en el segundo párrafo del considerando precedente, dado que el planteo efectuado exige, de manera ineludible, interpretar y establecer el alcance del art. 188, inc. d, del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (t.o. 2018).

Ello es así por cuanto la propia actora reconoce que la citada disposición excluye de la base imponible para determinar el impuesto cuestionado los ingresos provenientes de subsidios concedidos por el Estado Nacional y que –según argumenta– ARBA pretende gravar.

En consecuencia, solo a partir del resultado que se obtenga de dicha labor hermenéutica, se habrá de determinar la eventual afectación de las normas federales que la actora pretende hacer valer.

5º) Que es preciso indicar que dicho examen de la norma local hace aplicable la tradicional doctrina establecida por este Tribunal, frente a procesos que se pretenden radicar ante su jurisdicción originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, según la cual si se sostiene que la ley, el decreto, etc., son violatorios de las instituciones provinciales y nacionales debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial y, en su caso, llegar a esta Corte por el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48.

En esas condiciones se guardan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal, dentro de su normal jerarquía; pues carece de objeto llevar a la justicia nacional una ley o un decreto que, en sus efectos, pudieron ser rectificadas por la magistratura local (Fallos: 289:144; 292:625; 311:1588, causa “La Independencia Sociedad Anónima de Transportes”, Fallos: 329:783).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Parte actora: **Cañuelas Gas S.A.**, representada por su **letrado apoderado, doctor Edgardo Oscar Ponsetti**.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires, no presentada en autos**.

MANFREDOTTI, MARIO ALBERTO c/ IPAUSS s/ ACCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

JUBILACION Y PENSION

El artículo 21 de la ley 561 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en cuanto dispone que solo los servicios con aportes realizados con posterioridad a enero de 1985 en administraciones comprendidas en el régimen de esa ley son computables a los efectos de que el organismo previsional de la provincia se constituya como caja otorgante y, en definitiva, de que el peticionante pueda acceder al beneficio jubilatorio en los términos de esa norma local, establece una distinción entre los servicios prestados con anterioridad y con posterioridad a enero de 1985 a la Administración del entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego que restringe indebidamente la tutela prevista en el artículo 23 de la ley 23.775, pues este precepto, a fin de evitar perjuicios a los trabajadores derivados del cambio de estatus de la entidad estatal, impone el reconocimiento de la totalidad de los servi-

cios con aportes prestados en el territorio nacional, con anterioridad a su transformación en provincia.

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

JUBILACION Y PENSION

La aplicación al caso concreto de la fecha de corte prevista por la ley impugnada -561 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur- restringe los derechos que confiere al actor el régimen de reciprocidad jubilatoria y no haya sustento suficiente en el artículo 80 in fine de la ley 18.037 (texto ordenado en 1976) que dispone que no se considera tiempo con aportes el correspondiente a períodos anteriores a la vigencia del régimen previsional respectivo, por lo cual el reconocimiento de la totalidad de los servicios con aportes prestados en el territorio nacional dispuesto por el artículo 23 de la ley 23.775 obliga a computar ese período para determinar los 10 años de aportes continuos o discontinuos al régimen de la caja otorgante, que exige el artículo 80 de la citada ley 18.037.

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

JUBILACION Y PENSION

El artículo 21 de la ley 561 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en cuanto restringe los servicios con aportes computables a los efectos de determinar la caja otorgante a los posteriores a enero de 1985, atenta contra la garantía prevista en el artículo 23 de la ley 23.775 y, de ese modo, violenta las reglas básicas del sistema nacional de reconocimiento y reciprocidad entre regímenes previsionales, transgrediendo el orden normativo federal - artículos 1 y 31, Constitución Nacional- y frustrando el derecho a la seguridad social -artículos 14 bis y 75, inciso 22, Constitución Nacional y el artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales-.

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

RECIPROCIDAD JUBILATORIA

El sistema de reciprocidad previsional tiene como objeto cardinal ampliar el campo de derechos jubilatorios, creando una antigüedad única generada por el cómputo de servicios prestados sucesivamente bajo

distintos regímenes como si todos ellos lo hubieran sido bajo la caja jubilatoria; pero dichos derechos deben ser ejercidos dentro del marco que fijan las normas institucionales dictadas por la Nación, cuya operatividad respecto de las jurisdicciones provinciales, es el resultado de los acuerdos que formalizaron las autoridades respectivas y estos instrumentos integran el mencionado régimen al precisar las condiciones y modalidades bajo las cuales los afiliados podrán acogerse a sus beneficios.

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

RECIPROCIDAD JUBILATORIA

Una vez incorporada una provincia al sistema nacional de reciprocidad jubilatoria no pierde autonomía legislativa en esa materia pero las variaciones que introduzca en sus leyes de previsión no pueden alterar en lo esencial y por la sola decisión suya los términos de su adhesión al sistema de referencia afectando el régimen de las prestaciones por servicios mixtos.

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

JUBILACION Y PENSION

La ley 561 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en cuanto establece una limitación temporal para el cómputo de los servicios como locales, computándose como tales únicamente los prestados a partir de enero de 1985, importa una violación de las obligaciones impuestas a la provincia por la ley 23.775 que exige el reconocimiento de los aportes jubilatorios que hubieren realizado los funcionarios y empleados cuando Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur era territorio nacional, por lo cual dicha modificación impide reconocer como aportes al sistema provincial previsional los efectuados por el actor como agente del gobierno del Territorio de Tierra del Fuego en transgresión a la norma federal de creación de la provincia (Voto del juez Rosenkrantz).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 21 de la ley 561 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en cuanto establece una limitación temporal para el cómputo de los aportes a los efectos del otorgamiento de una

prestación jubilatoria, infringe el artículo 23 de la ley 23.775 y el artículo 5° del Convenio de Reciprocidad Jubilatoria entre el Instituto Nacional de Previsión Social y el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, resultando de ese modo inconstitucional (Voto del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario fue mal denegado puesto que pone en tela de juicio la validez de una norma provincial bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y a leyes nacionales -decreto-ley 9316/1946 y ley 23.775- y la decisión del superior tribunal de la causa fue a favor de aquélla.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego rechazó la demanda iniciada por Mario Alberto Manfredotti a fin de que se anule la resolución 248/2011 del Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social (IP AUSS) y, en consecuencia, se reconozca su derecho a la prestación jubilatoria ordinaria en los términos de la ley 561 que establece el Régimen de Jubilaciones y Pensiones para el Personal de los Tres Poderes del Estado Provincial (fs. 136/145 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

En primer lugar, rechazó la excepción de cosa juzgada deducida por la demandada.

En segundo lugar, expuso que la justa composición del sistema de reciprocidad instaurado por el decreto-ley 9316/1946 y las facultades de la provincia para regular las condiciones de acceso a los beneficios previsionales explica que el artículo 18 de la ley 561, modificada por la ley 742, posibilite a los beneficiarios compensar el exceso de edad con los servicios necesarios para alcanzar la antigüedad exigida por la caja local para acceder a la prestación. Agregó que esa compensación es posible siempre que el trabajador alcance el mínimo de aportes al organismo

previsional local exigido por el sistema de reciprocidad, esto es, 10 años según el artículo 80 de la ley 18.037 (texto ordenado en 1976). Destacó que, de conformidad con lo resuelto por ese tribunal en otros precedentes, la posibilidad de optar por el organismo previsional local a los fines de la concesión del beneficio exige el referido mínimo de antigüedad.

Con relación al caso, consideró que si bien el actor cumple con los años de edad y servicios generales exigidos por la norma local, no acreditó 10 años de aportes en el régimen jubilatorio provincial, lo que le impide acceder a las prestaciones de la ley 561.

Al respecto, rechazó los agravios planteados por el actor con relación a la falta de consideración como locales de los servicios que prestó en la Administración del entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego desde el año 1971 hasta 1977. Destacó que si bien el anterior régimen local de la ley 244 admitía la consideración como locales de los servicios prestados a esa Administración, el nuevo sistema de la ley 561 solo considera locales a los efectuados a partir del mes de enero de 1985. Puntualizó, entonces, que el régimen de la ley 561, vigente al momento del cese, es el que impide acceder a la pretensión del accionante, quien no efectuó mayores planteos al respecto. Agregó que esa norma no vulnera el artículo 23 de la Ley 23.775 de Provincialización del Actual Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, puesto que los servicios prestados a esa jurisdicción son computados como generales.

-II-

Contra ese pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario federal (fs. 150/162), que, denegado (fs. 168/172), motivó la interposición de la presente queja (fs. 31/36 del cuaderno respectivo).

Sostiene que el rechazo de su prestación jubilatoria se funda en una interpretación arbitraria de las normas locales, que vulnera el régimen de reciprocidad jubilatoria previsto en el decreto-ley 9316/1946, el convenio celebrado entre el Instituto Nacional de Previsión Social y el Instituto Provincial de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego, el artículo 23 de la ley 23.775 y las leyes nacionales 14.370 y 18.037.

Además, alega que el artículo 21, segundo párrafo, de la ley local 561 es inconstitucional porque exige al solicitante de un beneficio jubilatorio, que invoca aportes en diversos sistemas previsionales, una carga mayor de aportes al sistema provincial y porque solo reconoce como locales los realizados a partir del 1 de enero de 1985. Postula que ello vulnera los artículos 14 *bis* y 16 de la Constitución Nacional

Señala que la decisión recurrida al no computar como locales los servicios prestados en el entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego contradice el artículo 23 de la ley 23.775. Enfatiza que esa norma prevé el reconocimiento de los aportes jubilatorios que hubieran realizado los funcionarios y empleados que pasaron de depender del territorio nacional a la Administración provincial.

Además, afirma que las legislaciones previsionales locales deben ser interpretadas teniendo en cuenta los lineamientos del régimen de reciprocidad. Enfatiza que las normas locales no pueden alterar, en forma unilateral, los términos esenciales del sistema de reciprocidad, al que adhirió voluntariamente la provincia. Agrega que el régimen de reciprocidad tuvo por objeto ampliar el campo de derechos jubilatorios. En ese marco, aduce que la normativa local, al exigir 10 años de aportes mínimos a ese sistema previsional para actuar como caja otorgante, altera cuestiones centrales del régimen de reciprocidad.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario fue mal denegado puesto que pone en tela de juicio la validez de una norma provincial bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y a leyes nacionales -decreto-ley 9316/1946 y ley 23.775- y la decisión del superior tribunal de la causa fue a favor de aquella (art. 14, inc. 2, ley 48; Fallos: 324:363, “Quintín”, entre otros).

-IV-

En el *sub lite*, se encuentra controvertido si es constitucional que el artículo 21, inciso *a*, de la ley 561 exija, según la sentencia apelada, que el beneficiario acredite como mínimo 10 años de servicios con aportes a ese régimen previsional, posteriores a enero de 1985, a fin de que el organismo de la seguridad social provincial se constituya en caja otorgante y de que opere la compensación prevista en el artículo 18 de la ley referida. Adelanto que, en mi entender, esa norma vulnera los términos de la provincialización de Tierra del Fuego previstos en la ley 23.775, el régimen del decreto-ley 9316/1946 -ratificado por la ley 12.921- y, en definitiva, los artículos 1, 14 *bis* y 31 de la Constitución Nacional.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el 26 de abril de 1990 fue sancionada la ley 23.775 por la que se declaró provincia al entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en cuya Administración el actor prestó servicios con

aportes desde el año 1971 hasta 1977 (fs. 12, del expediente administrativo agregado al principal).

Dentro de las bases de la provincialización, el Congreso de la Nación dispuso que “[a] los funcionarios y empleados que pasen a depender de la Administración provincial, cualquiera hubiera sido la modalidad de la prestación de sus servicios y la forma de pago, se les reconocerá la jerarquía, antigüedad, sueldo y cualquier clase de compensación o bonificación de que gozaron, como asimismo los aportes jubilatorios o de otro orden que hubieran realizado. En cuanto al plazo, condiciones y monto jubilatorio que les correspondiere a partir de la sanción de la Constitución Provincial, serán determinados por un convenio a celebrarse entre el Gobierno nacional y la provincia” (art. 23, ley 23.775).

Esa norma tuvo por objeto tutelar los derechos de los funcionarios y empleados que se desempeñaron en la Administración de Tierra del Fuego mientras era un territorio nacional y, más específicamente, impedir que la provincialización perjudique su situación laboral y previsional.

En segundo lugar, cabe destacar que, a través de la ley territorial 244 -sancionada el 10 de octubre de 1984 y promulgada el 10 de enero de 1985- se creó un régimen de jubilaciones, pensiones y retiros para el personal del gobierno del Territorio Nacional de la Tierra de Fuego. Ese régimen exigía, además de los requisitos de edad y servicios con aportes, que los agentes se hubieran desempeñado durante un período mínimo de 10 años dentro de las Administraciones comprendidas en ese régimen local (art. 38). A esos efectos, consideraba la totalidad de los servicios con aportes prestados en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, permitiendo incluso el cómputo de servicios anteriores a 1969 (art. cit.). En ningún caso restringía el reconocimiento de los servicios prestados con anterioridad a 1985.

El 19 de agosto de 1994 fue sancionada la ley provincial 166, por la que se estableció que el régimen previsional de la ley territorial 244 -modificada a la vez por la ley territorial 291- comprendía al personal de los tres poderes de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. De este modo, aún después de la provincialización, se mantuvo el régimen de la ley 244 que reconocía, sin ninguna limitación temporal, los servicios con aportes prestados a la Administración del entonces territorio nacional.

Ese sistema rigió hasta el año 2002, cuando fue sancionada la ley provincial 561 -aquí controvertida, con las modificaciones de las leyes

provinciales 721 y 742-. Esa norma reglamenta la cuestión de manera regresiva, en relación con la legislación precedente, pues no reconoce como locales a los servicios con aportes prestados con anterioridad a enero de 1985.

En tercer lugar, corresponde valorar que el entonces Territorio Nacional de la Tierra de Fuego adhirió, a través de la ley territorial 313, al régimen de reciprocidad jubilatoria previsto en el decreto-ley 9316/1946 a partir del 10 de enero de 1985. Luego, con posterioridad a la provincialización, se celebró el convenio entre el Instituto Nacional de Previsión Social y el Instituto Provincial de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego -sucedido por el IP AUSS; actualmente sucedido por la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego (ley 1070)-, donde se pactaron los términos de la adhesión de la provincia al régimen del decreto-ley 9316/1946 (fs. 58/63).

Al respecto, la Corte Suprema destacó que el sistema de reciprocidad previsional tiene como “objeto cardinal ampliar el campo de derechos jubilatorios, creando una antigüedad única generada por el cómputo de servicios prestados sucesivamente bajo distintos regímenes como si todos ellos lo hubieran sido bajo la Caja Jubilatoria. Pero dichos derechos deben ser ejercidos dentro del marco que fijan las normas institucionales dictadas por la Nación, cuya operatividad respecto de las jurisdicciones provinciales, es el resultado de los acuerdos que formalizaron las autoridades respectivas. Estos instrumentos integran el mencionado régimen al precisar las condiciones y modalidades bajo las cuales los afiliados podrán acogerse a sus beneficios” (Fallos: 330:2786, “Rodríguez” y 341:1708, “Díaz Ada”).

En consecuencia, y tal como señaló la Corte Suprema, una vez incorporada una provincia al sistema nacional de reciprocidad jubilatoria no pierde autonomía legislativa en esa materia “pero las variaciones que introduzca en sus leyes de previsión no pueden alterar en lo esencial y por la sola decisión suya los términos de su adhesión al sistema de referencia afectando el régimen de las prestaciones por servicios mixtos” (Fallos: 312:532, “Alaniz”; 315:1597, “Castoldi”; C.S., R. 371, L. XLIX, “Ramallo, Roberto Antonio Edgardo c/ Estado Provincial y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos s/demanda contencioso administrativa”, sentencia del 29 de marzo de 2016; entre otros).

En mi entender, el marco normativo expuesto es vulnerado por el artículo 21 de la ley 561, en cuanto dispone que solo los servicios con aportes realizados con posterioridad a enero de 1985 en administracio-

nes comprendidas en el régimen de esa ley son computables a los efectos de que el organismo previsional de la provincia se constituya como caja otorgante y, en definitiva, de que el peticionante pueda acceder al beneficio jubilatorio en los términos de esa norma local.

En efecto, la ley 561 -a diferencia de las precedentes leyes territoriales y provinciales mencionadas- establece una distinción entre los servicios prestados con anterioridad y con posterioridad a enero de 1985 a la Administración del entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego que restringe indebidamente la tutela prevista en el artículo 23 de la ley 23.775. Ello es así, pues este precepto, a fin de evitar perjuicios a los trabajadores derivados del cambio de estatus de la entidad estatal, impone el reconocimiento de la totalidad de los servicios con aportes prestados en el territorio nacional, con anterioridad a su transformación en provincia.

A raíz de esa limitación temporal prevista en el cuerpo legal cuestionado, si bien el actor puede computar los servicios prestados desde 1971 a 1977 como generales, no puede invocarlos como locales, aun cuando fueron prestados en el territorio de Tierra del Fuego. En el caso, la falta de consideración como locales de esos servicios impide que el actor acceda a la prestación jubilatoria en los términos de la ley 561, a pesar de que tendría esa opción según las pautas de determinación de la caja otorgante adoptadas por la jurisdicción local-artículo 80, ley 18.037 (texto ordenado en 1976)-. De este modo, se configura una afectación de derechos sociales, que encuadra en las situaciones que precisamente buscó evitar la ley que rigió la provincialización.

A la vez, la aplicación al caso concreto de la fecha de corte prevista por la ley provincial impugnada restringe los derechos que confiere al actor el régimen de reciprocidad jubilatoria y no haya sustento suficiente en el artículo 80 *in fine* de la ley 18.037 (texto ordenado en 1976) que dispone que no se considera tiempo con aportes el correspondiente a períodos anteriores a la vigencia del régimen previsional respectivo. En efecto, el reconocimiento de la totalidad de los servicios con aportes prestados en el territorio nacional dispuesto por el artículo 23 de la ley 23.775 obliga a computar ese período para determinar los 10 años de aportes continuos o discontinuos al régimen de la caja otorgante, que exige el artículo 80 de la ley 18.037 (texto ordenado en 1976). En el *sub lite*, el actor reúne ese recaudo, teniendo en cuenta, en consonancia con la ley de provincialización, la totalidad de los servicios con aportes prestados en la Administración de Tierra del Fuego y no solamente los posteriores a 1985 (fs. 12 y 369 del expediente administrativo agregado al principal). Por ello, de acuerdo a la referida doctrina de la

Corte Suprema, la aplicación de la norma local, que niega ese cómputo de aportes, constituye una alteración unilateral del régimen de reciprocidad, en exceso de las atribuciones regulatorias de la provincia.

En suma, bajo esta perspectiva, el artículo 21 de la ley 561 en cuanto restringe los servicios con aportes computables a los efectos de determinar la caja otorgante a los posteriores a enero de 1985 atenta contra la garantía prevista en el artículo 23 de la ley 23.775 y, de ese modo, violenta las reglas básicas del sistema nacional de reconocimiento y reciprocidad entre regímenes previsionales. Por todo ello, transgrede el orden normativo federal -artículos 1 y 31, Constitución Nacional- y frustra el derecho a la seguridad social -artículos 14 *bis* y 75, inciso 22, Constitución Nacional y el artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales-.

-V-

Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y disponer que vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 24 de abril de 2019. *Víctor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Manfredotti, Mario Alberto c/ IPAUSS s/ acción contencioso administrativa”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, que esta Corte comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de

origen para que, por quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Con costas. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*) –
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) Los antecedentes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada, los planteos de las partes y lo atinente a la admisibilidad del recurso extraordinario han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal que antecede (apartados I, II y III), cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

2º) En autos debe determinarse si el artículo 21 de la ley local 561 que establece el régimen de jubilaciones y pensiones para el personal de los tres poderes de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en tanto no reconoce como locales los servicios con aportes prestados antes del año 1985, viola el orden normativo federal. A esos fines, es preciso realizar una reseña de las normas federales aplicables a la presente controversia.

3º) La ley 23.775, sancionada el 26 de abril de 1990, provincializó al entonces territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur e incluyó una disposición especial a los fines de salvaguardar, entre otras cuestiones, los aportes efectuados por los funcionarios y empleados que, por efecto de la sanción de dicha ley, pasaron a depender de la administración provincial. Textualmente, dispuso que “a los funcionarios y empleados **que pasen a depender de la Administración provincial**, cualquiera hubiera sido la modalidad de la prestación de sus servicios y la forma de pago, **se les reconocerá** la jerarquía, antigüedad, sueldo y cualquier clase de compensación o bonificación de que gozaron, como asimismo **los aportes jubilatorios o de otro orden que hubieran realizado**. En cuanto al plazo, condi-

ciones y monto jubilatorio que les correspondiere a partir de la sanción de la Constitución Provincial, serán determinados por un convenio a celebrarse entre el Gobierno nacional y la provincia” (artículo 23; el destacado es añadido).

Al regular la provincialización, la ley estableció una serie de obligaciones en cabeza del Estado Nacional y de la provincia recién creada. En ese marco, la ley distinguió con claridad los casos en los que las obligaciones quedaron en cabeza del Estado Nacional (véase, por ejemplo, artículos 4, 11, 19, 20 y 22, ley 23.775) de aquellos en los que las obligaciones fueron impuestas a la provincia. Precisamente, el artículo 23 de dicha ley es uno de los supuestos en los que la obligación creada por la ley fue puesta en cabeza de la provincia. Ello es así por cuanto dicha norma dispuso que la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur deberá reconocer los aportes jubilatorios que hubieren realizado los funcionarios y empleados cuando esta aun era territorio nacional.

4°) Con posterioridad a la sanción de la ley 23.775, el 19 de junio de 1991, se celebró un Convenio de Reciprocidad Jubilatoria entre el Instituto Nacional de Previsión Social y el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ratificado por el Presidente del Instituto Provincial de Previsión Social el 26 de junio de 1991. El artículo 3° de dicho convenio, que estableció como fecha inicial el día 24 de mayo de 1990, aclaró que podían invocar sus beneficios únicamente los afiliados de cualquier régimen comprendido en el sistema de reciprocidad jubilatoria que, acreditando servicios prestados en cualquier tiempo, estuvieran en actividad a la fecha indicada o con posterioridad a ella. Por su parte, el artículo 5° del mismo convenio declaró aplicable por parte del Instituto de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 14.370, o la norma que lo reemplace, en cuyo mérito los afiliados que hubieren desempeñado servicios comprendidos en los regímenes de jubilaciones solo podrán obtener una prestación única, considerando la totalidad de los servicios prestados y las remuneraciones percibidas.

El artículo 23 de la ley 14.370, sancionada el 30 de septiembre de 1954, dispone que los afiliados que hubieren desempeñado servicios en los distintos regímenes comprendidos en el decreto-ley 9316/46 (los regímenes de cada una de las secciones del Instituto Nacional de Pre-

visión Social y de la Caja Municipal de Previsión Social de la Ciudad de Buenos Aires), solo podrán obtener una prestación única, considerando la totalidad de los servicios prestados y remuneraciones percibidas.

Por lo tanto, del conjunto de normas federales aplicables puede concluirse que estas imponen a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur la obligación de reconocer los aportes jubilatorios que hubieran efectuado los empleados y funcionarios hasta la fecha de la provincialización, lo que sería precisado en un convenio de reciprocidad jubilatoria. En el convenio celebrado como consecuencia de ello, se otorgó el derecho a obtener una prestación única, considerando la totalidad de los servicios prestados y las remuneraciones percibidas, a ciertos afiliados que acreditaran servicios prestados en cualquier tiempo y estuvieran en actividad el 24 de mayo de 1990 o con posterioridad a dicha fecha.

5°) En lo que respecta a la organización de su régimen provincial de jubilaciones y pensiones, la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur sancionó el 10 de octubre de 1984 la ley 244 que exigía un mínimo de edad y años de aportes para el otorgamiento de la jubilación ordinaria permitiendo, bajo ciertas condiciones, que se computaran incluso servicios anteriores a 1969 (ver artículo 38).

En el año 2002, la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur sancionó la ley 561, cuya declaración de inconstitucionalidad persigue el actor, que establece una limitación temporal para el cómputo de los servicios como locales, computándose como tales únicamente los prestados a partir de enero de 1985.

6°) La modificación legislativa antes reseñada importa una violación de las obligaciones impuestas a la provincia por la ley 23.775 que, como se ha indicado, exige el reconocimiento de los aportes jubilatorios que hubieren realizado los funcionarios y empleados cuando Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur era territorio nacional. Dicha modificación impide reconocer como aportes al sistema provincial previsional los efectuados por el actor en esta causa, Mario Alberto Manfredotti, como agente del Gobierno del Territorio de Tierra del Fuego, entre el 15 de febrero de 1971 y el 1° de marzo de 1977 (ver fs. 12 expediente administrativo que circula por cuerda) cuyo cómputo incide en el resultado del pleito, en transgresión a la norma federal de creación de la provincia.

Por lo tanto, el artículo 21 de la ley 561, en cuanto establece una limitación temporal para el cómputo de los aportes a los efectos del otorgamiento de una prestación jubilatoria, infringe el artículo 23 de la ley 23.775 y el artículo 5° del Convenio de Reciprocidad Jubilatoria entre el Instituto Nacional de Previsión Social y el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur resultando de ese modo inconstitucional.

Por ello, y lo concordemente dictaminado con el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Con costas. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Mario Alberto Manfredotti**, representado por el **Dr. Félix Alberto Santamarina**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur**.

MAWIEL, JORGE ALONSO ARMESTO S/ RECURSO DE QUEJA

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El argumento desarrollado por el a quo, por medio del cual sostuvo que no debía expedirse en punto a la cuestión de la extinción de la acción penal por prescripción planteada por la defensa, ignora -sin proporcionar ninguna justificación para ello- una consolidada doctrina de la Corte según la cual la prescripción en materia penal es una cuestión de orden público que debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente, que se produce de pleno derecho, que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo y que debe declararse en cualquier instancia del juicio y por cualquier tribunal.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El planteo atinente a la prescripción de la acción penal debe ser resuelto por los jueces de la causa a la luz de las circunstancias existentes al momento de ese pronunciamiento y en cualquier estado de aquélla, en forma previa a adoptar una decisión sobre el fondo, pues se trata de una cuestión de orden público que puede ser planteada hasta que recaiga resolución final y solamente reviste este último carácter la dictada por esta Corte Suprema.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

La postura adoptada por el tribunal a quo de negarse a ordenar la verificación de la subsistencia de la acción penal, tal como reclamaba el abogado defensor; infringe el deber que tienen todos los organismos jurisdiccionales -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte Suprema dictadas en casos similares; obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 de la Constitución Nacional), la incuestionable autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Norma Fundamental por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones, los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Toda vez que de hacerse lugar a lo solicitado por la defensa del encausado en relación con la extinción de la acción penal el dictado de un fallo por parte de la Corte podría resultar inoficioso, corresponde suspender el trámite de la queja, la que se reservará a resultados de lo que se decida en el expediente en orden a dicho planteo.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La reticencia por parte de las autoridades judiciales provinciales para aplicar en su ejercicio jurisdiccional la doctrina constitucional sentada por la Corte -en relación a la verificación de la subsistencia de la acción

penal- conlleva no solo la lesión de los derechos con relación a los cuales se adoptó el criterio respectivo y la vulneración del derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, sino el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias, por lo que la igualdad y la seguridad jurídica se ven necesariamente socavadas.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

En razón de que podría encontrarse prescripta la acción en los autos principales, corresponde ordenar la suspensión del presente recurso de queja, para que el juzgado de origen, previa verificación de la concurrencia o no de la causal de interrupción prevista en el inciso a del art. 67 del Código Penal, se expida sobre la cuestión (Voto del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que con fecha 30 de octubre de 2014, el Juzgado en lo Correccional n° 1 del Departamento Judicial de Morón, condenó a Jorge Alonso Armesto Mawiel a la pena de diez meses de prisión de ejecución condicional por el delito de amenazas simples, sentencia que fue confirmada por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Morón el 9 de marzo de 2015. Este último decisorio fue impugnado por la defensa mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, cuya denegación derivó en la interposición de queja ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la cual fue rechazada por dicho tribunal el 12 de agosto de 2015. Al respecto, el supremo local entendió que “la presentación directa no

logra autoabastecerse, y –en consecuencia- se revela inidónea para revertir el juicio de admisibilidad negativo efectuado por el tribunal intermedio” (fs. 5/6 de este legajo).

2°) Que contra el referido decisorio, la defensa dedujo recurso extraordinario federal el día 1° de junio de 2018, en el que –como cuestión previa– planteó la extinción de la acción penal por prescripción, por considerar que la misma habría operado el 30 de octubre de 2016, al transcurrir los dos años previstos como máximo de pena para el delito por el que fue condenado su asistido a contar desde el último acto interruptivo producido en la causa (la sentencia condenatoria no firme de fecha 30 de octubre de 2014, conforme el art. 67, inc. e del Código Penal, texto conforme ley 25.990). Luego, sostuvo la arbitrariedad de la sentencia en relación con la valoración de la prueba y la determinación de la pena.

3°) Que con fecha 13 de febrero de 2019, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa. En cuanto a lo solicitado como cuestión previa por dicha parte, y por medio de una remisión al dictamen del señor Procurador General provincial, entendió que no debía expedirse, ya que al considerar inadmisibile el remedio federal había agotado su jurisdicción. Esa denegación motivó la presentación directa ante esta Corte Suprema.

4°) Que el argumento desarrollado por el *a quo*, por medio del cual sostuvo que no debía expedirse en punto a la cuestión de la extinción de la acción penal por prescripción planteada por la defensa, ignora –sin proporcionar ninguna justificación para ello– una consolidada doctrina de este Tribunal que reconoce su origen en Fallos: 186:289, según la cual la prescripción en materia penal es una cuestión de orden público que “...debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente”, que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; 322:360, disidencias de los jueces Fayt, Bossert, Petracchi y Boggiano y 323:1785; 342:1028, entre otros), que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300) y que debe declararse en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313:1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205) (Fallos: 330:4103 y en CSJ 261/2010 (46-G)/CS1 “Guillén, Gerardo Oscar s/ causa n° 92.874”, del 23 de abril de 2013, considerando 1°, entre otras).

En línea con lo establecido en los referidos precedentes este Tribunal resolvió, en reiteradas oportunidades, suspender el dictado de su pronunciamiento en los recursos en los que –como en el *sub examine*– se había omitido analizar el planteo de prescripción de la acción penal introducido al interponer el recurso extraordinario federal, señalando para ello que “...*el planteo atinente a la prescripción de la acción penal debió ser resuelto por los jueces de la causa a la luz de las circunstancias existentes al momento de ese pronunciamiento y en cualquier estado de aquélla, en forma previa a adoptar una decisión sobre el fondo pues se trata de una cuestión de orden público que puede ser planteada hasta que recaiga resolución final y solamente reviste este último carácter la dictada por esta Corte Suprema*” (CSJ 340/1996 (32-O)/CS1 “Otero, Juan Carlos y otros s/ art. 300 del C.P. -causa n° 2062-”, resuelta el 21 de agosto de 1997, causa CSJ 108/2004 (40-Q)/CS1 “Química del Norte S.A.I.C. y otros s/ infracción ley 24.144 –causa n° 51.118-”, del 13 de diciembre de 2005, causas CSJ 1206/2005 (41-S)/CS1 “S.A. Alba Fábrica de Pinturas, Esmaltes y Barnices s/ infr. ley 24.144”, del 16 de mayo de 2006 y CSJ 1217/2005 (41-D)/CS1 “Dapuetto de Palo, Miguel Ángel Rafael s/ alteración de límites”, del 23 de mayo de 2006).

5°) Que sentado cuanto precede, se advierte que la postura adoptada por el tribunal *a quo* de negarse a ordenar la verificación de la subsistencia de la acción penal, tal como reclamaba el abogado defensor, infringe el deber que tienen todos los organismos jurisdiccionales -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- de conformar sus decisiones a las sentencias de esta Corte Suprema dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294). Obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108 de la Constitución Nacional), la incuestionable autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Norma Fundamental por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

En definitiva, en virtud de los altos fundamentos constitucionales involucrados, si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento (Fallos: 307:1094).

6°) Que tal es el supuesto que se verifica en el caso, en el cual el tribunal *a quo* adoptó –a fin de evitar pronunciarse acerca del planteo de extinción de la acción penal por prescripción formulado por la defensa al interponer el extraordinario federal- una postura inconciliable con la doctrina jurisprudencial reseñada *supra* (considerando 5°), sin invocar ningún argumento novedoso que justifique su decisión, circunstancia que la priva de sustento.

La reticencia por parte de las autoridades judiciales provinciales para aplicar en su ejercicio jurisdiccional la doctrina constitucional sentada por esta Corte en casos como el presente, conlleva no solo la lesión de los derechos con relación a los cuales se adoptó el criterio respectivo y la vulneración del derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, sino el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias, por lo que la igualdad y la seguridad jurídica se ven necesariamente socavadas.

En consecuencia, la función deferida por la Constitución a esta Corte en su condición de titular del Poder Judicial de la Nación (art. 108 de la Constitución Nacional) le impone que, frente a la trascendencia institucional que exhibe el conflicto, deba asumir delicadas responsabilidades institucionales a fin de garantizar el efectivo respeto de los principios constitucionales plasmados en sus pronunciamientos, lo que exige que este Tribunal adopte una decisión que deje en claro -ante la sociedad y ante el resto de los tribunales- el criterio con el que debe resolverse el tema sometido a conocimiento en procesos análogos al presente (en el precedente “Farina, Haydée Susana”, Fallos: 342:2344).

7°) Que, en atención a lo expuesto, y toda vez que de hacerse lugar a lo solicitado por la defensa del encausado en relación con la extinción de la acción penal el dictado de un fallo por parte de este Tribunal podría resultar inoficioso, corresponde suspender el trámite de la presente queja, la que se reservará a resultas de lo que se decida en el expediente en orden a dicho planteo.

Por ello, se resuelve: 1. Suspender el trámite de este recurso de queja hasta la resolución definitiva de la cuestión de prescripción. 2. Declarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la prescripción en materia penal, en el sentido en que i) debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión de fondo, ii) pudiendo ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente, iii) por producirse de pleno derecho y iv) tratarse de una cuestión de orden público, es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país. 3. Remitir copia auténtica de esta decisión al tribunal de origen a los fines expuestos en la presente; cuya resolución final deberá ser comunicada a esta Corte. Notifíquese y resérvese.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*) –
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que en razón de que podría encontrarse prescripta la acción en los autos principales, corresponde ordenar la suspensión del presente recurso de queja, para que el juzgado de origen, previa verificación de la concurrencia o no de la causal de interrupción prevista en el inciso a del art. 67 del Código Penal, se expida sobre la cuestión.

Por ello, se resuelve: Suspender el trámite de este recurso de queja hasta la resolución definitiva de la cuestión de prescripción. Hágase saber a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, para que le imprima el trámite que corresponde, cuya resolución final deberá ser comunicada a esta Corte. Notifíquese y resérvese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Jorge Alonso Armesto Mawiel**, asistido por el **Dr. Mario Luis Coriolano, Defensor Oficial**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de Morón y Juzgado en lo Correccional n° 1 de Morón.**

XU, BINGBIN c/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES
DELEGACIÓN CÓRDOBA s/ RECURSO DIRECTO A JUZGADO

ACUMULACION DE PROCESOS

Corresponde rechazar la acumulación de la causa al amparo colectivo iniciado toda vez que la misma se originó a partir de la presentación individual efectuada por un migrante a los fines de cuestionar los actos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones respecto de su situación migratoria, en cuyo contexto impugna la constitucionalidad de la normativa aplicada a su caso particular, todo lo cual conduce a descartar la existencia de un proceso colectivo, único supuesto previsto en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (ac. 12/2016) a los fines de la pretendida acumulación.

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

ACUMULACION DE PROCESOS

Por el modo en que está prevista la acumulación en el art. IV del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (ac. 12/2016), restringida a aquellos casos en que exista un juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, resulta improcedente la acumulación, al amparo colectivo iniciado, de la causa originada partir de la presentación individual efectuada por un migrante con el fin de cuestionar los actos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones respecto de su situación migratoria, en cuyo contexto impugna la constitucionalidad de la normativa aplicada a su caso particular.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

A los fines de dilucidar cuestiones de competencia debe estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellas, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 195/199, la Cámara Federal de Córdoba (Sala A), revocó la sentencia de instancia anterior y ordenó que la presente causa, iniciada por el migrante de nacionalidad china X B a fin de impugnar judicialmente los actos mediante los cuales la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) había dispuesto, entre otras medidas, su expulsión del territorio nacional, fuera remitida al Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo N°1, a los fines de la eventual acumulación a los autos CAF 3061/2017 “Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y otros c/ EN DNM s/ amparo ley 16.986”.

Para así decidir, el tribunal coincidió con el juez de grado al sostener que la cuestión debatida en autos era análoga a la planteada en el amparo colectivo “CELS”, ya que en ambas causas se cuestiona la validez del decreto 70/17; a su entender, no obstante, no correspondía suspender el trámite de estas actuaciones hasta tanto recayera sentencia definitiva en el mencionado proceso colectivo, tal como se había dispuesto en la instancia anterior.

Recordó en tal sentido que, de acuerdo con lo previsto en el art. IV del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por acordada 12/2016 de la Corte -a su entender, aplicable al caso-, el expediente debía ser remitido sin otra dilación al juez ante el cual tramitaba el amparo colectivo en cuestión, ya inscripto en el Registro Público de Procesos Colectivos establecido por acordada 32/2014.

A continuación, invocó lo expresado por V.E. en el precedente “Hablabi” respecto de los derechos de incidencia colectiva referentes a

intereses individuales homogéneos, para concluir, finalmente, en que entre la presente y la referida causa “CELS” se verificaba una “sustancial semejanza en la afectación de los derechos colectivos donde se observa homogeneidad fáctica y normativa”.

A fs. 203, obra un informe del que surge que el expediente “CELS” había sido remitido a la cámara el 31/10/2017 en virtud de la apelación de la sentencia definitiva, “encontrándose actualmente en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Seguidamente, el titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N°1 dispuso la devolución de la presente causa, al no tratarse de un proceso colectivo en los términos establecidos en la acordada 12/2016, sino de una acción individual “dado que solamente aquellos deben ser remitidos al juez que conoce en el proceso colectivo registrado con anterioridad (art. IV) “ (fs. 203 vta.).

Recibidas las actuaciones, el juez federal de Córdoba dispuso a fs. 205 su remisión a la cámara quien, a fs. 210, ordenó su elevación al Alto Tribunal para que dirimiese la cuestión de competencia suscitada.

En tales condiciones, quedó planteado un conflicto que corresponde dirimir a V. E. en los términos del art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

-II-

Ante todo, corresponde señalar que, a los fines de dilucidar cuestiones de competencia ha de estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellas, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes (Fallos: 328:73; 329:5514).

De tal exposición en el caso se desprende que estas actuaciones se iniciaron con el “recurso judicial” interpuesto por X B -migrante de nacionalidad china- “en los términos del art. 69 *septies* de la Ley 25871” contra la disposición 220364 de fecha 16 de septiembre de 2015 -confirmada por la disposición 260865 del 2 de noviembre de 2015 y, posteriormente, por la resolución RESOL-2017-1061-APN-SECI#MI del 31 de julio de 2017-, mediante la cual la DNM había denegado el beneficio de admisión en el territorio nacional por él solicitado al amparo del art. 29, incs. i e j, de la ley 25.871, a la vez que había declarado irregular su permanencia, ordenado su expulsión, prohibido su reingreso al país y cancelado su residencia precaria (v. fs. 4 y 88 vta. y ss.). En dicha presentación solicitó, asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del decreto 70/17 y la consiguiente readecuación del trámite

seguido en las actuaciones bajo el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo establecido en el citado decreto, a lo dispuesto en el art. 84 de la ley migratoria, esto es, el trámite ordinario.

En tales circunstancias, opino que corresponde rechazar la acumulación al citado amparo colectivo “CELS” de las presentes actuaciones, toda vez que éstas se originaron a partir de la presentación individual efectuada por un migrante a los fines de cuestionar los actos dictados por la DNM respecto de su situación migratoria, en cuyo contexto impugna la constitucionalidad de la normativa aplicada a su caso particular, todo lo cual conduce a descartar la existencia de un proceso colectivo, único supuesto previsto en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (ac. 12/2016) a los fines de la pretendida acumulación.

Así lo entiendo, dado el alcance del ámbito de aplicación del citado reglamento, definido en su art. I con remisión a los supuestos comprendidos en la acordada 32/2014, esto es, “todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos, como lo que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo las concordes definiciones dadas por esta Corte en los precedentes “Halabi” (Fallos: 332:111) y P361.XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21 de agosto de 2013” (v. art. 1, énfasis agregado).

En razón de ello, y por el modo en que está prevista la acumulación en el art. IV del citado reglamento, restringida a aquellos casos en que exista un “juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva” (énfasis agrado), entiendo que la acumulación intentada resulta improcedente.

Por lo demás, como ha señalado el Tribunal en otros casos, cualquier duda que se pudiese albergar acerca de la posibilidad de sentencias contradictorias, se soslaya requiriendo fotocopias de las piezas que se consideren necesarias para evitar que se incurra en la situación apuntada (Fallos: 314:811; 319:1397).

-III-

Por lo expuesto, opino que esta causa debe continuar su trámite ante la justicia federal de Córdoba, por intermedio del Juzgado N° 3 que intervino en la contienda. Buenos Aires, 30 de octubre de 2020.
Laura Mercedes Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que, aun cuando no se encuentra debidamente trabada la cuestión de competencia, al no haber ratificado la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba la postura anteriormente expresada en la causa, razones de economía y celeridad procesal, tornan aconsejable dirimir el conflicto.

Por ello, de conformidad con lo expuesto en los acápites II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, se declara que las presentes actuaciones deberán continuar su trámite ante el Juzgado Federal de Primera Instancia n° 3 de Córdoba, al que se le remitirán por intermedio de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ABOGADOS
AMBIENTALISTAS Y OTRO c/ JUJUY, PROVINCIA DE Y OTRO
(ESTADO NACIONAL) s/ AMPARO AMBIENTAL

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde rechazar la medida cautelar solicitada en el marco de una acción de amparo ambiental, si no se ha demostrado de qué modo la firma del Convenio de Regularización del Parque Nacional Calilegua -cuyo objetivo es el de efectivizar la futura remediación ambiental y el cierre de los pozos petroleros en ese parque nacional- ocasiona efectos perjudiciales que no podrían revertirse con el dictado de una sentencia

definitiva favorable pues, aun teniendo en cuenta el particular ámbito de análisis de las medidas cautelares en materia ambiental, resultan insuficientes las referencias generales del amparo en torno a los principios de prevención, precautorio y de sustentabilidad sin referencia alguna a las constancias de la causa que no permiten apreciar la gravedad del perjuicio que se alega para suspender la aplicación de un convenio entre dos estados, ni por consiguiente, la debida proporción que debe guardar toda medida cautelar para no ir más allá de su propósito.

MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares no proceden cuando se pide la suspensión de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego, sin embargo esta regla cede, cuando se impugnan esos actos sobre bases prima facie verosímiles y en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, debe además evaluarse las consideraciones referidas al principio de prevención y al principio precautorio del daño ambiental ante la posible creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.

MEDIDA CAUTELAR

A los fines de conceder medidas cautelares debe acreditarse que existe peligro en la demora para justificar el dictado de la medida, el cual debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde a la competencia originaria la acción de amparo ambiental iniciada contra una provincia, el Estado Nacional y la Administración de Parques Nacionales con el objeto de que se declaren inconstitucionales y nulos el Convenio de Regularización “Parque Nacional Calilegua”, su resolución aprobatoria y otras disposiciones dictadas al respecto, pues los demandados resultan ser parte nominal y sustancial en el proceso al ser los que emitieron los actos por los cuales el actor se agravia y la cuestión reviste carácter manifiestamente federal, por cuestionarse

actos y convenios en los que intervienen autoridades nacionales como contrarios a leyes de ese carácter (la ley 22.351 de Administración de Parques Nacionales, la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y la ley 25.675 General del Ambiente).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas y la Fundación Greenpeace Argentina promueven una acción de amparo ambiental, con fundamento en los arts. 43 de la Constitución Nacional y 30 de la ley 25.675 General del Ambiente, contra la Provincia de Jujuy, el Estado Nacional y la Administración de Parques Nacionales (APN), con el objeto de que se declaren inconstitucionales y nulos de nulidad absoluta e insanable:

a. la resolución del directorio de la Administración de Parques Nacionales, que aprobó el Convenio de Regularización “Parque Nacional Calilegua”, celebrado entre la Provincia de Jujuy y la APN, el 24 de octubre de 2018, que también fue refrendado por el Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, y que dispone sin un plazo cierto y determinado, la creación por parte de la Nación de una “...condición suspensiva de dominio y jurisdicción concediendo el uso y goce de dicha área a la Provincia...” (anexo I, cláusula segunda);

b. el Convenio de Regularización “Parque Nacional Calilegua” (anexo IV);

c. la disposición del convenio por la que “...La Secretaria de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, informó a la Provincia que no se hará cargo de los gastos que la remediación demande” (cláusula segunda);

d. “la disposición del Acuerdo en virtud del cual el Estado Nacional renuncia a interponer acciones de reparación ambiental a favor de la Provincia de Jujuy, quien se la reserva para sí, pero sin obligarse a realizarlas en un plazo determinado” (lo cual no consta en el convenio).

Asimismo, peticionan que se prohíba a los demandados disminuir -de manera permanente o transitoria- la protección ambien-

tal actualmente vigente de todo o parte del territorio del Parque Nacional Calilegua y su consiguiente desafectación total o parcial, permanente o transitoria como parque nacional (conforme al art. 41 de la Constitución Nacional y al art. 4° de la ley 25.675 General del Ambiente) y limitar o suspender, en forma permanente o transitoria, la jurisdicción de la APN en todo o parte del territorio de dicho parque nacional.

A su vez requieren, con carácter urgente, previo a todo trámite e inaudita parte, que se dicte una medida cautelar que disponga la suspensión de la aplicación de los actos que se cuestionan y la prohibición de cualquier acto de ejecución de ellos, hasta tanto se pronuncie sentencia definitiva en autos.

Asimismo, solicitan que se ordene no modificar la jurisdicción de la APN y las condiciones de dominio que disminuyan en forma temporal o permanente las normas de protección ambiental de todo o parte del territorio del Parque Nacional Calilegua.

Cuestionan tales actos en cuanto, en forma actual o inminente lesionan, restringen, alteran o amenazan, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el derecho a vivir en un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y la preservación del patrimonio natural, y resultan contradictorios con los arts. 18, 21 y 23 de la ley 22.351 de Administración de Parques Nacionales, 7° de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, 4° de la ley 25.675 General del Ambiente, 22 de la Constitución de la Provincia de Jujuy, 41 de la Constitución Nacional y 11, inc. 2° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (ratificado por ley 24.658)

A fs. 89, V.E. corre vista, por la competencia, a esta Procuración General.

-II-

Cabe recordar que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514; 330:3773 y 340:1078, entre muchos otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que ante todo se debe determinar si en autos se configuran dichos requisitos.

A tal efecto, para acceder a la competencia originaria de la Corte prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58), corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, después, sólo en la medida en que se adecue a ello, al derecho que invoca como fundamento, de la acción (doctrina de Fallos: 339:1663; 340:391; entre muchos otros). Asimismo, se ha dicho que, a tal fin, se debe indagar la naturaleza de la pretensión, examinar su origen, así como la relación de derecho existente entre las partes (Fallos: 340:28; 340:431; 340:819).

De tal exposición surge que las actoras promovieron amparo ambiental contra la Provincia de Jujuy, el Estado Nacional y la Administración de Parques Nacionales (APN), con el objeto de que se declaren inconstitucionales y nulos de nulidad absoluta e insanable la resolución RESFC-2018-576-APN-D#APNAC (ver anexo D) y el Convenio de Regularización “Parque Nacional Calilegua” y sus cláusulas, que fue celebrado por la provincia y por la APN, y refrendado por el Estado Nacional.

Al respecto, es preciso recordar que para que proceda la competencia originaria *ratione personae* resulta ineludible examinar si la Nación o una entidad nacional y la provincia participan nominalmente en el pleito -ya sea como actores, demandados o terceros- y sustancialmente, es decir, que tengan en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte les resulte obligatoria (Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105; 330:4804, entre muchos otros).

Tal extremo debe surgir en forma manifiesta de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de tal instancia (Fallos: 321:2751; 322:2370; 326:1530 y sentencia *in re* C.1611, XLIII, Originario “Central Térmica Sorrento S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ acción meramente declarativa de certeza”, del 24 de junio de 2008).

A mi modo de ver, tal circunstancia se configura en el *sub lite*, en efecto, los demandados resultan ser parte nominal y sustancial en el proceso, pues son los que emitieron los actos por los cuales las actoras se agravan y, mientras que el Estado Nacional reviste la condición de titular del dominio de las tierras que conforman el Parque

Nacional Calilegua (v. decreto 1733/79 y art. 2° de la ley 22.351) y, como tal, tiene a su cargo el poder de policía ambiental en esa jurisdicción territorial, la A.P.N., ente autárquico del Estado Nacional que tiene competencia y capacidad para actuar respectivamente en el ámbito del derecho público y privado -art. 14-, tiene por función la fiscalización de los parques nacionales, su conservación y manejo en estado natural, de su fauna y flora autóctonas y, en caso necesario, su restitución, para asegurar el mantenimiento de su integridad, en todo cuanto se relacione con sus particulares características fisiográficas y asociaciones bióticas animales y vegetales -art. 18-, y la Provincia demandada es la titular del dominio originario de los recursos naturales que se encuentran en su territorio (arts. 124 de la Constitución Nacional y 1° de la ley 26.197), cuya administración le corresponde (art. 2° de la citada ley).

Además, la cuestión reviste carácter manifiestamente federal, por cuestionarse actos y convenios en los que intervienen autoridades nacionales como contrarios a leyes de ese carácter (la ley 22.351 de Administración de Parques Nacionales, la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y la ley 25.675 General del Ambiente).

En tales condiciones, en razón de la situación controvertida, entiendo que existe una relación jurídica común e indivisible con respecto a la pluralidad de sujetos involucrados, que no tolera un tratamiento procesal por separado, con lo cual resulta imposible buscar una solución útil, que garantice el derecho de defensa de las partes y que restituya el derecho que se pretende tutelar sin la participación de todas ellas, por lo que considero que existe un litisconsorcio pasivo necesario, en los términos del art. 89 del CPCCN (Conf. causa “Saavedra”, Fallos: 341:39 y FSA 10813/2017/CSI “Mercedes Maidana, Florencia Cari Solis c/ Administración de Parques Nacionales y otro s/ amparo ambiental”, dictamen del 14 de noviembre de 2018).

-III-

Por lo expuesto, entiendo que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 21 de mayo de 2019.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas y otro c/ Jujuy, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo ambiental”.

Considerando:

1°) Que la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas y la Fundación Greenpeace Argentina promovieron un amparo colectivo con fundamento en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 30 de la ley 25.675 (General del Ambiente) contra la Provincia de Jujuy, y contra el Estado Nacional (Administración de Parques Nacionales, APN) con el objeto de que se declaren inconstitucionales y nulos (a) la resolución del directorio de la APN que aprobó el Convenio de Regularización “Parque Nacional Calilegua” celebrado por esa administración y la Provincia de Jujuy el 24 de octubre de 2018, refrendado por el Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación que dispone “sin un plazo cierto y determinado, la creación por parte de la Nación de una ‘...condición suspensiva de dominio y jurisdicción concediendo el uso y goce’” de una cierta área del parque mencionado a la provincia; (b) el Convenio de Regularización “Parque Nacional Calilegua”; (c) en particular la disposición por la que “la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, informó a la Provincia que no se hará cargo de los gastos que la remediación demande”; y (d) “la disposición del Acuerdo en virtud del cual el Estado Nacional renuncia a interponer acciones de reparación ambiental a favor de la provincia de Jujuy quien se la reserva para si, pero sin obligarse a realizarlas en un plazo determinado”.

En suma, con fundamento en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en el 4° de la ley 25.675, piden que se prohíba a los demandados disminuir de manera permanente o transitoria la protección ambiental actualmente vigente de todo o parte del territorio del Parque Nacional Calilegua y su consiguiente desafectación total o parcial, permanente o transitoria como parque nacional y limitar o suspender, en forma permanente o transitoria, la jurisdicción de la APN en todo o parte del territorio de dicho parque nacional.

También requieren que se dicte una medida cautelar que disponga la suspensión de la aplicación de los actos señalados y la prohibición de cualquier acto de ejecución de ellos, hasta tanto se pronuncie sentencia definitiva en autos. Solicitan que se ordene no modificar la jurisdicción de la APN y las condiciones de dominio que disminuyan en forma temporal o permanente las normas de protección ambiental de todo o parte del territorio del Parque Nacional Calilegua.

2°) Que tal como sostiene la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, esta causa corresponde a la competencia originaria de este Tribunal.

3°) Que en cuanto al objeto del convenio impugnado, las partes establecieron en su cláusula segunda que la provincia *“elaborará un Plan de Remediación Ambiental y Cierre Técnico del Yacimiento CNO 3 Caimancito, ubicado dentro de las Mil hectáreas (1.000 has) que se encuentran en el Parque Nacional Calilegua. A estos fines, la NACIÓN establecerá una condición suspensiva de dominio y jurisdicción concediendo el uso y goce de dicha área a LA PROVINCIA, con el objetivo de efectivizar la futura remediación ambiental y cierre definitivo de los pozos petroleros, cesando dicha condición una vez acreditada la remediación ambiental y el cierre definitivo de los pozos petroleros dentro del área protegida”*.

4°) Que en este marco corresponde examinar la procedencia de la medida cautelar solicitada.

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, este tipo de medidas no proceden cuando se pide la suspensión de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego (Fallos: 341:1717 “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional” y sus citas). Esta regla cede, sin embargo, cuando se impugnan esos actos sobre bases *prima facie* verosímiles (Fallos: 342:1591 “Entre Ríos, Provincia de”); y en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, debe además evaluarse las consideraciones referidas al principio de prevención y al principio precautorio del daño ambiental ante la posible creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (arg. Fallos: 339:142 “Cruz, Felipa y otros” y artículo 4° de la ley citada).

En segundo término, debe acreditarse que existe peligro en la demora para justificar el dictado de la medida, el cual debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas (Fallos: 318:30; 325:388; 340:1129).

5°) Que en este caso el Tribunal considera que las constancias obrantes en el expediente no permiten tener por configurados los presupuestos necesarios para acceder a la solicitud de las actoras.

En efecto, no han demostrado de qué modo la firma del Convenio de Regularización del Parque Nacional Calilegua –cuyo objetivo es el de efectivizar la futura remediación ambiental y el cierre de los pozos petroleros en ese parque nacional (confr. cláusula segunda)- ocasiona efectos perjudiciales que no podrían revertirse con el dictado de una sentencia definitiva favorable. A tal efecto -y aun teniendo en cuenta el particular ámbito de análisis de las medidas cautelares en materia ambiental señalado en el considerando 4°- resultan insuficientes las referencias generales en el apartado 12 del escrito de amparo en torno a los principios de prevención, precautorio y de sustentabilidad. Sus términos generales sin referencia alguna a las constancias de la causa no permiten a esta altura del proceso apreciar la gravedad del perjuicio que se alega para suspender la aplicación de un convenio entre dos estados, ni por consiguiente, la debida proporción que debe guardar toda medida cautelar para no ir más allá de su propósito.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: 1.) Declarar la competencia de esta Corte para conocer en la causa por vía de su instancia originaria; 2.) Rechazar la medida cautelar solicitada; 3.) Requerir al Estado Nacional; a la Administración de Parques Nacionales y a la Provincia de Jujuy el informe circunstanciado que prevé el artículo 8° de la ley 16.986, que deberá ser contestado en todos los casos en el plazo de 30 días (arg. artículo 9° de la ley 25.344). Para su comunicación al señor Gobernador de la Provincia de Jujuy y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno (artículo 341 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Parte actora: **Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas**, representada por el **Dr. Enrique Matías Viale** y la **Fundación Greenpeace Argentina** representada por **Natalia Machain**, ambas con el patrocinio letrado del **Dr. Ariel R. Caplan**.

Parte demandada: **Provincia de Jujuy y Estado Nacional –no presentados en autos**.

C., M. L. y B., H. M. EN NOMBRE DE SU HIJA MENOR, V. A. B. c/ OBRA SOCIAL DE CONDUCTORES CAMIONEROS Y PERSONAL DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR DE CARGAS s/ AMPARO LEY 16.986

OBRAS SOCIALES

Corresponde confirmar a sentencia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por los padres de una niña menor de edad para que la obra social le provea la cobertura de un medicamento indicado para la enfermedad que padece -atrofia muscular espinal tipo II-, pues si bien la normativa excluyó del PMO el citado medicamento para la atrofia muscular espinal, se indicó también que los agentes del seguro de salud deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos que hubieran iniciado para determinados pacientes (resolución 1115/2020 del Ministerio de Salud de la Nación), a la par que se estableció un sistema estatal, a través del que se autoriza al agente del seguro de salud que hubiera brindado dicha prestación a petitioner un reintegro por las compras del medicamento efectuadas (resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud).

OBRAS SOCIALES

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por los padres de una niña menor de edad para que la obra social le provea la cobertura de un medicamento indicado para la enfermedad que padece -atrofia muscular espinal tipo II-, pues dada la modificación del cuadro normativo atinente a la autorización y responsabilidad de las entidades que conforman el sistema de salud en la cobertura de la prestación reclamada, el hecho de que la manda contenida en el fallo apelado ya ha sido satisfecha y en tanto la demandada tiene derecho a obtener determinado reembolso por las erogaciones efectuadas, corresponde disponer la confirmación de

la sentencia apelada con arreglo a las actuales circunstancias fácticas y jurídicas del caso.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, en la medida en que se ha cuestionado el alcance de normas federales que tutelan el derecho a la salud de las personas con discapacidad sobre las que se apoya el fallo (22.431, 24.901), así como de aquellas sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud (23.660, 23.661) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión que la recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes ni por las posiciones del tribunal a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido, según la interpretación que rectamente le otorgue.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal y, si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de ella deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “C., M. L. y B., H. M. en nombre de su hija menor, V. A. B. c/ Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1° Que la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, por mayoría, confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior mediante el cual se había hecho lugar a la acción de amparo iniciada por los padres de una niña menor de edad contra la Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas de la Provincia de Entre Ríos para que se le provea la cobertura total del tratamiento con el medicamento *nusinersen* -consistente en cuatro viales de 12 mg/5ml cada uno- indicado para la pequeña con motivo de la enfermedad que padece (atrofia muscular espinal tipo II).

2° Que, para así decidir, el tribunal *a quo* inició su argumentación afirmando que el amparo resultaba la vía adecuada para la discusión del caso, en tanto correspondía que fuera resuelto con premura, dado que se encontraban en juego los derechos a la vida y a la salud de una niña con discapacidad.

A continuación, señaló que se hallaba comprobado que la hija de los actores poseía certificado nacional de discapacidad y padecía atrofia muscular espinal tipo II, así como que para tratar esa enfermedad su médico había indicado la medicación cuya cobertura se solicita. En relación con ello, sostuvo que la niña se encontraba amparada por las leyes 22.431 y 24.901 -la que pone a cargo de las obras sociales comprendidas en el art. 1° de la ley 23.660 la cobertura de las prestaciones que requieran sus afiliados con discapacidad- así como por un conjunto de instrumentos internacionales. Asimismo, destacó -con cita de precedentes de esta Corte- el rol prioritario que cumplen las obras sociales como agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud al preservar una parte sustancial de sus recursos económicos para ser destinados a garantizar a sus beneficiarios la prestación de servicios de atención de la salud; a la par que ponderó el criterio amplio seguido por el Tribunal para garantizar el derecho a la salud integral.

Por otra parte, sostuvo que la medicación específica cuya cobertura se peticionaba había sido prescrita para la niña por el especialista pertinente para la afección que padecía con el objeto de mejorar su calidad de vida. En ese contexto, consideró que la conducta adoptada por la obra social resultaba lesiva del derecho a la salud de la menor al dilatar el tratamiento que requería imperiosamente, pues era deber de la demandada evaluar el caso personal de la niña, en lugar de adop-

tar una conducta que aparecía como obstáculo para la efectiva tutela de los derechos involucrados.

3°) Que en su recurso extraordinario -que fue parcialmente concedido, sin que se interpusiera la correspondiente queja por el aspecto denegado relativo a la causal de arbitrariedad- el representante de la demandada expresa que el medicamento *nusinersen* tiene carácter experimental, en tanto no está aprobado por ANMAT; que resulta un medicamento de alto riesgo para la vida de la niña; así como que no se ha dado la debida intervención a la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, encargada de actuar con carácter previo a la inclusión de cualquier tecnología dentro del conjunto de prestaciones obligatorias, conforme lo dispuesto en la resolución 623/2018 del citado ministerio.

Además, asevera que la obra social no puede afrontar por sí sola la cobertura total del medicamento que se le solicita en función de lo normado en la ley 24.901. Explica que el elevado costo del *nusinersen* implicará la quiebra de la entidad, así como la desatención de sus restantes afiliados. Sostiene que, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 23.660 y 23.661 -sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud- y con lo establecido en el decreto 908/2016, la erogación que la compra del medicamento supone debería ser cubierta por la Superintendencia de Servicios de Salud mediante el Fondo Solidario de Redistribución; máxime cuando el Estado Nacional es el garante último del derecho a la salud de sus habitantes.

4°) Que el recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, en la medida en que se ha cuestionado el alcance de normas federales que tutelan el derecho a la salud de las personas con discapacidad sobre las que se apoya el fallo (22.431, 24.901), así como de aquellas sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud (23.660, 23.661) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión que la recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). En este plano, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes ni por las posiciones del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 308:647; 320:1602; 323:1656; 339:609 y 342:697).

5°) Que es pertinente señalar que, según conocida jurisprudencia del Tribunal, sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal y, si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir (Fallos: 306:1160; 312:555; 325:28; 331:2628; 335:905; 339:349; 341:124 y 342:1747).

6°) Que en ese razonamiento, corresponde señalar que hallándose la causa a estudio del Tribunal, la Defensoría General de la Nación informó que el 12 de agosto de 2019, la Secretaría de Gobierno de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social había dictado la resolución 1452/2019 mediante la cual fue incorporado el principio *nusinersen* al Programa Médico Obligatorio con cobertura del 100% a cargo del agente del seguro de salud para el tratamiento de la atrofia muscular espinal en sus tipos I, II y III.a.

Corrido el traslado pertinente de la mencionada norma, que resultaba puntualmente aplicable al *sub lite*, la demandada manifestó que no desconocía el derecho de la peticionaria a recibir el tratamiento con el medicamento requerido. No obstante, insistió en su agravio atinente a que el tribunal *a quo*, al decidir como lo hizo, había interpretado erróneamente las normas sobre las que se estructura el Sistema Nacional del Seguro de Salud, en tanto -de conformidad con lo reglado por los decretos 908/2016 y 251/2019- el Estado Nacional debía otorgarle ayuda financiera para brindar la cobertura que se le solicitaba mediante los fondos específicamente destinados a situaciones como la que se presentaba en el caso.

7°) Que, con posterioridad, el 23 de junio de 2020, mediante la disposición 4529/2020 de la ANMAT, se reinscribió el certificado de inscripción en el Registro de Especialidades Medicinales correspondiente al medicamento en cuestión, con vigencia hasta el 1° de marzo de 2021, manteniendo la categoría de registro “bajo condiciones especiales”, únicamente para el tratamiento de la atrofia muscular espinal en sus tipos I y II.

Por otro lado, el 26 de junio de 2020, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la resolución 1115/2020 mediante la cual derogó la reso-

lución 1452/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud antes mencionada. Como consecuencia de ese acto, la droga *nusinersen* para la atrofia muscular espinal no integra en la actualidad el conjunto de principios incorporados al Plan Médico Obligatorio (art. 1°). No obstante, dicha cartera ministerial estableció que los agentes del seguro de salud deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos de pacientes con atrofia muscular espinal, en los tipos I, II y III.A, que se hubieran iniciado durante la vigencia de la citada resolución 1452/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud.

Asimismo, el 27 de junio de 2020, mediante la resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud, el referido medicamento fue inserto en el Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes, a través del cual se autoriza a los agentes del seguro de salud a solicitar el reintegro de las erogaciones que hubieran efectuado para su compra. En esta última norma se incluye la posibilidad del reintegro de las prestaciones que hubieran sido ya brindadas por los agentes del seguro de salud en los treinta y seis meses anteriores a su entrada en vigencia, por un monto de hasta \$ 3.500.000 por vial/dosis.

A su turno, la Secretaría de Comercio Interior, en la órbita del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, a través de su resolución 202/2020, del 30 de junio de 2020, estableció para el *nusinersen* un precio máximo de venta de USD 27.000 por vial/dosis, convertido a pesos al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina del día anterior a la fecha de pago, el que resulta aplicable en todo el país, para las compras que fueran efectuadas tanto por el Estado Nacional como por los agentes del seguro de salud.

8°) Que se ordenó dar traslado a las partes del informe elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación, en el que se detallan las nuevas disposiciones referidas, así como del realizado por la Academia Nacional de Medicina -los que fueron solicitados por el Tribunal como medida para mejor proveer- cuyas contestaciones obran en el expediente (escritos incorporados de manera electrónica el 20, 21 y 24 de agosto de 2020).

Cabe indicar que, al contestar dicho traslado, los actores manifestaron que habían iniciado el proceso de ejecución de la sentencia apelada ante el juzgado correspondiente y que, como consecuencia de ello, su hija había recibido las cuatro dosis de carga con *nusinersen*

peticionadas en este caso -los días 21 de febrero, 6 y 20 de marzo y 17 de abril de 2020- sin presentar efectos adversos (escrito incorporado a la causa electrónicamente el 24 de agosto de 2020).

9°) Que tras la reseña de los antecedentes de la causa, así como de las normas en vigencia atinentes a la autorización, a la cobertura y al costo del medicamento que se solicita, cabe poner de relieve que no se halla debatido en el *sub lite* que la niña es afiliada a la obra social demandada y padece atrofia muscular espinal tipo II, así como tampoco que el médico especialista que la atiende le ha indicado el tratamiento con *nusinersen*, consistente en una fase de carga con cuatro dosis/viales de 12 mg./5 ml cada una.

La cuestión controvertida consiste, entonces, en determinar si, con los alcances definidos actualmente por las disposiciones señaladas, la obra social demandada debe, o no, brindar a la hija de los actores la cobertura de la prestación que se le requiere.

10) Que, con tal comprensión, cabe señalar que en virtud de las nuevas normas reseñadas -que resultan plenamente aplicables al caso y cuya constitucionalidad no ha sido objetada por las partes- si bien se excluyó del PMO el principio *nusinersen* para la atrofia muscular espinal que se solicita, se indicó también que los agentes del seguro de salud deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos que hubieran iniciado para determinados pacientes (resolución 1115/2020 del Ministerio de Salud de la Nación); a la par que se estableció un sistema estatal, a través del que se autoriza al agente del seguro de salud que hubiera brindado dicha prestación a petitioner un reintegro de hasta \$ 3.500.000 por las compras del medicamento efectuadas dentro de los 36 meses anteriores a su entrada en vigencia (resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud).

En función de ello, es particularmente relevante para decidir esta cuestión que, como surge de las constancias agregadas a la causa, como producto de la ejecución de la sentencia apelada, la obra social demandada ha proporcionado a la hija de los actores el medicamento requerido durante la vigencia de la resolución 1452/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud, hoy derogada, que ponía aquel a su exclusivo cargo.

11) Que en razón de todo lo expuesto, dada la modificación del cuadro normativo atinente a la autorización y responsabilidad de las entidades

que conforman el sistema de salud en la cobertura de la prestación reclamada en el *sub lite*, el hecho de que la manda contenida en el fallo apelado ya ha sido satisfecha y en tanto la demandada tiene derecho a obtener determinado reembolso por las erogaciones efectuadas, corresponde disponer la confirmación de la sentencia apelada con arreglo a las actuales circunstancias fácticas y jurídicas del caso.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con el alcance indicado en los considerandos precedentes. Costas por su orden en atención a la índole de las cuestiones debatidas (art. 68 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas**, representada por el **Dr. Santiago Miguel Villa**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Pablo R. Tanger y Eduardo Luis Prina**.

Traslado contestado por **M. L. C. y H. M. B.**, en representación de su hija menor de edad **V.A.B.**, con el patrocinio letrado del **Dr. Andrés B. Moreno**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Paraná**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 2 de Concepción del Uruguay**.

CHUKWUDI, ANTHONI s/ INCIDENTE DE RECURSO EXTRAORDINARIO

ADUANA

La decisión del legislador de equiparar la sanción de la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado se asienta en que para la configuración del delito de contrabando resulta irrelevante que la mercadería logre o no ser retenida por la Aduana, pues el bien jurídico protegido por esta figura no consiste en la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las

importaciones y las exportaciones (art. 863 del Código Aduanero); así, el delito se perfecciona en cuanto se dificulta el adecuado ejercicio de ese control, sin que resulte necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal.

CONTRABANDO

El delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisfaca ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio (art. 863 del Código Aduanero), de allí que la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presenten en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento.

CONTRABANDO

Toda vez que en el curso del breve “iter criminis” que conduce de la tentativa a la consumación del contrabando, la entidad del delito no presenta una significativa variación de matices, cabe concluir que la misma se encuentra razonablemente atendida con la variación de la magnitud de la pena que permite la escala punitiva prevista para este delito.

CONTRABANDO

La equiparación de la escala penal entre la tentativa y la consumación del contrabando aparece normativamente combinada y correlacionada con las escalas previstas para los distintos tipos penales de contrabando que, por su amplitud, proveen al juez de la libertad necesaria para individualizar la sanción según la gravedad del hecho verificado en el caso concreto sometido a su juzgamiento (arts. 862 a 867 del Código Aduanero).

CONTRABANDO

La equiparación de la escala penal entre la tentativa y la consumación del contrabando no contradice, en este caso, principios constitucionales,

pues la posibilidad de apartarse de la regla del art. 44 del Código Penal está contemplada en el art. 4° del mismo código cuando estipula que sus disposiciones generales se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario, por lo cual la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22.

CONTRABANDO

No resulta objetable la decisión legislativa de equiparar la escala penal prevista para la tentativa y la consumación del contrabando, en tanto encuentra adecuado sustento en la misma naturaleza del delito de contrabando, donde el corto camino a transitar entre uno y otro momento consumativo desdibuja -en los casos más usuales- cualquier diferencia sustancial entre hechos consumados y tentados.

CONTRABANDO

La equiparación de la escala penal entre la tentativa y la consumación del contrabando no resulta inconstitucional, pues en el universo de las diversas soluciones válidas para diseñar la respuesta punitiva, el poder legislativo optó y, en vez de establecer dos escalas penales diferentes para el delito consumado y la tentativa -una mayor que la otra-, para ambos supuestos escogió una escala penal única, pero de mayor amplitud; de este modo, la normativa adoptada habilita a que, en cada caso en concreto, el magistrado competente estime el monto de pena de manera acorde a la culpabilidad del justiciable, la magnitud del injusto y la afectación del bien jurídico tutelado.

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad de una norma 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, por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada

por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución.

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

A los fines de la declaración de inconstitucionalidad es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso, en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia.

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

El mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse.

DIVISION DE LOS PODERES

Por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho, el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto; solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una decisión que resulta equiparable a sentencia, proviene del superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una dis-

posición que forma parte de una ley del Congreso -art. 872 del Código Aduanero- y la decisión apelada es contraria a esa validez.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El caso traído a conocimiento de V.E. suscita el examen de cuestiones análogas a las examinadas tanto en el dictamen emitido el 25 de septiembre de 2014 en el expediente A 363, L XLIX, “A, Sharon Mae c/s/ causa n° 15507”, como en el fallo “C, Luis Adolfo” -CSI 408/2014 (50-C)/CS1-, del 3 de mayo de 2016.

En consecuencia, y por aplicación del criterio en ellos expresado, cuyos fundamentos y conclusiones resultan aplicables al caso, mantengo el recurso de queja articulado por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Buenos Aires, 8 de agosto de 2017.
Eduardo Ezequiel Casal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 condenó a Anthoni Chukwudi como coautor del delito de contrabando en grado de tentativa, agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, por la intervención de tres o más personas y por la utilización de un documento falso (arts. 45 y 55 del Código Penal, 863, 864 inc. d, 865 incs. a y d, 866 segundo párrafo,

871 y 872 del Código Aduanero). En consecuencia, le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, con la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare, inhabilitación especial por seis meses para el ejercicio del comercio, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad, inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como empleado o funcionario público e inhabilitación absoluta perpetua por el término de la condena para el ejercicio de la patria potestad, de la administración de bienes y derecho a disponer entre ellos por actos entre vivos.

2º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, declaró la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, anuló parcialmente la sentencia impugnada y, luego de disponer el apartamiento del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3, ordenó remitir la causa a la Secretaría General para que se sortee un nuevo tribunal que -previa audiencia con presencia de las partes- fije las sanciones para el causante conforme la doctrina sentada en su pronunciamiento.

3º) Que contra dicho decisorio, el señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación derivó en la interposición de la presente queja, mantenida por el señor Procurador General de la Nación interino.

En sustento de su impugnación, el fiscal apelante invoca una cuestión federal compleja, por entender que la interpretación realizada por los integrantes de la Sala II ha desvirtuado y tornado inoperante la letra de la ley, lo cual equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos. Atento a que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de gravedad institucional, el recurrente asevera que la equiparación de penas establecida en el art. 872 del Código Aduanero entre el contrabando y su tentativa no se presenta arbitraria, sino que responde a la discreción legislativa, ámbito reservado a otros poderes del Estado, en que el Poder Judicial no puede irrumpir.

Por todo ello, concluye que la decisión apelada consagra una interpretación irrazonable de la normativa aplicable al caso, lo que la descalifica como acto judicial válido, a la luz de la doctrina de la ar-

bitrariidad de sentencias, la cual procura asegurar las garantías de defensa en juicio y debido proceso, que también amparan al Ministerio Público Fiscal.

A su turno, el señor Procurador Fiscal se remitió al criterio expresado tanto en su presentación en el expediente CSJ 363/2013 (49-A)/CS1 “Armstrong, Sharon Mae s/ causa n° 15507”, del 25 de septiembre de 2014, como en el fallo CSJ 408/2014 (50-C)/CS1 “Cantarell, Luis Adolfo s/ causa n° 54/2013”, del 3 de mayo de 2016.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una decisión que resulta equiparable a sentencia definitiva (cfr. lo decidido en las causas FSA 74000156/2012/TO1/9/1/RH1 “Tiznado Azañedo, Roger y otro s/ infracción ley 22.415”, resuelta el 26 de septiembre de 2017; CPE 326/2012/TO1/7/1/RH2 “Actuaciones por separado de la causa Villalba, Mariano Rafael s/ infracción ley 22.415”, sentencia del 5 de diciembre de 2017; CPE 584/2012/TO1/4/1/1/RH1 “Val Pardo, Roberto César s/ infracción ley 22.415”, del 12 de diciembre de 2017, entre otros), proviene del superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso –art. 872 del Código Aduanero- y la decisión apelada es contraria a esa validez (art. 14, inciso 1°, de la ley 48; Fallos: 311:1451 y sus citas; 324:2153 y 329:3680).

Además, la cuestión debatida se halla indisolublemente ligada a la interpretación de las normas federales que establecen el delito de contrabando en los aspectos relacionados con la determinación del bien jurídico protegido y la estructura y características de la conducta típica, y la decisión ha sido contraria a la pretensión favorable a la constitucionalidad de la norma citada en el párrafo anterior que el apelante ha fundado en ellas, lo cual también torna procedente la impugnación federal.

5°) Que la cuestión traída a estudio de este Tribunal consiste en determinar la constitucionalidad de la disposición contenida en el art. 872 del Código Aduanero, que reprime al contrabando consumado con la misma escala penal que cuando el delito queda en estado de conato. Ello así, toda vez que allende las diversas agravantes aplicadas, se trata del tipo penal básico aquí atribuido.

Por su especial relevancia para la solución del presente caso, corresponde tener presentes los siguientes principios rectores.

En primer lugar y según inveterada doctrina de esta Corte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma 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: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91 y 331:1123, entre muchos otros). Por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 324:3219).

En segundo lugar y para atender a estos estándares, es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (Fallos: 311:1451, considerando 9°), en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia (Fallos: 324:3219, considerando 10 y su cita).

En tercer lugar, es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). En ese sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho: “... *el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto...*” (Fallos: 241:121; 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256 y 329:385, entre muchos otros).

6°) Que para ingresar al análisis del caso aquí planteado, resulta necesario recordar que las razones en que se funda la equiparación

normativamente consagrada fueron debidamente explicadas en la Exposición de Motivos de la ley 22.415, donde se proponía el mentado art. 872 para el Código Aduanero, en correspondencia con el art. 190, apartado 1 de la Ley de Aduana “(...) *manteniéndose el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado, pero se introduce una variante de redacción que se considera técnicamente más correcta ya que destaca que la equiparación reside en el aspecto punitivo. Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (Código de Aduanas de Francia, art. 409), en razón de que la modalidad de delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común*” (en Exposición de Motivos, Código Aduanero de la República Argentina. Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 310).

7°) Que según se aprecia, la decisión del legislador se asienta en que para la configuración del delito de contrabando resulta irrelevante que la mercadería logre o no ser retenida por la Aduana. Ello así, toda vez que el bien jurídico protegido por esta figura no consiste en la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones (cfr. art. 863 del Código Aduanero). Así, el delito se perfecciona en cuanto se dificulta el adecuado ejercicio de ese control, sin que resulte necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal (cfr. “Legumbres S.A.” en Fallos: 312:1920, en especial, considerandos 7°, 8°, 14 y 16, y sus citas).

Lo mismo vale para los perjuicios para la salud o la seguridad públicas, el medio ambiente, etc., que pudiera provocar el ingreso de la mercadería que no pudo ser retenida. En todo caso, estos perjuicios bien pueden constituir la razón última que explique y justifique la adopción de un determinado arancel, restricción o prohibición aduaneros, pero no forman parte del delito, de modo que su ausencia no podría tener ninguna incidencia en la punibilidad de la tentativa.

8°) Que en línea con lo expuesto precedentemente y de acuerdo a una apropiada interpretación de la normativa vigente, el delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisface ya con que

se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio (art. 863 del Código Aduanero).

De allí que la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presenten en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento.

Por consiguiente, en el curso del breve '*iter criminis*' que conduce de la tentativa a la consumación del contrabando, la entidad del delito no presenta una significativa variación de matices, por lo que cabe concluir que la misma se encuentra razonablemente atendida con la variación de la magnitud de la pena que permite la escala punitiva prevista para este delito.

De hecho, cabe destacar que la cuestionada equiparación aparece normativamente combinada y correlacionada con las escalas previstas para los distintos tipos penales de contrabando que, por su amplitud, proveen al juez de la libertad necesaria para individualizar la sanción según la gravedad del hecho verificado en el caso concreto sometido a su juzgamiento (cfr. arts. 862 a 867 del Código Aduanero).

9°) Que por otra parte, el *a quo* sostuvo que de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena se deriva un postulado -recogido por nuestra tradición doctrinaria y legislativa- según el cual al delito tentado se le asigna una pena inferior que al delito consumado y, por entender que la norma aduanera se apartaba de esta regla, concluyó que resultaba inconstitucional.

En ese sentido, es indiscutible que el art. 44 del Código Penal prevé una reducción de la sanción del delito tentado, lo que evidencia que el legislador estableció una regla, en principio general, de la que surge la particular escala penal atenuada aplicable a los casos en que la ausencia de disvalor de resultado conduce a un menor contenido de ilicitud del injusto.

Sin embargo y sin abrir juicio sobre la constitucionalidad de otras cuestiones ajenas a esta litis, es notorio que la citada regla convive con otros supuestos del mismo código en los que el legislador, por distintas

razones, ha considerado que la ausencia de cierto disvalor de resultado no incide de manera relevante en el juicio de gravedad global del contenido de ilicitud y, por ende, en ciertos casos, ha recurrido a otras soluciones normativas.

Esto es, precisamente, lo que ocurre en esta materia, en cuyo ámbito -en virtud del modo en que ha sido concebido el delito en función del bien jurídico protegido- el legislador también decidió alejarse de la regla prevista en el art. 44 y equiparó la escala penal del delito consumado y en tentativa, una solución que, por las razones aquí plasmadas, no contradice, en este caso, los citados principios constitucionales.

Por lo demás, la posibilidad de apartarse de la regla del art. 44 del Código Penal está contemplada en el art. 4° del mismo código cuando estipula que sus disposiciones generales “*se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario*” (el resaltado es propio).

10) Que por ello, con independencia de si se comparte el criterio escogido por el legislador en esta materia, lo aquí expuesto permite concluir que la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22.

De hecho, a la luz de estos principios, no resulta objetable la decisión legislativa de equiparar la escala penal prevista para la tentativa y la consumación, en tanto encuentra adecuado sustento en la misma naturaleza del delito de contrabando, donde el corto camino a transitar entre uno y otro momento consumativo desdibuja -en los casos más usuales- cualquier diferencia sustancial entre hechos consumados y tentados.

En el universo de las diversas soluciones válidas para diseñar la respuesta punitiva, el poder legislativo optó y, en vez de establecer dos escalas penales diferentes para el delito consumado y la tentativa -una mayor que la otra-, para ambos supuestos escogió una escala penal única, pero de mayor amplitud. De este medio, la normativa adoptada habilita a que, en cada caso en concreto, el magistrado competente

estime el monto de pena de manera acorde a la culpabilidad del justiciable, la magnitud del injusto y la afectación del bien jurídico tutelado.

Por ello, con base en circunstancias sustantivas directamente ligadas con el bien jurídico tutelado -ajenas a razones de mera índole probatoria o procesal-, la solución adoptada se inscribe dentro del ejercicio discrecional y razonable de las facultades constitucionalmente acordadas al legislador, lo que, a su vez, impide tachar de inconstitucional la norma impugnada.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo propiciado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quién corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Notifíquese y cúmplase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3.**

**TORRES LÓPEZ, JUAN BAUTISTA Y OTRO C/ CASA SALUD -
SISTEMA ASISTENCIAL S/ AMPARO**

MEDICINA PREPAGA

Corresponde a la justicia federal entender en una acción dirigida a que se deje sin efecto el incremento de la cuota de la cobertura médica dispuesto en función de la edad del afiliado, pues el objeto del litigio conduce, prima facie, al examen de las obligaciones impuestas a las entidades de medicina prepaga por la ley 26.682, especialmente, en su artículo 17, por lo cual, más allá de la relevancia de los aspectos de consumo eventualmente involucrados, cabe estar a la doctrina según la cual los pleitos

que versan, en último término, sobre situaciones regidas por normas federales deben tramitar ante el fuero federal en razón de la materia.

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

CUESTIONES DE COMPETENCIA

La solución de las contiendas de competencia exige atender al relato de los hechos contenido en la demanda e indagar acerca de la naturaleza y el origen de la pretensión.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado de Familia 7 y el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal 2, ambos con asiento en la ciudad de La Plata, discrepan sobre su competencia para conocer en esta acción dirigida a que se deje sin efecto el incremento de la cuota de la cobertura médica (v. resoluciones digitales del 30/06/20 y 07/07/20).

La jueza provincial rechazó la radicación fundada en que se demanda a un agente del sistema de salud (art. 38, ley 23.661); mientras que su par federal lo hizo apoyado en que la prestadora es una persona pública no estatal -dependiente de la Caja de Previsión Social para Abogados de Buenos Aires- que no está inscripta en el registro respectivo y en que no se discuten cuestiones que puedan proyectarse sobre la estructura y el funcionamiento del sistema sanitario nacional.

Ratificada la declinatoria por la magistrada provincial (ver resolución del 24/08/21), se suscitó un conflicto de competencia que debe dirimir esa Corte, con arreglo al artículo 24, inciso 7, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

Cabe anotar que no consta que la medida cautelar haya sido tratada por los jueces contendientes (v. ítem IV del escrito en formato digital del 27/06/20).

-II-

La solución de las contiendas de competencia exige atender al relato de los hechos contenido en la demanda e indagar acerca de la naturaleza y el origen de la pretensión (Fallos: 344:776, “Pérez”; y 344:2080, “S., N.E. “; entre otros).

En ese marco, la acción persigue que se invalide el aumento de la cuota mensual dispuesto por Casa Salud - Sistema Asistencial, en función de la edad del afiliado, pues no habría sido autorizado por la Superintendencia respectiva. Alega que el incremento alcanzó al setenta y cinco por ciento del valor de la cuota que abonaba hasta abril de 2019, antes de cumplir treinta y un años. Funda el amparo, centralmente, en los artículos 17 y 26, inciso b), de la ley 26.682 en su decreto reglamentario 1193/2011 y en la ley 24.240 (ver escrito en formato digital presentado el 27/06/20).

En esas condiciones, el objeto del litigio conduce, *prima facie*, al examen de las obligaciones impuestas a las entidades de medicina prepaga por la ley 26.682, especialmente, en su artículo 17. Por ello, más allá de la relevancia de los aspectos de consumo eventualmente involucrados, cabe estar a la doctrina según la cual los pleitos que versan, en último término, sobre situaciones regidas por normas federales deben tramitar ante el fuero federal en razón de la materia (CIV 81242/2019/CS1, “Schek, Gustavo Alberto c/ Swiss Medical S.A. s/ daños y perjuicios”, del 13/08/20; CCF 9288/2019/CS1-CA1, “Delmenico, Cecilia c/ CEMIC s/ amparo de salud”, del 09/09/21; FCR 15953/2018/CS1, “P., C. A. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Pcia. del Chubut s/ amparo”, del 11/12/18; CSJ 89/2019/CS1, “B., S.T. c/ A.M.E.B.P.B.A. s/ amparo de salud”, del 7/3/19, y Fallos: 344:1253, “S., S.I. “; entre otros).

-III-

Por lo expuesto, dentro del acotado marco cognoscitivo en el que se deciden estos conflictos, opino que la causa debe radicarse ante el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal n° 2 de La Plata, al que habrá de remitirse, a sus efectos. Buenos Aires, 3 de noviembre de 2021. *Víctor Ernesto Abramovich Cosarin.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2021.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal n° 2 de La Plata, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado de Familia n° 7 del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

B., J. C. c/ CENTRO DE EDUCACIÓN MÉDICA E
INVESTIGACIONES CLÍNICAS NORBERTO QUIRNO
(CEMIC) s/ AMPARO LEY 16.986

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Las contiendas de competencia planteadas entre tribunales de distinta jurisdicción deben ser resueltas por aplicación de las leyes nacionales de procedimientos.

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

INCOMPETENCIA

La oportunidad de los tribunales de origen para desprenderse de las actuaciones sólo puede verificarse al inicio de la acción o al resolver una excepción de esa naturaleza, lo cual reconoce fundamentos vinculados a la seguridad jurídica y a la economía procesal

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

INCOMPETENCIA

De acuerdo con las pautas previstas en los artículos 4°, 10 y 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es extemporánea la declaración de incompetencia adoptada por la cámara provincial luego de haber recaído sentencia de primera instancia que pone fin al proceso y sin que el aspecto de la competencia haya sido objeto de agravio por los apelantes.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, al intervenir en los recursos deducidos por la demandada y por su letrada contra la sentencia de grado que declaró abstracta la cuestión, impuso las costas a la accionada y reguló los honorarios, declinó conocer en el pleito y ordenó remitirlo a la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (fs. 63, 68/70, 71, 72 y 81/83).

En suma, sostuvo que la materia sobre la que se pretende su intervención es extraña a su competencia pues el amparo persigue que se condene al CEMIC –prestador privado comprendido en la normativa sobre obras sociales– a cubrir las prestaciones que le fueron requeridas con apoyo principal en las leyes 22.431, 24.901 y 23.660, y ese extremo compromete la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional. Dijo que los tribunales locales deben apartarse de oficio en estos casos, en cualquier etapa del proceso y cualquiera sea la calidad de las partes, ya que la competencia federal es privativa, excluyente e improrrogable.

A su turno, la Sala II de la Cámara Federal de San Martín desestimó la radicación basada en que sólo la Corte cuando interviene en instancia originaria y los jueces federales con asiento en las provincias pueden inhibirse en cualquier estado del proceso, mientras que los restantes órganos deben ajustarse a las ocasiones previstas en los artículos 4, 10 y 352 del Código Procesal. Señaló que lo atinente a la jurisdicción debe ser objetado y resuelto oportunamente y que esa conclusión se asienta en los principios de seguridad jurídica y economía procesal.

En ese marco, sostuvo que la jueza local admitió tácitamente su competencia y que ello fue consentido por las partes, de modo que la cámara no se hallaba habilitada para declinar de oficio y fuera del ámbito recursivo la competencia foral (cfr. fs. 90/ 91).

Finalmente, el tribunal local giró el expediente a la Corte para que resuelva la disputa (fs. 94).

En tales términos, quedó trabado un conflicto que toca dirimir al Tribunal con arreglo al artículo 24, inciso 7, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

-II-

Previo a todo, corresponde señalar que el amparo se promovió ante el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial n° 9 de San Isidro, a fin de que la demandada proporcionara una prótesis y repusiera una silla de ruedas (esp. fs. 12/13).

En ese marco, el actor hizo saber al tribunal que la accionada dio cumplimiento a las prestaciones requeridas, entregándole la prótesis y la silla respectiva, lo que condujo a la jueza a declarar abstracta la tutela que se pretendió obtener y a tener por extinguido el objeto del amparo y, con ello, la acción incoada, con costas a la demandada. Adujo que esa parte dio lugar a la promoción del juicio porque el actor se vio obligado a litigar para acceder a su pretensión (esp. fs. 62 y 63).

La decisión fue apelada por el CEMIC –con apoyo principal en que la jueza omitió expedirse sobre la legitimidad de la conducta desplegada por el prestador– y por su abogada, lo que condujo, al cabo, a la declinatoria de la alzada departamental, resistida por la cámara federal (esp. fs. 68/70, 71, 72, 73, 81/83 y 90/91).

-III-

Las contiendas de competencia planteadas entre tribunales de distinta jurisdicción deben ser resueltas por aplicación de las leyes nacionales de procedimientos (ver doctrina de Fallos: 330:1629, “Pirelli Neumáticos SAIC”, entre otros).

En ese marco, corresponde recordar que la oportunidad de los tribunales de origen para desprenderse de las actuaciones sólo puede verificarse al inicio de la acción o al resolver una excepción de esa naturaleza, lo cual reconoce fundamentos vinculados a la seguridad jurídica y a la economía procesal (doctr. de Fallos: 327:743, “Damasco”, 329:2810, “GCBA”, 329:4184, “Vieytes”, entre muchos otros).

En autos, de acuerdo con las pautas previstas en los artículos 4°, 10 y 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es extemporánea la declaración de incompetencia adoptada por la cámara provincial luego de haber recaído sentencia de primera instancia que pone fin al proceso y sin que el aspecto de la competencia haya sido objeto de agravio por los apelantes (v. Fallos: 330:625, “Federico”, 335:371, “General Motors de Argentina SRL”; 343:1657, “Lima”; y CSJ 1295/2021/CS1, “T. O., B. M. s/ amparo”, sentencia del 19 de agosto de 2021, entre otros).

Con sujeción a dicha doctrina, considero que la Sala III de la Cámara 1ª de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, deberá intervenir en las apelaciones articuladas en el proceso. Buenos Aires, 18 de octubre de 2021. *Víctor Ernesto Abramovich Coscarin*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que las presentes actuaciones continuarán con su trámite por ante la Sala III de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a la que se le remitirán. Hágase saber a la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

COIHUE S.R.L. c/ SANTA CRUZ, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN
DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DAÑOS Y PERJUICIOS

DERECHO DE PROPIEDAD

La regulación de la Provincia de Santa Cruz al vedar -por décadas- la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras, hasta el dictado de un plan de manejo del área que nunca vio la luz, afectó en forma arbitraria el derecho de propiedad y de comerciar de la parte actora; en tanto el proceder de la provincia revela, en este aspecto puntual, una ausencia de razonabilidad y coherencia, y demuestra una irresolución que colocó en una situación de incertidumbre jurídica la posición subjetiva de la actora sin instrumentar medidas apropiadas para conjugar armónicamente la tutela ambiental y el desarrollo sustentable del área en cuestión (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

La conducta observada por la provincia demandada -impedir de modo prácticamente absoluto el derecho a disponer de la propiedad y de comerciar, supeditado al dictado de un plan de manejo de área que ella misma debía sancionar y que no ha hecho- importa una alteración esencial a los derechos constitucionales de la actora, pues no se trata de discutir la finalidad de tutela ambiental aducida por la provincia ni sus competencias constitucionales a tal efecto, sino de reprobado la desidia en que incurrió al prohibir (en forma indiscriminada) toda actividad de la actora y no concretar, tal como era su deber, el respectivo plan, que era y es -precisamente- la herramienta ambiental ideada por la propia provincia para la adecuada gestión del área y el respeto al derecho de propiedad y de comerciar de la actora (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

Toda vez que la decisión de las autoridades provinciales que mantuvo indefinidamente un esquema transitorio de prohibiciones se exhibe como una afectación ilegítima del derecho de propiedad de la parte actora; en paralelo que ese proceder tropieza con la propia irresolución de las autoridades provinciales al no determinar -en concreto- los alcances

específicos de las restricciones con mira a la tutela ambiental y, en caso que el sacrificio excediese las normales cargas de la vida en sociedad, resarcir el perjuicio (artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional), ello torna admisible la responsabilidad del estado provincial por actividad ilícita (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

PROVINCIAS

Dado que la prohibición dispuesta por la Provincia de Santa Cruz a hacer subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras (vigente al momento de iniciarse las actuaciones, entre otras, por la ley 2492 y en la disposición 6/2004 del Consejo Agrario) constituye una vulneración inconstitucional de los derechos de propiedad de la parte actora; el cumplimiento de tales prohibiciones, previstas en las normas citadas o en cualquier otra que las sustituya, no puede ser exigido a la actora hasta que aquella establezca el régimen definitivo de restricciones al dominio aplicable a los inmuebles privados ubicados dentro del Parque Provincial Península de Magallanes y tampoco la disposición 6/2004 en cuanto le impide ofrecer todo tipo de servicios al turismo (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda y voto del juez Ronsenkranz).

PROVINCIAS

Si bien el plazo transcurrido ha sido más que suficiente para que las autoridades provinciales adoptasen el llamado plan de manejo, es decir, un régimen definitivo y razonable de limitaciones al dominio dentro del Parque Provincial Península de Magallanes resulta prudente abrir un breve e improrrogable período posterior a la sentencia de la Corte dentro del cual la parte demandada tenga la posibilidad de adoptar esa medida, ello para no menoscabar su legítimo propósito de preservar el ambiente (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda y voto del juez Ronsenkranz).

PROVINCIAS

Si bien en las áreas protegidas, por principio, la actividad humana debe estar restringida y subordinada a la conservación y queda sujeta a un régimen especial y distinto a los espacios no protegidos, ese indiscutible reconocimiento no aminora la manifiesta ilegitimidad de la provincia

demandada, al no asumir su deber de determinar en concreto el régimen de usos, y en caso de considerar que las restricciones impactaran sobre los elementos esenciales del dominio, reparar el sacrificio patrimonial experimentado tal como exige el artículo 17 de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

Las palabras libertad y propiedad, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio y cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

Las normas constitucionales sobre la propiedad y su inviolabilidad en nada obstan para sostener y propugnar que el derecho de propiedad tiene una función social, y que su cumplimiento es exigible razonablemente por el estado, tanto a favor del estado mismo -por ej., en las cargas fiscales- como en numerosas políticas generales de bienestar general y de desarrollo, como en el área de las relaciones entre particulares (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE TRABAJAR

El texto constitucional se encarga de reconocer el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y comerciar (artículo 14), así la importancia de la industria y el comercio libre dentro del territorio de la Nación queda puesta de manifiesto a lo largo de su articulado, que impide la existencia de aduanas interiores (artículos 9 y 10), reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los ciudadanos (artículo 20), promueve el establecimiento de nuevas industrias y la importación de capitales extranjeros (artículo 75, inc. 18), procura el progreso económico con justicia social y la productividad de la economía nacional (artículo 75, inc. 19) y busca la unificación de las regulaciones comerciales (artículos 75, inc. 12 y 126) (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter de absoluto, toda vez que un derecho ilimitado sería una concepción antisocial (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Los derechos no son absolutos y tampoco lo son las atribuciones de los poderes públicos a la hora de reglamentarlos; en el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional (artículos 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional) (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

REGLAMENTACION DE LA LEY

La atribución de reglamentar los derechos presupone no solo la actuación del órgano habilitado constitucionalmente para hacerlo, con observancia del procedimiento previsto al efecto, sino también el respeto por su contenido esencial (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

REGLAMENTACION DE LA LEY

Los derechos constitucionales no pueden sufrir un menoscabo que importe aminorar sus atributos nucleares, a punto tal de desnaturalizarlos y dejarlos vacíos de sentido, por lo cual el legislador no puede alterar la sustancia o esencia de los derechos constitucionales de propiedad (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

REGLAMENTACION DE LA LEY

La reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

RAZONABILIDAD DE LA LEY

El principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales y exige que sus conductas (en lo que se hace y en lo que se deja de hacer) estén primariamente fundadas en las exigencias constitucionales, antes que en el capricho o el libre arbitrio y la nuda voluntad de las autoridades nacionales, provinciales y municipales (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

Los constituyentes de 1994, en el artículo 41 de la Ley Fundamental, dejaron establecido el derecho a 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; y tienen el deber de preservarlo; ese derecho-deber exige a las autoridades proveer a su protección, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

El medio ambiente comprende el conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema; es un conjunto porque está compuesto por una pluralidad de elementos reconocibles en su individualidad; son heterogéneos ya que algunos tienen vida y otros solo existencia, pueden ser naturales o artificiales; poseen un funcionamiento integrado habida cuenta que los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de coexistencia y/o convivencia (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

En la mirada del constituyente se aprecia al ambiente como un sistema en el que el hombre (en su faz individual y colectiva) tiene el deber de asegurar (y/o contribuir) que sus elementos heterogéneos (naturales y culturales) interactúen en equilibrio (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

La tutela ambiental no se concentra en una visión antropocéntrica, pues la Constitución consagra la protección ambiental como un derecho-deber del individuo y de la sociedad en su conjunto y el ser humano, en tanto no es el creador de la naturaleza, tampoco puede ser el justificador intelectual de su protección o desprotección; de modo que, en nombre de cierta calidad de vida humana no podría convalidarse (ni ética ni jurídicamente) el perjuicio al equilibrio medioambiental (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

Al ser el ambiente un bien que excede al ser humano y a su tiempo presente, la Constitución impone un deber de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sustentable (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

La sustentabilidad expresa una concepción humanista y antimercantilista que, al preservar el patrimonio ambiental gestado en una continuidad generacional para que subsista en el futuro, no hace sino traducir (en el idioma de la naturaleza y de la cultura) el concepto mismo de Nación (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

El cuidado del medio ambiente (su uso racional) requiere la convergencia de quien produce (internalizando al ambiente como un bien antes

que un costo) y de quien consume (racionalizando sus pautas de consumo) y, en ese contexto, las autoridades públicas tienen el indelegable deber de educar en el consumo y de regular -en forma razonable- las actividades productivas en función de la política ambiental (artículos 41 y 42, Constitución Nacional) (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

En materia ambiental, la Constitución se encarga de realizar un explícito reparto de competencias entre la Nación y las provincias, correspondiendo a la primera el dictado de los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las segundas su complementación; este nivel de regulación complementaria puede ser diferente entre los Estados miembros, quienes tienen como única limitación respetar el nivel básico, uniforme para todos ellos (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

Las limitaciones administrativas a la propiedad privada que se establecen con fines medioambientales son -dado su carácter- de índole local y sujetas -por supuesto- al principio de razonabilidad (artículos 5°, 28, 41, 121 y 125, Constitución Nacional) (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

PROVINCIAS

Toda vez que la Constitución Nacional -y la de la Provincia de Santa Cruz- reconocen el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, y el deber de las autoridades de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural, como así también a la diversidad biológica, la decisión de la demandada que declara un área de su territorio como Reserva o Parque Provincial se inscribe en el cumplimiento de tal mandato constitucional y, por lo tanto, no resulta jurídicamente reprochable (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

El punto de equilibrio entre los derechos de propiedad y de comerciar con el “derecho-deber” a un ambiente sano y equilibrado, exige recor-

dar que en el sistema capitalista contemporáneo, Estado y Mercado se necesitan recíprocamente; el Estado demanda del Mercado los recursos económicos sin los cuales resultaría inviable para cumplir con sus cometidos fijados por la Constitución y las normas infra-constitucionales con aquella compatible, y el Mercado demanda del Estado el sostenimiento de reglas de juego que otorguen previsibilidad a los intercambios (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DERECHO DE PROPIEDAD

Dentro de una sociedad que asume las bases del sistema capitalista (caracterizado por el reconocimiento de la propiedad privada, la iniciativa particular y la competencia), la cuestión ambiental inserta a la industria y el comercio -y por ende al consumo- en un contexto de utilización racional y responsable; por lo cual ello exige la prudente actividad reguladora del Estado para estatuir reglas de juego claras, transparentes e igualitarias entre todos los sectores sociales (y potenciales competidores), como así también generar los incentivos idóneos, proporcionados y eficaces para su acatamiento (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

MEDIO AMBIENTE

La regulación estatal razonable constituye un indispensable instrumento de precisión para que el Mercado, en el proceso producción-consumo, internalice al ambiente (el cuidado y uso racional de sus recursos) como un activo antes que como una externalidad negativa y la precisión genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DAÑOS Y PERJUICIOS

El derecho a ser resarcido frente a un daño ilegítimo tiene sustento constitucional; en efecto, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, cláusula que se encuentra entrañablemente vinculada a la idea de reparación (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DAÑOS Y PERJUICIOS

El Estado tiene una obligación ético-jurídica de observar un comportamiento diligente, coherente y ejemplificador, que procure la satisfacción de los intereses de la comunidad y, en paralelo, evite generar daños injustos a los particulares (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La pretensión indemnizatoria, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, tiene como presupuestos para su procedencia: i) la ejecución irregular de un servicio, por acción u omisión, debiendo en este último supuesto diferenciar si se trata de la inobservancia a un mandato de una regla expresa de derecho o de un mandato jurídico indeterminado, en cuyo caso se debe ponderar, por un juicio estricto, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con este y el grado de previsibilidad del daño; ii) la existencia de un daño cierto; y iii) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión y el daño cuya reparación se persigue (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular; así esta idea objetiva de la falta de servicio, por acción o por omisión, encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil -vigente al momento de los hechos-, pues no se trata de una responsabilidad indirecta toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

PERDIDA DE CHANCE

La chance como factor indemnizable requiere: i) la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabili-

dad suficiente ii) la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, no puramente hipotético y iii) que quien se pretende damnificado llegue a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

DAÑO MORAL

Corresponde rechazar el pedido de la sociedad comercial actora para que se repare el daño moral, pues no resulta admisible reconocer a una persona jurídica perjuicios de esa índole (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda y voto del juez Rosenkrantz).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una vez aceptado el derecho de los particulares a demandar judicialmente al Estado por la indemnización de los daños causados por el accionar (lícito o ilícito) de las autoridades, nadie puede ser excluido del ejercicio de ese derecho sin una norma válida que así lo dispusiera (Voto del juez Rosenkrantz).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El incontrastable hecho de que el Estado provincial tenga atribuciones para establecer restricciones al dominio de los particulares en beneficio del bienestar general, no es en modo alguno suficiente para descartar la posibilidad de que las autoridades hayan actuado irregularmente afectando los derechos de los actores (Voto del juez Rosenkrantz).

DERECHO DE PROPIEDAD

Corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la parte actora y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en la ley 2492 de la Provincia de Santa Cruz (y sus antecesoras) y la disposición 6/2004 del Consejo Agrario, pues la severa limitación al ejercicio de los derechos de la parte actora no se debió a urgencias objetivas vinculadas con la protección del ambiente, sino a falencias en el proceso decisorio de las autoridades provinciales, máxime cuando la provincia no ha ofrecido

justificación alguna para haber postergado recurrentemente y, al cabo, para diferir sine die la obligación de sancionar el Plan de Manejo establecida por los artículos 2° y 3° de la ley 2316 y, al mismo tiempo, mantener la prohibición de realizar cualquier explotación sobre los inmuebles pertenecientes a los particulares situados dentro del área protegida (Voto del juez Rosenkrantz).

DERECHO DE PROPIEDAD

Corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la parte actora y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en la ley 2492 de la Provincia de Santa Cruz (y sus antecesoras) y la disposición 6/2004 del Consejo Agrario, pues más allá de la impotencia institucional para dictar la regulación denominada plan de manejo, sobre cuya base los propietarios afectados, como lo es la parte actora, pudieran haber dispuesto de un modo razonable y no ruinoso de sus bienes, omitió adoptar medida alguna para mitigar el daño a los particulares, manteniendo en forma ostinada la prohibición total para realizar actividades económicamente rentables en los inmuebles privados ubicados dentro del área protegida (Voto del juez Rosenkrantz).

RAZONABILIDAD DE LA LEY

De acuerdo con la Constitución Nacional, las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, reserva que comprende la reglamentación del ejercicio de los derechos asegurados a los habitantes por la propia Constitución, sin otra limitación que la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo y la medida en que la reglamentación sea solo eso y no la negación del derecho reglamentado ni de otro alguno garantizado por la Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

RAZONABILIDAD DE LA LEY

Aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Voto del juez Rosenkrantz).

DERECHO DE PROPIEDAD

Las normas y los actos de la provincia demandada que han impedido a la actora explotar sus inmuebles no cumplen con ninguno de los requisitos establecidos por la Corte para predicar la razonabilidad de las leyes y, en general, de la actividad estatal, puesto que no son un medio para el logro de fines legítimos, en tanto la prórroga continua de la prohibición para subdividir los inmuebles y para realizar cualquier tipo de actividad económica en ellos no ha tenido la finalidad de preservar la integridad medioambiental de la Península de Magallanes -que sería la función del omitido plan de manejo del territorio-, sino la de compensar la falla institucional en virtud de la cual el gobierno provincial ha fracasado sistemáticamente en dictar el plan de manejo con el consiguiente régimen de usos permitidos de los terrenos ubicados dentro del área protegida (Voto del juez Rosenkrantz).

DERECHO DE PROPIEDAD

La suspensión para aprobar subdivisiones de los inmuebles propiedad de la parte actora dentro del área protegida Península de Magallanes y para aprobar proyectos de desarrollo en dichos inmuebles, establecida en la ley 2492 de la Provincia de Santa Cruz y en la disposición 6/2004, dictada por el Consejo Agrario Provincial, son una alteración del derecho de aquella para usar y disponer de su propiedad (artículos 14 y 28 de la Constitución) (Voto del juez Rosenkrantz).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Al omitir la Provincia demanda la sanción de la regulación de plan de manejo ha frustrado y cancelado no solamente la posibilidad de que los dueños llevaran a cabo los proyectos de inversión que ellos estaban en condiciones de realizar, sino que la falta de definición de los proyectos admisibles ha impedido que los inmuebles, mediante la forma jurídica adecuada (venta, locación, asociación, etcétera), pudieran ser utilizados por otros agentes económicos que, llegado el caso, estuvieran en mejores condiciones de llevar a cabo una explotación económica sustentable; de esta manera, la decisión tomada por la provincia de someter los inmuebles a un futuro régimen especial que discrimina entre usos permitidos y prohibidos del suelo, pero, al mismo tiempo, negarse a identificar cuáles serían unos y otros es, por sí misma y con independencia de las suspensiones establecidas de manera expresa,

es una agresión a los principios básicos del sistema económico de la Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

DERECHO DE PROPIEDAD

El principio constitucional que manda respetar la propiedad privada -vale la pena insistir- no implica en absoluto la imposibilidad de una adecuada reglamentación para que su ejercicio sea compatible con otros fines constitucionales como lo es, por ejemplo, la promoción de un ambiente sano; pero, sin duda el debido respeto a la propiedad privada conlleva una exigencia constitucional de que tales reglamentaciones sean razonables en todo sentido (Voto del juez Rosenkrantz).

RAZONABILIDAD DE LA LEY

La razonabilidad supone no solamente la existencia de un fin legítimo, sino también la mayor precisión o definición posible de los usos prohibidos en protección del medio ambiente para, de ese modo liberar, los demás usos a la actividad creadora de riqueza; esto último viene exigido por el desempeño que la propiedad está llamada a cumplir en el funcionamiento del sistema económico de la Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

DERECHO DE PROPIEDAD

Las restricciones vigentes en Santa Cruz desde 1993, centralmente por su indefinición respecto de su alcance y de su límite temporal, socavan totalmente el derecho de propiedad, pues en lugar de definir con precisión a qué tiene derecho quien es propietario de un bien dentro del área protegida Península de Magallanes mediante la identificación precisa de las restricciones administrativas necesarias para proteger el ambiente, hacen imposible el acceso a dicha información impidiendo, de ese modo, el uso y la disposición legítima de la propiedad tal como ella es regulada por el Código Civil y Comercial de manera uniforme en todo el territorio de la Nación y asegurada para todos los habitantes por la Constitución Nacional (artículos 14 y 17) (Voto del juez Rosenkrantz).

LUCRO CESANTE

La obligación de indemnizar el lucro cesante presupone que el reclamante se ha visto impedido de obtener ganancias ciertas y determinadas provenientes de una actividad lucrativa que se vio interrumpida o alterada por el hecho dañoso, pero en el caso la actividad de hotelería, es decir, el factor generador de las ganancias nunca se concretó ni tuvo más realidad que la propia de todo proyecto, por lo cual esta circunstancia, impide afirmar que se trata de ingresos ciertos que la actora estaba en condiciones de percibir, pero que se vio impedida de hacerlo por causa de la conducta dañosa de la demandada (Voto del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, de los que

Resulta:

D) Que la empresa Coihue S.R.L. promueve demanda contra la Provincia de Santa Cruz, en la cual persigue dos pretensiones:

En primer lugar, que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2662 y de sus antecesoras -leyes 2492, 2442, 2425, 2387, 2372, 2355 y 2316- por considerarlas contrarias a los derechos constitucionales de propiedad, de trabajar y ejercer el comercio, como así también por desconocer los principios constitucionales de igualdad y razonabilidad (artículos 14, 16, 17, 28, 31 y ccs.). De igual modo, hace extensivo su pedido de inconstitucionalidad respecto de la ley 3466 de “Áreas Protegidas”.

En segundo lugar, que se condene a la provincia a reparar los daños y perjuicios ocasionados a su parte, los que estima, al momento de articular la demanda (noviembre de 2004), en la suma de \$ 14.593.156,12 (o lo que en más o en menos resulte de la prueba), con más intereses (cfr. fs. 60/81 vta. y 930/932).

Comienza su relato explicando que adquirió en la década de 1970 dos terrenos en la Península de Magallanes, Provincia de Santa Cruz. Uno de ellos tiene una superficie de 108 hectáreas y se encuentra ubicado “...en el Departamento de Lago Argentino y su margen inferior linda en un frente de más de 1800 metros con el brazo Rico del Lago Argentino, por donde -a unos escasos 100 metros-, pasa el camino de acceso al Glaciar [Perito] Moreno”. Aclara que sus características lo hacen “una de las pocas tierras aptas de la Península para el desarrollo de diversos emprendimientos, con importantes vistas y panorámicas hacia el Glaciar [...], lagos y montañas...” (fs. 61). El otro predio, de 392 hectáreas, se encuentra próximo al anterior, pero su difícil acceso disminuye la superficie aprovechable.

Sostiene que esas tierras son los únicos bienes que posee la sociedad y que desde el año 1993 ha visto severamente cercenado su derecho de propiedad. Concretamente argumenta que -a partir de la sanción de la ley 2316- los inmuebles quedaron comprendidos dentro del área de la Reserva Provincial Península de Magallanes; y luego, en octubre de 2003, con la sanción de la ley 2662, pasaron a integrar el Parque Provincial Península de Magallanes “Área Natural Protegida”, lo que agrava las limitaciones a su derecho de propiedad.

Explica que, mediante el dictado de sucesivas leyes, se impidieron nuevas subdivisiones catastrales, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras, y que esas limitaciones quedaron supeditadas y a la espera del dictado por parte de la provincia de un “Plan de Manejo del Área” que determinase los usos permitidos y prohibidos. Sin embargo, la falta de sanción del mencionado “Plan de Manejo” (como será denominado en adelante) transformó lo que se postulaba como “transitorio” en restricciones de tiempo indefinido. Por tal motivo, la actora entiende que sus derechos constitucionales de propiedad y de ejercer el comercio fueron avasallados por la demandada, que mantuvo -durante años- gravosas restricciones sobre aquellos (p. ej. la imposibilidad de subdividir los terrenos o llevar a cabo un emprendimiento hotelero) y colocó a su parte en una situación de absoluta incertidumbre jurídica.

Añade que hubo un trato desigual respecto a su parte, toda vez que existen emprendimientos hoteleros ubicados en la zona a los cuales se les habría permitido ampliar sus instalaciones y desarrollar su quehacer comercial (fs. 67 vta. y, en el mismo sentido, fs. 932).

Tal proceder, en la perspectiva de la empresa actora, hace responsable patrimonialmente a la Provincia de Santa Cruz por los daños y perjuicios ocasionados por su conducta ilegítima. Textualmente, en su demanda sostiene que: “...todas las leyes [...] cuya declaración de inconstitucionalidad aquí se impetra, constituyen un marco ilegítimo provocado y creado por la Provincia de Santa Cruz, que ha perjudicado ilícitamente los intereses de [su parte], y es en ese contexto en que debe responder” (fs. 70).

Tras ello, Coihue desarrolla los rubros que entiende resarcibles y los cuantifica en los siguientes términos:

a) Con relación a la actualización y/o adecuación de estudios técnicos, proyectos, asesoramiento, hace referencia al perjuicio que experimentó al encargar distintos estudios y proyectos, algunos anteriores a la sanción de la ley, y otros que realizó frente a las “señales que iba enviando la provincia demandada...” (fs. 71 vta.), cuantifica el rubro en los costos actualizados de la realización de dichos trabajos y reclama \$ 240.000 por ese concepto;

b) Con respecto a la imposibilidad genérica de disponer del inmueble y el menoscabo de su valor, señala que la inviabilidad de lotear, vender fracciones de terrenos y el derecho de preferencia previsto en la legislación a favor de la provincia, impide enajenar los terrenos habida cuenta el estado de incertidumbre que las restricciones generan sobre sus propiedades, y por ese motivo reclama una indemnización de u\$s 2.290.800 o su equivalente en pesos de \$ 6.757.860 (conforme la cotización de la divisa norteamericana al momento de promover la acción).

c) En lo atinente al lucro cesante y/o la “pérdida de chance”, expresa que cualquiera sea el encuadre que corresponda otorgar a los daños, debería tomarse en consideración uno de los proyectos presentados al Estado Provincial para explotar la actividad hotelera en la península que no pudo concretarse por la negativa de la demandada; y en ese orden cuantifica el perjuicio en u\$s 1.596.924 o su equivalente en moneda nacional \$ 4.710.925,8 (según cotización al momento de promover la demanda).

d) En relación con la “pérdida de chance” propiamente dicha, señala que la península se ha convertido, en el último tiempo, en uno de los mayores centros turísticos y en función de las limitaciones impues-

tas por la demandada, se le impide el desarrollo de toda actividad. Por este rubro reclama el 40% de lo solicitado en el punto anterior, esto es, \$ 1.884.370,32.

e) Por último, reclama por daño moral una reparación de \$ 1.000.000.

II) Que a fs. 90/91, esta Corte declara su competencia originaria. Luego de ello, la Provincia de Santa Cruz contesta la demanda de su contraria y solicita su rechazo (fs. 112/125 vta.).

En su presentación, la demandada sostiene que la ley 786 establece el régimen jurídico de los Parques Provinciales, Monumentos Naturales Provinciales y Reservas Provinciales. Y que, en ese marco, la provincia sancionó, el 10 junio de 1993, la ley 2316 por la que creó la Reserva Provincial Península de Magallanes; en función de ello, se previó la elaboración de un “Plan de Manejo del Área” en un plazo de 180 días (y su aprobación por parte de la legislatura en 60 días), y se suspendió por 240 días la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiese comprometer el destino de las tierras de la reserva.

Expresa que en mayo de 1994 se prorrogaron dichos plazos; y si bien el Plan de Manejo no se aprobó se fijaron objetivos de observancia obligatoria para su elaboración.

Sobre esa base, argumenta que en noviembre de 2004 el Consejo Agrario Provincial puso en vigencia un “Programa de Ordenamiento de Usos Públicos para el Parque y Reserva Provincial Península de Magallanes”, “...en el entendimiento de que -ante la falta de un Plan de Manejo definitivo- se hacía igualmente necesario [...] contar con un ordenamiento que [posibilite] el uso sustentable de la región, en un todo de acorde con el manejo que posee el área vecina, Parque Nacional Los Glaciares” (fs. 116).

A la luz de ello, la demandada infiere que no ha procedido en forma arbitraria por cuanto no ha habilitado el uso de la reserva a ningún emprendimiento (público o privado). En tal sentido, postula que “[l]as quejas explicitadas en [la] demanda, son solo reclamos individuales [...], en tanto la Provincia de Santa Cruz se ocupa, dentro de las limitaciones propias de la especificidad y las dificultades que

las cuestiones ambientales provocan, [...] de proteger un bien que es patrimonio de la humanidad. Una reserva de agua y un espacio geográfico cuya afectación de su ecosistema podría provocar la irremediable pérdida de ese ambiente puro y de regocijo para todos aquellos que hacen largas travesías para conocer esas maravillas” (fs. 116/116 vta.).

En tal sentido, la provincia reafirma su competencia para dictar las normas en cuestión sobre la base de su deber de preservar el medio ambiente; en concreto invoca el artículo 41 de la Constitución Nacional y el artículo 73 de la Constitución local, como así también la ley 21.836 que aprueba la “Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural” y la ley 24.295 que adopta la “Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”.

Por último, pide que se rechace el reclamo de la actora relativo al resarcimiento de los daños y perjuicios. Sobre el particular, sostiene que no existen derechos absolutos y que las restricciones al derecho de propiedad se justifican en la satisfacción del bienestar general. Concluye su argumentación señalando que “[l]as limitaciones evidentes al ejercicio absoluto del derecho de propiedad sobre esas tierras por parte de la actora, no son porque el mismo cede por razón [del] interés público frente al Estado, sino porque el Gobierno de la Provincia se ve en la obligación y necesidad de reglamentar o controlar esos actos de disposición, frente a un interés de la humanidad que por intermedio de los organismos internacionales competentes procura la preservación de los reservorios naturales, como es la zona de los glaciares, en beneficio de todos los habitantes del planeta...” (fs. 121 vta./122).

III) Que luego de haberse producido la prueba ofrecida por las partes, la empresa actora presentó su alegato haciendo mérito de ella (cfr. fs. 822/839 vta.). La demandada, por su parte, no hizo uso de esa facultad y la causa fue remitida a la Procuración General de la Nación, quien se expidió en el dictamen de fs. 842.

IV) Que al encontrarse el expediente en condiciones de dictar sentencia, en el año 2016 se publicó en el Boletín Oficial la ley provincial 3466 (“Ley de Áreas Protegidas”); por tal motivo, el Tribunal requirió a la Provincia de Santa Cruz que informase si reglamentó esa norma tal como lo ordena su artículo 45 (fs. 927). La demandada guardó silencio frente a dicha requisitoria.

En ese estado del proceso, invitados los litigantes a manifestar lo que estimasen pertinente con relación a dicha ley, la empresa actora se presentó y cuestionó la constitucionalidad de la ley 3466 por considerar que aniquila su derecho de propiedad, mientras que la provincia demandada omitió toda respuesta (fs. 946 y 947/949).

Considerando:

1°) Que el 20 de marzo de 2007 esta Corte declaró su competencia para entender en este pleito (fs. 90/91, Fallos: 330:1103); sobre dicha base, y teniendo especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde el llamado de autos así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, cabe sostener lo decidido en esa ocasión (arg. doct. “Reynot Blanco”, Fallos: 331:1690, considerando 1° y sus citas).

2°) Que, en resumidas cuentas, la parte actora, propietaria de dos inmuebles en la Península de Magallanes, discute la constitucionalidad de un conjunto de normas ambientales dictadas por la Provincia de Santa Cruz, que en el año 1993 declararon al Área de la Península de Magallanes Reserva Provincial, y luego, en el año 2003, Parque Provincial (leyes 2316 y 2662).

Dicha normativa, a su vez, fue acompañada de leyes temporarias en su génesis, cuyas sucesivas y reiteradas prórrogas a lo largo de los años imposibilitan aun hoy que la empresa actora pueda disponer de su propiedad y desarrollar su quehacer comercial, en tanto prohibieron realizar cualquier acto que pueda comprometer el destino de las tierras hasta que se sancione el Plan de Manejo, que a estar a las constancias de la causa resulta inexistente al día de la fecha.

Así presentado el caso, las partes mantienen una divergencia en el enfoque constitucional que cabe asignar al conflicto. Según la postura de la parte actora las leyes provinciales desconocen sus derechos constitucionales de propiedad y el de ejercer el comercio; según la provincia, la regulación local persigue un fin constitucionalmente legítimo como es la tutela ambiental.

3°) Que en tales condiciones la cuestión a dirimir consiste en determinar si las leyes 2662, 2492, 2442, 2425, 2387, 2372, 2355, 2316

y 3466 sancionadas por la Provincia de Santa Cruz, en cuanto establecen limitaciones al dominio con fines medioambientales sobre inmuebles de la empresa actora, violan el derecho de propiedad consagrado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional; y en caso afirmativo, si corresponde reconocer a esa empresa una indemnización por tal afectación.

A fin de dar respuesta a esta cuestión corresponde: i) en primer lugar, reseñar las normas locales involucradas en el conflicto; ii) en segundo término, evaluar la protección que la Constitución Nacional acuerda a los derechos de propiedad de la actora; iii) en tercer orden, evaluar la incidencia de las regulaciones medioambientales en esos derechos, con especial referencia al diseño constitucional federal y local y a la atribución de la provincia para el dictado de la reglamentación cuestionada; iv) en cuarto término, partiendo de las bases jurídicas mencionadas, determinar si ha existido una lesión a los derechos constitucionales invocados; y v) por último, de existir esa lesión, si cabe reconocer una reparación patrimonial y cuáles han de ser sus alcances.

I. Regulación provincial de la Península de Magallanes

4°) Que en diciembre de 1972, el entonces Gobernador de la Provincia de Santa Cruz dictó la ley *de facto* 786 (posteriormente derogada por la ley 3466); a través de esa norma se reglamentó el régimen jurídico de los Parques, Monumentos Naturales y Reservas Provinciales. Como pauta general, se estableció que podían calificarse dentro alguna de esas categorías a “...*las áreas de jurisdicción Provincial que por sus extraordinarias bellezas escénicas y/o riquezas en flora, fauna y gea autóctonas o exóticas adaptadas, o en razón de un interés científico determinado, deban ser protegidas para investigaciones científicas, didácticas y goce de las presentes y futuras generaciones*”, estipulándose que, en cada caso, la declaración debía ser realizada por ley (artículo 1°).

La ley en cita disponía que los Parques Provinciales eran aquellas “...áreas a conservar en su estado primitivo, sin otras alteraciones que las necesarias para asegurarse su control y la atención del visitante”; agregaba que en los Parques Provinciales “...[estaba] *prohibida toda explotación económica, con excepción de las derivadas del turismo y de las que puedan efectuarse en propiedades privadas, en ambos*

casos con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación” (artículo 3°). Entre varias actividades prohibidas se mencionaba la instalación de industrias, la explotación forestal, la construcción de viviendas salvo las destinadas a los servicios de la autoridad de aplicación (turismo, vigilancia o seguridad de la provincia) y particulares de los propietarios de tierras de dominio privado, sujetos a la reglamentación estipulada por la autoridad de aplicación para el manejo del área (según texto dado por la ley 2580), la introducción de fauna y flora exótica y toda acción que pueda originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico.

Los Monumentos Provinciales, por su parte, eran definidos como “...*las regiones, objetos, especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico a los cuales se les acuerda protección absoluta...*”. En ellos, señalaba la norma provincial, no se podía realizar actividad alguna, excepto de las necesarias para efectuar visitas, inspecciones oficiales e investigaciones científicas (artículo 6°).

Finalmente, en las Reservas Provinciales recibían “...*prioridad la conservación de la fauna, de la flora y de las principales características fisiográficas y bellezas escénicas y de las asociaciones bióticas del equilibrio ecológico*”. Entre las actividades permitidas se enunciarba a las industriales y comerciales, con arreglo a las reglamentaciones que se dicten y con el permiso que en su caso expidiese la autoridad de aplicación (artículo 8°).

A más de una década de promovida esta demanda, en el año 2016, la Provincia de Santa Cruz sancionó la ley 3466 (“Ley de Áreas Protegidas”), por medio de la cual se establecieron criterios generales de conservación.

En resumen, los aspectos salientes de la actual regulación implican:

a) la posibilidad de declarar Áreas Protegidas a los espacios naturales o antropizados ubicados en jurisdicción provincial que revistan importancia ecológica, económica, social, histórica, cultural, arqueológica y paisajista (artículo 1°), con el objetivo de mantener y conservar muestras representativas de ecosistemas existentes en la provincia, asegurando procesos evolutivos de regulación ambiental; mantener y conservar la diversidad biológica, etc. (artículo 3°).

b) la diferenciación entre distintas categorías de Áreas Protegidas: i) Categoría I – Reserva Natural Estricta y Área Natural Silvestre: en estas no se “...deberá permitir...”, entre otras, el uso de las zonas para fines económicos, extractivos y/o recreativos; ii) Categoría II – Parque Provincial: conformada por “...grandes áreas terrestres, marinas y/o lacustres naturales no afectadas por la actividad humana, establecidas para proteger procesos ecológicos a gran escala, junto con el complemento de especies y de ecosistemas característicos del área, que también proporcionan la base para oportunidades espirituales, científicas, educativas, recreativas y de visita que sean ambiental y culturalmente compatibles...”; iii) Categoría III – Monumento Natural: su objetivo primario de conservación es “proteger específicos rasgos naturales sobresalientes y la biodiversidad y los hábitats asociados a ellos”; iv) Categoría IV – Áreas de Manejo o de Gestión de Hábitats/Especies: su objetivo primario de conservación es mantener, conservar y restaurar especies y hábitats; v) Categoría V - Paisaje Terrestre y Marítimo Protegido: es un área manejada principalmente para la conservación de paisajes y con fines recreativos; y vi) Categoría VI – Reserva con Uso Sostenible de los Recursos Naturales: “... comprende áreas que contienen predominantemente sistemas naturales no modificados, que son objeto de actividades de manejo para garantizar la protección y el mantenimiento de la biodiversidad a largo plazo y proporcionar al mismo tiempo un flujo sostenible de productos naturales y servicios para satisfacer las necesidades de la comunidad” (artículo 9°).

c) para la gestión de las distintas Áreas Protegidas el legislador local establece diferentes tipos de zonas: i) Intangible: será categorizada como reserva natural estricta, en las cuales los procesos ecológicos han podido seguir su curso espontáneo o con un mínimo de interferencias; ii) Restringida: son aquellas en las que su estado natural solo podrá ser alterado ocasionando el mínimo impacto sobre el medio ambiente para la atención de aquellas actividades económicas no extractivas previstas en el Plan de Manejo; en estas zonas las actividades vinculadas al turismo se ejercerán conforme a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación; iii) Uso Controlado: únicamente se pueden realizar actividades económicas cuyo efecto sobre el ecosistema sean de carácter conservativo o recuperativo, sujeto a la reglamentación que dicte la autoridad de aplicación; iv) Uso Público: son las zonas que contienen atractivos naturales y/o culturales que se consideren aptos y compatibles con la visita y disfrute del público, dife-

renciando entre un uso intensivo o extensivo en función de la mayor o menor concentración de público; v) Rehabilitación Natural y Cultural; vi) Histórico Cultural: destinada a la protección y conservación de los recursos naturales; y vii) Amortiguación: diseñada para mitigar los impactos ambientales producidos por actividades humanas o por causas naturales. En todos los casos, el Poder Ejecutivo provincial, a propuesta de la autoridad de aplicación, debe complementar por decreto los regímenes básicos, “...estableciendo la regulación particular propia y específica de las diferentes Zonas Reservadas” (artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19).

d) se estipula que en las Áreas Naturales Protegidas la introducción y el desarrollo de asentamientos humanos estará sujeto a las pautas que establezca la autoridad de aplicación. A su vez, en las declaradas Monumentos Naturales y/o Culturales y en los Parques Provinciales “no se permitirá ninguna presencia humana capaz de provocar alguna perturbación o alteración de sus ambientes naturales, ni la residencia o radicación de personas, con excepción de las mínimas necesarias para la administración del área” (artículos 20 y 21). Específicamente en las Zonas Restringidas de los Parques Provinciales, el legislador provincial dispone: “...no se permitirán asentamientos humanos, ni la construcción de infraestructura...” (artículo 22).

Asimismo, se establece que “[c]ada Área Natural Protegida deberá contar con un Plan de Manejo en el que se explicarán las actividades a desarrollar, que deberá ser aprobado por el Poder Ejecutivo. [...] Los planes de manejo de cada área natural protegida deberán prever que la infraestructura, equipamiento e instalaciones destinadas al turismo y a la atención de los visitantes, se ubiquen en las zonas categorizadas como uso público. Asimismo definirán las construcciones que, a esos fines podrán ubicarse en dichas zonas, sus características generales y destino y el área de la superficie a utilizar...” (artículo 23).

e) finalmente, se prevé que todo inmueble de propiedad privada ubicado dentro de las Áreas Naturales Protegidas queda sujeto a las restricciones y límites al dominio, lo que debe constar en las escrituras y transferencias de dominio. Por otro lado, otorga un derecho de preferencia a favor de la provincia para la adquisición de las tierras (artículos 28, 29, 30 y 31).

5°) Que aclarado el marco general de regulación, debe tenerse en cuenta que en junio de 1993, mediante la ley 2316, la legislatura provincial, con fundamento en la ley 786, creó la “Reserva Provincial Península de Magallanes” (artículo 1°); dispuso que el Poder Ejecutivo provincial debía elaborar el Plan de Manejo en un plazo *improrrogable* de 180 días contados a partir de la sanción de esa ley y ser girado a la legislatura para que en el plazo también *improrrogable* de 60 días procediese a su tratamiento y sanción (artículos 2° y 3°). Asimismo, se suspendió -con excepción de los trabajos para la construcción de la Central Hidroeléctrica Río Mitre- por el término de 240 días “...la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la Reserva” (artículo 5° texto según el decreto 1467/93 y resolución 56/93). En forma provisoria, se estableció que la administración del Área estaría a cargo de un Consejo de Administración, conformado por el Consejo Agrario Provincial, la Subsecretaría de Turismo y la Municipalidad de El Calafate (artículo 4°).

En mayo de 1994, la legislatura sancionó la ley 2355 y concedió una primera prórroga de 270 días al plazo establecido en el artículo 2° de la ley 2316, es decir, para el dictado del Plan de Manejo. Cinco meses después, en octubre de 1994, se sancionó la ley 2372 en la que se dejó establecido que el Poder Ejecutivo debía girar ese Plan a la Cámara de Diputados para “...darle tratamiento y sanción dentro del actual período ordinario de sesiones”. Es así que en noviembre de 1994, por la ley 2387 se sancionó el Plan de Manejo (artículo 1°) y se volvió a suspender, esta vez por 400 días, la aprobación de nuevas subdivisiones en la Reserva Provincial Península de Magallanes; sin embargo, el entonces Gobernador vetó el citado Plan y, en su lugar, lo mantuvo bajo la forma de “objetivos” de observación obligatoria para su elaboración (decreto 1785/94).

Llegado el año 1995, a fines de noviembre, por medio de la ley 2425, la legislatura concedió otra prórroga para que el Poder Ejecutivo provincial elaborase el Plan de Manejo, esta vez fue hasta el 30 de junio de 1996; asimismo se dispuso que una vez elevado a la Cámara de Diputados, esta debía darle tratamiento en un plazo “que no [podía] exceder el período de sesiones ordinarias del próximo año legislativo” (artículos 1° y 3°). Nuevamente se suspendió la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudie-

se comprometer el destino de las tierras, hasta la sanción por parte de la legislatura del Plan de Manejo (artículo 2°).

Con posterioridad, se volvió a aplazar el tiempo para sancionar el Plan por 240 días contados a partir del 1° de julio de 1996 (artículo 1°, ley 2442); se mantuvo la “*prohibición*” de autorizar nuevas subdivisiones, proyectos, etc. en la Reserva en cuestión por 18 meses o hasta la sanción del mencionado plan de gestión en dicha área (artículo 1°, ley 2492).

En el año 2003, más precisamente el 23 de octubre, se crea el “... área natural protegida Península de Magallanes, (...) integrada por la Reserva Provincial Península de Magallanes Zona Norte, la Reserva Provincial Península de Magallanes Zona Sur y el Parque Provincial Península de Magallanes, en el marco de lo establecido en la Ley 786 con los límites que se indican y describen en el Anexo I” (ley 2662, artículo 1°).

Y en el año 2016 se promulgó la ley 3466 (“Ley de Áreas Protegidas”) que introduce nuevas categorizaciones y zonas, fija diversas limitaciones y restricciones al dominio para las distintas Áreas y requiere, para concretar su aplicación específica, de su reglamentación (artículo 45) y del dictado de un Plan de Manejo (artículo 23).

II. Alcances de los derechos constitucionales de propiedad y de comerciar, sus límites

6°) Que el artículo 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho de usar y disponer de la propiedad, y en el artículo 17 se reconoce su carácter inviolable.

Desde antiguo, esta Corte consideró que “*las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad’, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad...*” (Fallos: 145:307).

Tan amplia definición, no impidió que este Tribunal reconociese -en diversos ámbitos- un fin social en la propiedad privada (Fallos:

286:166; 289:67; 322:3255, entre otros). La doctrina también sostuvo este criterio: “[l]as normas constitucionales sobre la propiedad y su inviolabilidad en nada obstan [...] para sostener y propugnar que el derecho de propiedad tiene una función social, y que su cumplimiento es exigible razonablemente por el estado, tanto a favor del estado mismo -por ej., en las cargas fiscales- como en numerosas políticas generales de bienestar general y de desarrollo, como en el área de las relaciones entre particulares...” (Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, 1995, Buenos Aires, Ediar, Tomo I “El derecho constitucional de la libertad”, Capítulo XIV, ps. 480-481).

Por otra parte, el texto constitucional se encarga de reconocer “... el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita [...] y comerciar...” (artículo 14); la importancia de la industria y el comercio libre dentro del territorio de la Nación queda puesta de manifiesto a lo largo de su articulado, que impide la existencia de aduanas interiores (artículos 9 y 10), reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los ciudadanos (artículo 20), promueve el establecimiento de nuevas industrias y la importación de capitales extranjeros (artículo 75, inc. 18), procura el progreso económico con justicia social y la productividad de la economía nacional (artículo 75, inc. 19) y busca la unificación de las regulaciones comerciales (artículos 75, inc. 12 y 126).

7°) Que así caracterizados los derechos de propiedad, de comerciar y ejercer industria lícita, corresponde analizar los límites dentro de los cuales ellos pueden ejercerse válidamente.

Al respecto, la propia Constitución se encarga de señalar que los derechos por ella reconocidos no son absolutos, sino que se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (artículos 14 y 28). Esta Corte ha dejado establecido que “...ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter de absoluto [toda vez que] un derecho ilimitado sería una concepción antisocial” (Fallos: 136:161, entre otros).

Desde allí, es lógico que aun cuando los derechos no sean absolutos, tampoco lo sean las atribuciones de los poderes públicos a la hora de reglamentarlos. En el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracte-

rizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional (artículos 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional).

De este modo, la atribución de reglamentar los derechos presupone no solo la actuación del órgano habilitado constitucionalmente para hacerlo, con observancia del procedimiento previsto al efecto, sino también el respeto por su contenido esencial. Los derechos constitucionales no pueden sufrir un menoscabo que importe aminorar sus atributos nucleares, a punto tal de desnaturalizarlos y dejarlos vacíos de sentido. Esta Corte ha dicho que el legislador no puede alterar la sustancia o esencia de los derechos constitucionales de propiedad (“SA Empresa Mate Larangeira Mendes”, Fallos: 269: 393). Por ende, tampoco resulta un proceder constitucionalmente admisible que los órganos estatales omitan, en forma arbitraria, el ejercicio de sus competencias expresas, y que por medio de tal inobservancia se lesionen derechos reconocidos en la Ley Fundamental.

Así, los medios empleados por el legislador deben ser proporcionados al fin perseguido; en palabras de este Tribunal “[l]a *reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable, [...] justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella*” (entre otros: arg. doct. “Inchauspe Hnos. Pedro c/ Junta Nacional de Carnes”, Fallos: 199:483).

En definitiva, el principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales y exige que sus conductas (en lo que se hace y en lo que se deja de hacer) estén primariamente fundadas en las exigencias constitucionales, antes que en el capricho o el libre arbitrio y la nuda voluntad de las autoridades nacionales, provinciales y municipales.

III. Tutela ambiental en la Constitución Nacional y local

8º) Que en este caso, la Provincia de Santa Cruz ha invocado la tutela medioambiental para justificar las limitaciones al derecho de propiedad cuestionadas por la empresa actora. El análisis de la competencia, juridicidad y razonabilidad de tales regulaciones no debe perder de vista que el abordaje jurídico del medio ambiente

en la Argentina reconoce un “antes” y un “después” delimitado por la reforma constitucional de 1994. Hasta la reforma, la normativa vigente estaba signada por la fragmentación. A partir de la reforma el enfoque holístico del tema y el mandato proteccionista se han hecho nítidos.

En esa línea, los constituyentes de 1994, en el artículo 41 de la Ley Fundamental, dejaron establecido *el derecho a 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; y tienen el deber de preservarlo. Ese derecho-deber exige a las autoridades proveer a su protección, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.*

De acuerdo al específico esquema de distribución de competencias medioambientales fijado en el párrafo tercero de esa norma, se impone *a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.*

9°) Que de la fórmula constitucional trascripta en el considerando anterior, se infieren ciertas pautas de inexcusable consideración:

a) en primer lugar, el medio ambiente comprende el conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema. Es un conjunto porque está compuesto por una pluralidad de elementos reconocibles en su individualidad; son heterogéneos ya que algunos tienen vida y otros solo existencia, pueden ser naturales o artificiales; poseen un funcionamiento integrado habida cuenta que los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de “coexistencia” y/o “convivencia”.

En la perspectiva constitucional, resulta elocuente la visión sistémica del ambiente, al referir entre sus cualidades a la idea de “equilibrio” y exigir a los poderes constituidos la protección del patrimonio natural y cultural, como así también de la diversidad biológica. Dicho de otra forma: en la mirada del constituyente se aprecia al ambiente como un sistema en el que el hombre (en su faz individual y colectiva)

tiene el deber de asegurar (y/o contribuir) que sus elementos heterogéneos (naturales y culturales) interactúen en equilibrio.

b) en sintonía con lo anterior, la tutela ambiental no se concentra en una visión antropocéntrica, pues la Constitución consagra la protección ambiental como un “derecho – deber” del individuo y de la sociedad en su conjunto. El ser humano, en tanto no es el creador de la naturaleza, tampoco puede ser el justificador intelectual de su protección o desprotección; de modo que, en nombre de cierta calidad de vida humana no podría convalidarse (ni ética ni jurídicamente) el perjuicio al equilibrio medioambiental.

Al respecto, este Tribunal ha dejado establecido que el ambiente “*no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario*” (Fallos: 340:1695).

c) al ser el ambiente un bien que excede al ser humano y a su tiempo presente, la Constitución impone un deber de *solidaridad intergeneracional* y de *desarrollo sustentable*.

En términos ambientales, la *Nación* entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una “deuda ambiental” que deba ser soportada o sufrida por el porvenir. Por su parte, la *sustentabilidad* expresa una concepción humanista y anti-mercantilista que, al preservar el patrimonio ambiental gestado en una continuidad generacional para que subsista en el futuro, no hace sino traducir (en el idioma de la naturaleza y de la cultura) el concepto mismo de *Nación*.

d) También la Constitución se encarga de exigir el uso *racional* de los recursos, lo que supone deberes mancomunados entre distintos actores sociales: productores, consumidores, organizaciones de la sociedad civil y autoridades públicas. En otras palabras: el cuidado del medio ambiente (su uso *racional*) requiere la convergencia de quien produce (internalizando al ambiente como un bien antes que un costo) y de quien consume (racionalizando sus pautas de consumo). Y, en este contexto, las autoridades públicas tienen el indelegable deber de educar en el consumo y de regular -en forma razonable- las actividades productivas en función de la política ambiental (artículos 41 y 42, Constitución Nacional).

e) Finalmente, en materia ambiental, la Constitución se encarga de realizar un explícito reparto de competencias entre la Nación y las provincias, correspondiendo a la primera el dictado de los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las segundas su complementación; “complementar” supone -según lo entendió esta Corte- “... agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada” (“Estado Nacional c/ Mendoza, Provincia de”, Fallos: 342:2256). Este nivel de regulación complementaria puede ser diferente entre los Estados miembros, quienes tienen como única limitación respetar el *nivel básico*, uniforme para todos ellos.

En este contexto, a su vez, las limitaciones administrativas a la propiedad privada que se establecen con fines medioambientales son -dado su carácter- de índole local y sujetas -por supuesto- al principio de razonabilidad previamente expuesto (artículos 5°, 28, 41, 121 y 125, Constitución Nacional).

10) Que, con observancia del orden federal, la Constitución de la Provincia de Santa Cruz reconoce -en su artículo 73- el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo personal.

Al propio tiempo, la Constitución santacruceña impone al Estado y a los particulares la obligación de cuidar y preservar el medio ambiente, “así como [...] una explotación racional de los recursos naturales, para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

De igual modo, se establece que “[p]or ley se reglarán las acciones tendientes a impedir toda agresión contra el medio ambiente y se crearán los organismos a los que se encomendará la aplicación de estos preceptos. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley y se asegurarán estudios del impacto ambiental en los emprendimientos que se realicen”. Y finalmente, se prohíbe el ingreso al territorio provincial de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos o los de cualquier otra índole o naturaleza comprobadamente tóxicos, peligrosos o susceptibles de serlo en el futuro.

11) Que de la normativa examinada no se desprende reproche constitucional a la competencia de la Provincia de Santa Cruz referido

a la declaración, primero como Reserva y, luego como Parque Provincial, de ciertas Áreas en las que quedaron comprendidos los terrenos de la empresa actora.

Si la Constitución Nacional -y la local- reconocen el derecho a un medio ambiente *sano y equilibrado*, y el deber de las autoridades de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural, como así también a la diversidad biológica, la decisión de la demandada que declara un área de su territorio como Reserva o Parque Provincial se inscribe en el cumplimiento de tal mandato constitucional y, por lo tanto, no resulta jurídicamente reprochable. Lo dicho no implica la automática razonabilidad del conjunto de normas impugnadas, en cuanto prohibieron a los propietarios -a lo largo de los años- aprobar nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier actividad que pueda comprometer el destino de las tierras de la actora por la ausencia del dictado del Plan de Manejo.

El punto de equilibrio entre los derechos de propiedad y de comerciar con el “derecho - deber” a un ambiente sano y equilibrado, exige recordar que en el sistema capitalista contemporáneo, Estado y Mercado se necesitan recíprocamente. El Estado demanda del Mercado los recursos económicos sin los cuales resultaría inviable para cumplir con sus cometidos fijados por la Constitución y las normas infra-constitucionales con aquella compatible, y el Mercado demanda del Estado el sostenimiento de reglas de juego que otorguen previsibilidad a los intercambios.

Así, dentro de una sociedad que asume las bases del sistema capitalista (caracterizado por el reconocimiento de la propiedad privada, la iniciativa particular y la competencia), la “cuestión ambiental” inserta a la industria y el comercio -y por ende al consumo- en un contexto de utilización racional y responsable. Ello exige la prudente actividad reguladora del Estado para estatuir reglas de juego claras, transparentes e igualitarias entre todos los sectores sociales (y potenciales competidores), como así también generar los incentivos idóneos, proporcionados y eficaces para su acatamiento.

La regulación estatal razonable constituye un indispensable “instrumento de precisión” para que el Mercado, en el proceso “producción-consumo”, internalice al ambiente (el cuidado y uso racional de sus recursos) como un activo antes que como una externalidad negati-

va. La precisión genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (“Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As.”, Fallos: 341:1017).

El proceder de los poderes públicos debe ser prudente y coherente, generar certeza antes que incertidumbre e indeterminación en los derechos de los habitantes; pues es la razonabilidad con la que se ejercen las competencias constitucionales lo que otorga validez a los actos de los órganos del Estado. Ya en el año 1871, esta Corte tuvo ocasión de decir que “...*la administración debe ser leal, franca y pública en sus actos*”, este es un mandato exigible a todos los Poderes del Estado (Fallos: 10:203).

12) Que, sobre las bases descriptas precedentemente, la regulación provincial al vedar -por décadas- la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras, hasta el dictado de un Plan de Manejo del Área que, de acuerdo a las constancias del expediente, nunca vio la luz, afectó en forma arbitraria el derecho de propiedad y de comerciar de la parte actora.

El proceder de la provincia revela, en este aspecto puntual, una ausencia de razonabilidad y coherencia, y demuestra una irresolución que colocó en una situación de incertidumbre jurídica la posición subjetiva de la actora sin instrumentar medidas apropiadas para conjugar armónicamente la tutela ambiental y el desarrollo sustentable del Área en cuestión.

Como quedó en evidencia, la normativa provincial comenzó en el año 1993 por prohibir el desarrollo de actividades en la Península por un plazo que se dijo que era *improrrogable*, en tanto estaba sujeto al también *improrrogable* plazo establecido por la legislación para establecer el “Plan de Gestión”. Sin embargo, esa supuesta *improrrogabilidad* fue desmentida por el comportamiento institucional de la demandada que, desde aquel entonces, fue postergando la imposibilidad de desarrollar emprendimientos en tierras privadas y, en paralelo, dispensando su deber de dictar el régimen de usos al que quedaría sujeta el Área. En este orden, la provincia fue dictando a lo largo de los años reglas que eran posteriormente desvirtuadas.

Acerca de este comportamiento vacilante de la provincia en la sanción del “Plan de Gestión”, cabe referir el testimonio obrante a fs. 192/194, brindado por quien participó en la confección de uno de los proyectos de Plan de Gestión, que fue aceptado por el Poder Ejecutivo provincial, y, según el testigo, mantuvo una reunión informativa con varios legisladores que tenían inquietudes; sin embargo el Plan no se puso en marcha. La ausencia de sanción de dicho plan queda también en evidencia en la contestación del Consejo Agrario Provincial a fs. 515/516.

Para más, la demandada acompañó a fs. 108/111 (ver, asimismo, fs. 441/443) la disposición 6 del Consejo Agrario Provincial, de fecha 4 de noviembre de 2004, recién publicada en el Boletín Oficial provincial el 13 de septiembre de 2007 (inexplicablemente más de 3 años después), por medio de la cual se puso en vigencia un Programa de Ordenamiento de Usos Públicos para el Parque y la Reserva Provincial Península de Magallanes, expresando que “[e]ste documento que hoy se presenta será el ordenador del corredor [...] hasta la sanción definitiva del Plan de Manejo, el cual deberá ser compatible con las normas medioambientales y paisajísticas vigentes...” (fs. 108).

Su lectura ratifica las restricciones que impusieron las leyes a los derechos de la actora hasta tanto no se sancionase el Plan de Manejo en el Parque Provincial. Cabe señalar que esa reglamentación: a) mantuvo la imposibilidad de subdividir los lotes; b) consideró al Parque Provincial como una zona única hasta tanto no se dicte el tantas veces mencionado “Plan”; y c) continuó las restricciones de uso vinculadas a cualquier tipo de servicio de turismo o edificios no autorizados expresamente, como cabalgatas o actividades de *trekking*.

También la declaración de uno de los testigos que estuvo encargado de desarrollar un proyecto para la actora en el Área, da cuenta de que fue presentado a la provincia y nunca se obtuvo respuesta; de modo que frente a la ausencia del Plan de Manejo no se pudo llevar a cabo la obra (fs. 369/371). Y a fs. 449, la Dirección Provincial de Catastro informó que desde el año 1993 a la fecha de contestación de su informe (año 2008) “...no se han registrado en [dicho organismo] mensuras de subdivisiones en la Reserva Provincial Península de Magallanes” (fs. 449).

Esta conducta observada por la demandada -impedir de modo prácticamente absoluto el derecho a disponer de la propiedad y de co-

merciar, supeditado al dictado de un Plan que ella misma debía sancionar y que no ha hecho- importa una alteración esencial a los derechos constitucionales de la actora.

No se trata, cabe insistir con esto, de discutir la finalidad de tutela ambiental aducida por la Provincia de Santa Cruz ni sus competencias constitucionales a tal efecto, sino de reprobear la desidia en que incurrió la demandada al prohibir (en forma indiscriminada) toda actividad de la actora y no concretar, tal como era su deber, el respectivo Plan de Manejo, que era y es -precisamente- la herramienta ambiental ideada por la propia provincia para la adecuada gestión del Área y el respeto al derecho de propiedad y de comerciar de la actora. Es que, **se encuentra fuera de toda discusión que el Área Protegida de la Península de Magallanes y el Área adyacente a esta, el Parque Nacional Los Glaciares y especialmente el Glaciar Perito Moreno, constituyen bienes naturales únicos e irrepetibles de la más digna y elevada tutela jurídica.**

En ese orden, no escapa al Tribunal que en las Áreas Protegidas, por principio, la actividad humana debe estar restringida y subordinada a la conservación y queda sujeta a un régimen especial y distinto a los espacios no protegidos. Pero ese indiscutible reconocimiento no aminora, en el caso, la manifiesta ilegitimidad de la demandada, al no asumir su deber de determinar en concreto el régimen de usos, y en caso de considerar que las restricciones impactaran sobre los elementos esenciales del dominio, reparar el sacrificio patrimonial experimentado tal como exige el artículo 17 de la Constitución Nacional.

13) Que para llegar a esa conclusión esta Corte pondera particularmente que la omisión sustantiva de la Provincia de Santa Cruz tuvo un correlato procesal en las diversas etapas de este juicio. Así, no puede olvidarse que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación obliga al Tribunal a dictar sentencia con “*los fundamentos y la aplicación de la ley*”, y en ese punto específicamente establece que la conducta procesal de las partes contribuye a calificar jurídicamente sus pretensiones (artículo 163, inc. 5°).

En esta causa, la provincia: i) llevó a cabo una contestación de demanda lacónica al brindar razones que justifiquen la omisión de dictar el tantas veces mencionado plan de manejo; ii) luego de producir la prueba recabada, no hizo uso de su facultad de alegar sobre ella

(cfr. fs. 840 y sgtes.); iii) no cumplió con el requerimiento cursado por esta Corte a fin de que informase si se ha reglamentado la ley provincial 3466 (fs. 927 y 946); y iv) por último, invitada a manifestar como parte del proceso lo que estimase pertinente con relación a dicha ley, omitió toda respuesta (fs. 941 y 946). En todas esas oportunidades la parte actora aportó las consideraciones jurídicas y probatorias que estimó pertinentes.

IV. Reparación patrimonial

14) Que determinada la ilegitimidad y arbitrariedad de la conducta de la demandada en cuanto al mantenimiento de restricciones (indefinidas) a los derechos de propiedad y de comerciar de la recurrente, y a su propia e injustificada mora en la aprobación del “Plan de Manejo”, cabe abordar el derecho que asiste a la empresa actora a obtener una reparación patrimonial y sus alcances.

En términos generales, el derecho a ser resarcido frente a un daño ilegítimo tiene sustento constitucional; en efecto, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, cláusula que se encuentra entrañablemente vinculada a la idea de reparación (arg. doct. Fallos: 327:3753).

Esa pauta constitucional traduce un principio general que regula cualquier disciplina jurídica, e incluye naturalmente los perjuicios generados por el quehacer estatal. Así, el Estado tiene una obligación ético-jurídica de observar un comportamiento diligente, coherente y ejemplificador, que procure la satisfacción de los intereses de la comunidad y, en paralelo, evite generar daños injustos a los particulares.

15) Que la pretensión indemnizatoria, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, tiene como presupuestos para su procedencia: i) la ejecución irregular de un servicio, por acción u omisión, debiendo en este último supuesto diferenciar si se trata de la inobservancia a un mandato de una regla expresa de derecho o de un mandato jurídico indeterminado, en cuyo caso se debe ponderar, por un juicio estricto, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con este y el grado de previsibilidad del daño; ii) la existencia de un daño cierto; y iii) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión y el daño cuya

reparación se persigue (arg. doct. Fallos: 328:2546; 330:563; 332:2328, entre muchos otros).

Respecto al primer recaudo, esta Corte ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio, por acción o por omisión, encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil -vigente al momento de los hechos-, pues no se trata de una responsabilidad indirecta toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (arg. doct. Fallos: 306:2030; 316:2136; 318:1800; 324:492; 325:2949; 326:4003, “Serradilla”, Fallos: 330:2748).

16) Que de acuerdo con las circunstancias descriptas en los considerandos anteriores, resulta indiscutible la “falta de servicio” en que incurrió la demandada al prohibir (de modo indefinido) todo tipo de actividad en los terrenos propiedad de la actora y, en paralelo, omitir dictar la normativa que dispusiese el Plan de Manejo, a pesar de que asumió el deber expreso de hacerlo.

Resta analizar si los perjuicios patrimoniales invocados por la parte actora son ciertos y guardan un nexo de causalidad adecuado con la conducta reprochada a la Provincia de Santa Cruz. A tal fin, corresponde examinar cada uno de los rubros reclamados:

a) En primer lugar, Coihue S.R.L. reclama la reparación de los daños originados por la realización de estudios (v.gr. el relevamiento plani-altimétrico) y proyectos para emprendimientos que se vieron frustrados por la conducta de la demandada.

Los elementos de juicio incorporados a la causa -no desconocidos puntual y concretamente por la demandada, y valorados conforme a la regla de la sana crítica (artículos 163, inc. 5° y 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)- permiten sostener que la actora, en la razonable expectativa de ejecutar obras en sus tierras, incurrió en gastos que guardan un nexo causal adecuado con la conducta irregu-

lar imputada a la provincia (ver fs. 369/371, fs. 373, la documentación reservada en Secretaría, puntualmente, la nota del 3 de junio de 1998 en la que se presentó a la demandada un proyecto hotelero).

Por este rubro, la parte actora solicita el reconocimiento de \$ 240.000. El perito contador en su informe de fs. 502/507 vta., estima razonable el monto, basándose en la Ley de Aranceles y Honorarios Provincial de Agrimensura, Ingeniería y Arquitectura; en cuanto a los cuestionamientos de la demandada, se aprecian genéricos e insuficientes (fs. 612/612 vta.). Por ello, en función de lo dispuesto por el artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer mérito, en este aspecto, de dicho informe y reconocer a la actora la suma pretendida.

b) En segundo lugar, la parte actora reclama bajo el rótulo de lucro cesante o “pérdida de chance” una reparación por los proyectos hoteleros que presentó y no pudo llevarlos a cabo a raíz del modo ilegítimo en que procedió su contraria. También pide más adelante un resarcimiento, estrictamente por “pérdida de chance”, por el incremento que experimentó el turismo en la zona de la Península. Considera que por este ítem se le debería otorgar un 40% de lo que se reconociese por el rubro anterior.

Frente a este planteo, cabe recordar que el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico y que exista un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto (arg. doct. Fallos: 338:1477). En tales condiciones, la pretensión de que se reconozca lucro cesante resulta conjetural e hipotética, toda vez que el emprendimiento comercial nunca llegó a concretarse.

Sin embargo, otro parecer merece el pedido del actor formulado como “pérdida de chance”. Esta Corte se ha hecho cargo de la chance como factor indemnizable al reconocer “*el valor económico de una probabilidad*” que ha sido frustrada por la ocurrencia de un comportamiento antijurídico; en cualquier caso, se requiere: i) “*la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabilidad suficiente*” (“Serradilla, Raúl Alberto”, Fallos: 330:2748); ii) “*la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabili-*

dad de convertirse en cierto”, no “*puramente hipotético*” (arg. doct. Fallos: 320:1361; 321:3437; 323:2930), y iii) que quien se pretende damnificado llegue “*a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida*” (arg. doct. Fallos: 317:181; 326:847).

A partir de tales parámetros, la “*chance*” invocada por el actor resulta lo suficientemente concreta y cierta como para reconocerle carácter resarcible. Y, en tal sentido, la pericia contable concluye en que el resultado neto acumulado (entre los años 1998 a 2004) ascendería a la suma de \$ 64.260.799; de ese monto, en atención a que lo que se resarce es la pérdida de la oportunidad de explotar el bien, es razonable reconocer el 10% de ese monto, esto es, \$ 6.426.080 (cf. artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

c) En tercer lugar, Coihue S.R.L. solicita que se repare la desvalorización de sus tierras. En este punto, el resarcimiento no es procedente. Una de las notas del daño resarcible es su carácter de cierto y el nexo causal adecuado que debe mantener con la conducta reputada como ilegítima. En este estado de cosas, la naturaleza de la pretensión de la actora descarta que el perjuicio resulte resarcible, a riesgo de que la compensación derive en un enriquecimiento sin causa. Por ello, a juicio de esta Corte, este ítem no puede ser admitido.

d) Tampoco cabe admitir el pedido de la sociedad comercial actora para que se repare el daño moral, pues -como ya lo consideró esta Corte- no resulta admisible reconocer a una persona jurídica perjuicios de esa índole (Fallos: 298:223, entre otros).

17) Que respecto de los intereses, se debe computar la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina (cf. arg. artículo 10 decreto 941/1991 y comunicado del Banco Central de la República Argentina 14.290).

Esos intereses se deberán calcular: a) con relación a los gastos por la realización de estudios desde el 10 de junio de 1993 hasta su efectivo pago; y b) en punto al reconocimiento de la “*pérdida de chance*”, se debe calcular desde el 10 de octubre de 2008 (fecha de presentación del informe pericial que consigna valores actuales a esa fecha) hasta su efectivo pago.

V. Alcance de la declaración de ilegitimidad: Deber de sancionar las restricciones definitivas

18) Que en virtud de lo expuesto, la decisión de las autoridades provinciales que mantuvo indefinidamente un esquema transitorio de prohibiciones se exhibe como una afectación ilegítima del derecho de propiedad de la parte actora; en paralelo que ese proceder tropieza con la propia irresolución de las autoridades provinciales al no determinar -en concreto- los alcances específicos de las restricciones con mira a la tutela ambiental y, en caso que el sacrificio excediese las normales cargas de la vida en sociedad, resarcir el perjuicio (artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional). Tal escenario torna admisible la responsabilidad del estado provincial por actividad ilícita en los términos precedentemente señalados.

Así las cosas, corresponde declarar que la prohibición de hacer subdivisiones, proyectos de desarrollo o “...cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras” (vigente al momento de iniciarse las presentes actuaciones, entre otras, por la ley 2492 y en la disposición 6/2004 del Consejo Agrario) constituye una vulneración inconstitucional de los derechos de propiedad de la parte actora. Por lo tanto, el cumplimiento de tales prohibiciones, previstas en las normas citadas o en cualquier otra que las sustituya, no podrá serle exigido hasta que la Provincia de Santa Cruz establezca el régimen definitivo de restricciones al dominio aplicable a los inmuebles privados ubicados dentro del Parque Provincial Península de Magallanes. Durante el mismo lapso, tampoco resultará exigible a la demandante la disposición 6/2004 en cuanto le impide ofrecer todo tipo de servicios al turismo.

Si bien el plazo transcurrido ha sido más que suficiente para que las autoridades provinciales adoptasen el llamado “plan de manejo”, es decir, un régimen definitivo y razonable de limitaciones al dominio dentro del parque resulta prudente abrir un breve e improrrogable período posterior al presente fallo dentro del cual la parte demandada tenga la posibilidad de adoptar esa medida, ello para no menoscabar su legítimo propósito de preservar el ambiente. A tal fin, resulta apropiado disponer que la presente sentencia tendrá plena efectividad una vez transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días corridos, el que comenzará a computarse con la notificación del fallo a la parte demandada.

19) Que los tres jueces firmantes de los dos votos que concurren a formar la sentencia del Tribunal, más allá de los distintos fundamentos desarrollados, comparten el mismo juicio sobre la trascendencia del pronunciamiento que hoy se dicta. Los hechos del caso han puesto en evidencia el desapego hacia las formas bajo las cuales, de acuerdo con la Constitución Nacional, debe articularse la defensa del ambiente -cuya importancia ha sido puesta de resalto- con el derecho a usar y disponer de la propiedad. Los límites a este derecho establecidos en la Constitución, que van desde la reglamentación razonable hasta la expropiación, abren un campo de posibilidades válidas dentro del cual debe trazarse toda política pública sin alterar el contenido más esencial del derecho de propiedad. Por esa razón, la provincia es responsable por haber violado de modo ilícito el derecho de propiedad. Lo que hoy se resuelve, entonces, no es más que la necesaria consecuencia del camino que ha trazado el pueblo argentino en la búsqueda del bienestar general y los demás bienes trascendentes mencionados en el Preámbulo. En ese camino no hay fines que justifiquen el abandono de la Constitución.

Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal ante la Corte, se resuelve:

1. Hacer lugar a la demanda promovida por la parte actora y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en la ley 2492 (y sus antecesoras) y la disposición 6/2004 del Consejo Agrario.

2. Intimar a la Provincia de Santa Cruz a fin de que en el plazo de 120 (ciento veinte) días dicte un Plan de Manejo (artículo 23 de la ley 3466 y concordantes); transcurrido ese plazo sin que la provincia adopte el respectivo Plan de Manejo, no le serán oponibles a la actora las prohibiciones establecidas en la ley 2492, tampoco las previstas en la disposición 6/2004 del Consejo Agrario Provincial y cualquier otra norma que las sustituya.

3. Condenar a la Provincia de Santa Cruz a pagar la suma de \$ 240.000 en concepto de daño emergente y la de \$ 6.426.080 a título de pérdida de chance, con más los intereses, que se deben computar a la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina. Los accesorios se deberán calcular: a) con relación a los gastos por la realización de estudios desde el 10 de junio de 1993 hasta su efectivo pago; y b) en punto al reconocimiento de la “pérdida de chance”, se

debe calcular desde el 10 de octubre de 2008 (fecha de presentación del informe pericial que consigna valores actuales a esa fecha) hasta su efectivo pago.

4. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación, y en su oportunidad, archívese.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*) – JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) La firma Coihue SRL inicia demanda con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 2662, 2492, 2442, 2425, 2387, 2372, 2355 y 2316, sancionadas por la legislatura de la Provincia de Santa Cruz y de que se condene a la citada provincia a pagarle la suma de \$ 14.593.156,12 en concepto de indemnización de los daños y perjuicios que le fueran ocasionados hasta el momento de iniciar la presente causa. Al mismo tiempo, hace reserva de ampliar la pretensión para incluir los daños que tengan lugar mientras perduren las restricciones sobre su derecho de propiedad, introducidas por las leyes que impugna.

La actora manifiesta que es propietaria desde 1976 de dos fracciones de terreno ubicadas en la Provincia de Santa Cruz, más precisamente en la Península de Magallanes. Uno de los dos predios, de 108 hectáreas, está ubicado enfrente al Glaciar Perito Moreno y el otro, de 392 hectáreas, es próximo al anterior, pero tierra adentro. En 1993 los predios quedaron afectados por la ley provincial 2316 que declaró la zona como Reserva Provincial (artículo 1°) y suspendió por el término de 240 días la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las

tierras de la reserva (artículo 5°). De esos 240 días el poder ejecutivo debía tomar 180 para elaborar un plan de manejo del área y la cámara de diputados debía proceder a su tratamiento y aprobación en los 60 días restantes (artículos 2° y 3°). De manera provisoria, el área sería administrada por un consejo integrado por dos dependencias del gobierno provincial (el Consejo Agrario y la Secretaría de Turismo) y la municipalidad de El Calafate.

Según se denuncia en la demanda las restricciones para el ejercicio del derecho de dominio sobre los inmuebles nunca se levantaron desde 1993 y se han mantenido hasta la fecha con el mismo carácter provisorio con que fueron originalmente establecidas. No se ha cumplido con los artículos 2° y 3° de la ley 2316, es decir, en ningún momento entró en vigor el régimen de usos permitidos a los cuales podían destinarse los inmuebles privados dentro del área protegida. Durante los diez años que siguieron a la sanción de la ley 2316 la legislatura se limitó a prorrogar el plazo otorgado al poder ejecutivo para confeccionar el plan de manejo. La última ley de prórroga fue sancionada en 1998 y establece que las restricciones provisorias se mantendrán por un plazo de “18 meses o hasta la sanción de un Plan de Manejo de dicha área”.

En 2003, fue sancionada la ley provincial 2662 que modifica el artículo 1° de la ley 2316 y convierte la Reserva en Parque Provincial, acto que, según se dice en la demanda, aumenta las ya gravísimas y abusivas restricciones a los derechos de Coihue S.R.L.

La actora denuncia que los perjuicios a su patrimonio no fueron causados solamente por la vigencia de las normas que se sucedieron desde que en 1993 fue sancionada la ley 2316. Aclara que, además, hubo actos y omisiones de las autoridades de Santa Cruz que le impidieron destinar sus inmuebles a la prestación de servicios vinculados con el turismo, explotación que es la más apropiada para un inmueble afectado a la protección del medio ambiente. Menciona que en 1998 presentó a las autoridades provinciales un proyecto de hotelería siguiendo los lineamientos del plan de manejo que había sido confeccionado por la comisión oficial convocada licitación mediante. Esta nota nunca fue contestada por la provincia. Tal comportamiento del gobierno local determinó la inviabilidad de llevar a cabo cualquier otra inversión en la elaboración de nuevos proyectos.

A partir de todo lo anterior concluye que la conducta seguida por el gobierno provincial no consiste ni en una restricción de derechos, ni en una expropiación, sino que se busca generar exprofeso una situación de incertidumbre, una verdadera zona gris, inútilmente dilatada en el tiempo, a los efectos de desmerecer su derecho de propiedad (y el de los demás propietarios de la región). Esto fue posible gracias a que la ley 2316 puso una condición cuyo cumplimiento quedó a cargo de la demandada y que nunca se concretó: la sanción del plan de manejo (cfr. escrito de demanda, fojas 71).

Señala que en el mismo Parque se ha autorizado la construcción, funcionamiento y ampliación del hotel “Los Notros”, el que, si bien se encuentra instalado desde un tiempo anterior al de la creación de la Reserva, ha sido considerablemente ampliado y modificado con posterioridad a la entrada en vigor de las restricciones sin que ello haya merecido ninguna objeción por parte de las autoridades provinciales.

Según la actora, la conducta de la Provincia de Santa Cruz le ha causado daños de diverso tipo: gastos para la concreción del proyecto hotelero sobre el cual nunca tuvo respuesta de las autoridades provinciales; disminución del valor de los inmuebles; lucro cesante correspondiente a los ingresos que habría generado el proyecto hotelero; pérdida de chance debida a la imposibilidad de aprovechar el mayor flujo de turistas que se verificó en la zona en los años inmediatamente previos a la demanda; daño moral producido a los actores por el ejercicio autoritario y arbitrario que hicieron de su poder las autoridades de la Provincia de Santa Cruz sometiéndolos a soportar ultrajes tales como leyes inconstitucionales, esperas, dilaciones, falsas propuestas, explicaciones contradictorias, etcétera. Se menciona también el tratamiento preferencial otorgado a la hostería “Los Notros” a la que se permitió realizar inversiones y mantener su actividad comercial al tiempo que eso mismo le era denegado a los actores. La suma final reclamada asciende a \$ 14.593.156,12 e intereses.

2º) La Provincia de Santa Cruz contestó la demanda y pidió su rechazo. Argumentó que sus autoridades no han obrado en forma discrecional ni arbitraria.

Sostiene que el gobierno local está obligado a defender el bienestar general de sus habitantes y su patrimonio, que en el caso excede su ámbito e intereses territoriales. Es decir que, si hace lo que hace,

no es su responsabilidad ni su culpa, sino que actúa por impulso de restricciones normativas que no puede ni debe resistir.

Se apoya en diversos instrumentos internacionales que promueven la protección del patrimonio natural, reducción del impacto ambiental de los proyectos a realizarse para mitigar el cambio climático, así como el efecto sobre los glaciares (cita la Convención sobre Protección de Patrimonio, Cultural y Natural –ley 21.836-; la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –ley 24.295- y una declaración del Centro Latinoamericano de Ecología Social). También menciona el derecho a un ambiente sano reconocido en el artículo 41 de la Constitución y las correspondientes obligaciones que pesan sobre los gobiernos nacional y provincial.

Señala que la preservación de áreas y monumentos naturales ha sido y es una preocupación permanente que va más allá del interés material no solamente de los particulares, sino también de los intereses de la misma provincia que se vería muy beneficiada con la explotación turística de ese ámbito geográfico único en el mundo, pero que sin severas restricciones y controles se vería degradado de modo irreversible.

En su favor, cita un informe elaborado a pedido de la provincia por Daniel Sabsay, en el cual se dice que la preservación del Parque y de la Reserva solo es posible mediante las restricciones establecidas en la ley 786.

Argumenta que la suspensión de subdivisiones y de planes de desarrollo no es absoluta, sino que se refiere exclusivamente a aquellas subdivisiones o planes de desarrollo “que puedan comprometer el destino de las tierras de la reserva”, según expresa en su texto el artículo 5° de la ley 2316.

Luego ofrece diversos argumentos para justificar su posición sobre la inexistencia de cada una de las categorías de daños que la actora reclama. Sobre la pérdida de valor, contesta que si la reducción hubiera sido tan sustancial como se alega, la actora tenía a su disposición la acción expropiatoria contra el estado provincial. En relación con los gastos correspondientes al proyecto hotelero replica que ellos fueron realizados cuando ya estaban vigentes las restricciones establecidas en el artículo 5° de la ley 2316, de modo que su utilidad no se frustró

por un cambio arbitrario de normas. Sobre el lucro cesante responde que el proyecto de inversión fue hecho a exclusivo riesgo de la actora, sobre la base de un proyecto de plan de manejo que no estaba vigente. Se opone a la compensación por la pérdida de chance puesto que ella se refiere a una mera hipótesis de la que no puede hacerse cargo el gobierno de la provincia. Por último, manifiesta que el daño moral no procede pues la provincia no incurrió en ningún comportamiento ilegítimo y porque las personas jurídicas no sufren padecimientos morales.

3°) Que la causa corresponde a la competencia originaria de Tribunal (artículos 116 y 117 de la Constitución), de acuerdo con lo resuelto a fojas 90, sin que haya operado alguna circunstancia que determine la necesidad de modificar lo decidido.

4°) La firma Coihue S.R.L. funda su pretensión de daños y perjuicios en la afirmación de que las normas dictadas por las autoridades de la provincia, así como los actos y omisiones que se siguieron de ellas, la privaron del derecho de usar los inmuebles de su propiedad ubicados dentro del área protegida Península de Magallanes al prohibir en ellos cualquier finalidad económicamente rentable. La Provincia de Santa Cruz, por su lado, contesta que el artículo 5° de la ley 2316 y las normas que le sucedieron no impiden toda actividad económica en los lotes, sino solamente aquella que pudiera comprometer el destino de las tierras del área protegida.

Por lo demás, la actora afirma que la conducta de las autoridades provinciales le ha causado daños; que esos daños son resarcibles porque dicha conducta ha sido ilegítima y que aun cuando se reputara legítima la actividad estatal, los daños serían igualmente indemnizables puesto que constituyen un sacrificio especial, diferenciado del que podría alcanzar al resto de la sociedad y que, por eso, no estaría obligado a soportar. En sentido contrario, la parte demandada niega que la actora haya sufrido daño alguno como consecuencia de los actos del gobierno provincial; que aun si hubiese padecido algún perjuicio, no sería un daño indemnizable puesto que el gobierno ha actuado legítimamente y no se trataría de un sacrificio que haya debido afrontar solamente la actora, sino del efecto general de la ley, en el sentido de que alcanzaría a toda la sociedad.

5°) Que, con carácter preliminar, corresponde considerar los motivos por los cuales la señora Procuradora Fiscal entiende que corres-

pondería rechazar la demanda, motivos que en alguna medida están también presentes en la contestación presentada por la Provincia de Santa Cruz (cfr. dictamen emitido por la Procuración General en la causa CSJ 2511/2005 “Apen Aike SA c/ Santa Cruz, Provincia de”, al que remite la señora Procuradora Fiscal a fs. 842). Se sostiene que la actora no tendría a su disposición una acción de daños y perjuicios contra la provincia pues [i] las limitaciones al dominio privado de los particulares con fines de bien público son una potestad del estado provincial; [ii] no encontrándose en discusión la legitimidad de propósito que, en el caso, han tenido las limitaciones impuestas por el gobierno provincial —la preservación del medio ambiente—, cualquier reclamo de la actora basado en la imposibilidad de explotar los inmuebles debe canalizarse por vía de una acción expropiatoria inversa o irregular.

Existen al menos cuatro razones que invalidan lo sostenido por la Provincia de Santa Cruz. En primer lugar, una vez aceptado el derecho de los particulares a demandar judicialmente al Estado por la indemnización de los daños causados por el accionar (lícito o ilícito) de las autoridades, nadie puede ser excluido del ejercicio de ese derecho sin una norma válida que así lo dispusiera. Tal norma no existe en el caso. En segundo lugar, en el caso, la actora no discute la legítima potestad del estado provincial para crear una reserva o un parque provincial como medio para la protección del ambiente (artículo 1° de la ley 2316), sino la decisión de perpetuar una prohibición para realizar cualquier inversión productiva en los inmuebles de la actora ubicados dentro del área protegida, prohibición para cuya legitimidad no basta invocar la aptitud legal de la Provincia de Santa Cruz de realizar lo necesario para preservar el medio ambiente. En efecto, el incontrastable hecho de que el Estado provincial tenga atribuciones para establecer restricciones al dominio de los particulares en beneficio del bienestar general, no es en modo alguno suficiente para descartar la posibilidad de que en este caso en particular las autoridades hayan actuado irregularmente afectando los derechos de los actores. En tercer lugar, la ley 21 de la Provincia de Santa Cruz, que contiene el régimen provincial de expropiaciones, al establecer los supuestos en que procede la acción de expropiación irregular, no incluye la situación en que el Estado impone restricciones o limitaciones indebidas a los derechos del titular sobre un bien, como sí lo hace, por ejemplo, la ley nacional 21.449 (cfr. artículo 26 de la ley 21 y artículo 51, inciso c, de la ley 21.449). En cuarto lugar, debe tomarse en cuenta que la presente demanda se funda principalmente en el carácter *ilícito* de la conducta seguida

por las autoridades de Santa Cruz. Efectivamente, en autos, a diferencia de lo que argumenta la señora Procuradora Fiscal, la actora no ha puesto en cuestión “la conveniencia o el acierto del criterio elegido por el legislador”. Por el contrario, se ha agraviado por la ilicitud de la conducta estatal.

6°) Que el 10 de junio de 1993 la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz sancionó la ley 2316, cuyo artículo 1° dispone la creación de la Reserva Provincial Península de Magallanes. En los artículos siguientes, se estableció que el poder ejecutivo debía confeccionar un plan de manejo del territorio, para lo cual se fijó el plazo de 180 días (artículo 2°), al cabo de los cuales debía enviar dicho plan de manejo a la Cámara de Diputados para su tratamiento y sanción, para cuya tarea se fijó, a su vez, el plazo de 60 días (artículo 3°). En la misma ley se decidió suspender “la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la Reserva” (artículo 5°). No ha mediado controversia que entre los inmuebles alcanzados por esta suspensión están los de la firma Coihue S.R.L. Se previó que la restricción duraría 240 días, es decir, el mismo tiempo en el cual el poder ejecutivo debía confeccionar el plan de manejo del territorio (180 días) y la legislatura tratarlo (60 días). De la discusión parlamentaria que precedió a la sanción de la ley 2316 surge que se trataba de un proyecto presentado un año antes por el poder ejecutivo y que el propósito central de la sanción fue el de evitar que tuviese lugar en la zona un desarrollo desordenado y perjudicial para la preservación de las condiciones naturales del territorio. El requisito de la intervención legislativa posterior a la elaboración del plan de manejo, prevista en el artículo 3°, fue incorporada al texto en consideración al impacto que la ley tendría sobre la propiedad privada de los inmuebles ubicados dentro del área protegida (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 10 de junio de 1993, intervención de la legisladora Crespo Vda. De Riera, página 255).

La ley 2316 recibió el veto parcial del gobernador (decreto 985/1993). El artículo 5° de la ley fue el texto observado. Según se desprende de la expresión de motivos del veto, en la zona se encontraba proyectada una obra hidroeléctrica sobre el río Mitre, en un lugar ubicado dentro de los límites de la nueva reserva. Por consiguiente, el poder ejecutivo propuso al legislativo modificar el artículo 5° para excluir esa obra pública de la suspensión general de proyectos de desarrollo que esta-

blecía el texto original de la norma. La legislatura aceptó la propuesta. Tuvo en cuenta para ello el estudio de impacto ambiental de la central hidroeléctrica que se había solicitado a la Universidad Nacional de La Plata (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 26 de agosto de 1993, página 488 y ss.). Esta sesión legislativa es de suma importancia para comprender el alcance de las restricciones introducidas en el artículo 5° de la ley 2316. El cuerpo legislativo quedó dividido en dos posiciones antagónicas. El legislador que representó la posición contraria al veto y a la modificación propuesta por el ejecutivo, sostuvo que no era necesario hacer la excepción porque la obra hidráulica era un proyecto que no comprometía el destino de las tierras y, por lo tanto, no caía dentro de la prohibición establecida en el artículo 5° de la ley 2316 (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 26 de agosto de 1993, intervenciones del legislador Lafuente, especialmente páginas 489, 490 y 491). En sentido contrario, la legisladora que actuó como portavoz de la posición favorable a la propuesta del ejecutivo, expresó que el artículo 5° contemplaba tres categorías de actos prohibidos: las subdivisiones, los proyectos de desarrollo y *cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la reserva*. De las tres clases de actos, solamente la tercera categoría incluía en su definición el efecto sobre el destino de las tierras. Como las obras sobre el río Mitre, de acuerdo con dicha legisladora, correspondían a la categoría “proyecto de desarrollo” quedaban alcanzadas por la prohibición con independencia de sus efectos sobre el destino de las tierras. Cabe reproducir el siguiente pasaje de la intervención de la legisladora Fernández de Kirchner por su claridad y contundencia: “El espíritu del proyecto del Ejecutivo -y la intención de los legisladores- era que mientras se discutiera el Plan de manejo no se hiciera absolutamente nada en la reserva” y, más adelante, “la intención que tuvimos en aquella oportunidad fue que durante ese lapso no se hiciera absolutamente nada, por eso ahora el Poder Ejecutivo debe vetar el artículo 5° y exceptuar la construcción de este emprendimiento” (cfr. loc. cit., intervenciones de la legisladora Fernández de Kirchner, especialmente página 491). En la votación final, con el voto dirimente del presidente del cuerpo, prevaleció la decisión de aprobar el proyecto de reforma enviado por el poder ejecutivo (cfr. loc. cit. página 492). El texto definitivo del artículo 5° fue el siguiente:

“Artículo 5°.- Quedan suspendidos, con la sola excepción de los trabajos tendientes a la construcción de la Central Hidroeléctrica Río Mitre a construirse sobre el río homónimo, por el término de doscientos

cuarenta (240) días de la sanción de la presente, la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la reserva”.

Si bien los plazos contemplados en la ley 2316 tenían carácter improrrogable (vid. artículos 2° y 3°), el 12 de mayo de 1994, la legislatura, por unanimidad, sancionó la ley 2355 por la que se prorrogó 270 días el vencimiento del plazo previsto para que el poder ejecutivo elaborase el proyecto de plan de manejo. Según explicó el miembro informante, el ejecutivo había solicitado más tiempo porque diversas circunstancias habían demorado su elaboración. Entre ellas, mencionó las dificultades para ubicar un técnico especializado en planes reguladores, la cantidad de trabajos de campo necesarios, la “reconstrucción dominial” y los estudios de fauna y flora. Y agregó “está faltando la historia dominial, es decir quiénes fueron los antiguos pobladores del lugar, desde los indígenas hasta nuestros tiempos, y cuáles van a ser los proyectos que van a ser aprobados para el manejo del área”. Aclaró que se estaba trabajando en la redacción del plan de manejo definitivo y que se habían cometido errores por parte de la comisión al computar el plazo legal como si se tratase de días hábiles y no corridos. También se hizo referencia a que los integrantes de la comisión encargada de elaborar el plan no estaban dedicados exclusivamente a eso, sino que tenían también otras funciones. A continuación, el proyecto de ley fue sancionado por unanimidad.

Dentro del nuevo plazo otorgado por la ley 2355, el poder ejecutivo envió el plan de manejo al legislativo. Sin embargo, por razón de su extensión y complejidad, la Cámara de Diputados no estuvo en condiciones de tratarlo y sancionarlo dentro del término de 60 días previsto en el artículo 3° de la ley 2316. En estas condiciones, la legislatura decidió prescindir del proyecto remitido por el ejecutivo y sancionar, como plan de manejo, una lista de objetivos que deberían ser observados en la Reserva Península de Magallanes (conf. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 24 de noviembre de 1994, página 856 y ss.). La ley fue publicada con el número 2387. Además de aprobar el plan de manejo que reemplazó al elaborado por el ejecutivo (artículo 1°), dispuso, en lo que aquí concierne, mantener la suspensión para autorizar nuevas subdivisiones en la reserva (artículo 2°). En palabras del legislador Ocampo, miembro informante del proyecto de ley, al examinar el proyecto de plan de manejo remitido por el ejecutivo, los diputados encontraron que contenía “muchas cuestiones -fun-

damentalmente técnicas- que nosotros no podíamos evaluar porque no teníamos la capacidad técnica para hacerlo y también había muchas cuestiones que a los legisladores nos parecía que no debían estar incluidas dentro de ese Plan o que no eran elementos de tratamiento dentro del mismo” (loc. cit. páginas 857/858). En el mismo sentido, las declaraciones que hizo en la sesión el legislador Lafuente. Así, sostuvo: “lo que pasa es que no sabemos -y esta es la situación en la que ahora nos encontramos: ¿cuál es realmente el desarrollo sustentable de la Península? Esta es la dificultad de la cuestión que tenemos que resolver. ¿Por qué no lo sabemos? Porque es un tema relativamente nuevo, porque no contamos con experiencia, a nivel nacional, en la solución de problemas similares, porque requiere [...] la necesidad de estudios más profundos realizados por personas que tengan más conocimiento sobre la materia” (loc. cit. página 860).

El 15 de diciembre de 1994 el poder ejecutivo dictó el decreto 1785 por el cual vetó el artículo 1° de la ley 2387 y propuso otro texto para dicha norma. La lista de metas aprobada como “plan de manejo” pasan, en nuevo texto, a ser los “objetivos” que deberían observarse en la realización de un futuro plan de manejo. La confección del plan de manejo, establece el mismo decreto, se haría con la participación del “Emcatur” (referencia probable al Ente Municipal Calafate Turístico), los propietarios de tierras de la reserva, la Subsecretaría de Turismo, la Subsecretaría de Interior y el Consejo Agrario Provincial. Además, el decreto 1785 dispone que deberá requerirse asesoramiento de personal científico y técnico. Como fundamento del veto, se expresa que, los objetivos aprobados por la legislatura “no componen «per se» la totalidad de la materia que un Plan de Manejo debe agotar”. Se aclara que el propósito del ejecutivo es dejar incólumes los principios y objetivos señalados por el legislador, así como la suspensión instada y la nominación de una nueva autoridad de aplicación” y concretar “la adecuación jurídicamente más acorde” (conf. Boletín Oficial, Año XXXIX, N° 2581, Río Gallegos, 20 de diciembre de 1994, página 2). En resumen, se dejó sin efecto la aprobación del plan de manejo y se mantuvo la suspensión, aunque limitándola a las nuevas subdivisiones, sin mencionar los proyectos de desarrollo y los actos que pudieran comprometer el destino de las tierras. Por lo demás, estableció cómo se procedería de ahí en más para elaborar otro plan de manejo.

Ya vencidos los 270 días otorgados por la ley 2355, el poder ejecutivo solicitó un nuevo plazo de 400 días para la elaboración del plan de

manejo del área Península de Magallanes. Según se puede leer en la nota enviada a la legislatura, hacia noviembre de 1995 se encontraban en estudio las ofertas para “la contratación de una O.N.G. o consultora con antecedentes en Planificación de Áreas Naturales Protegidas y experiencia en Planes de Desarrollo Económico Turístico” (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 30 de noviembre de 1995, página 708). El cuerpo legislativo sancionó, entonces, la ley 2425 cuyo artículo 1° concede una prórroga al ejecutivo hasta el 30 de junio de 1996. En la misma ley se restableció la suspensión para aprobar proyectos de desarrollo que había sido omitida en la ley anterior. Para ello, se modificó el artículo 2° de la ley 2387, que quedaría redactado en los siguientes términos:

“Artículo 2°.- Quedan suspendidas, hasta la sanción por esta Legislatura del Plan de Manejo del Área a que alude la Ley 2316, la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos, de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la Reserva”.

La medida fue objeto de cuestionamientos durante la sesión en que se debatió la nueva ley. Un legislador manifestó que “en el caso de la Península de Magallanes, desde el mes de junio del año 1993 venimos estableciendo limitaciones al derecho de propiedad y no es una buena señal que sigamos extendiendo este tipo de procedimiento si es que Santa Cruz aspira a propiciar la radicación de inversiones privadas” (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 30 de noviembre de 1995, intervención del legislador Lafuente, página 709). En respuesta, se dijo que se trataba efectivamente de “una limitación al derecho de propiedad, pero nosotros no lo estamos imponiendo sine die, es decir, sin un término fijo, ya que establecemos que el Poder Ejecutivo debe elaborar el Plan de Manejo en un plazo que no podrá exceder el 30 de junio” el que “tiene que ser tratado por esta Cámara antes de la finalización del período de sesiones ordinarias del próximo período legislativo, queda claro que no es una limitación sin término, tiene un término fijo y esperamos que esta vez se cumpla” (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 30 de noviembre de 1995, intervención del legislador Puricelli, página 710). También se dijo que “las demoras que hemos tenido en esta Legislatura por falta de conocimiento y de manejo del tema, de ponernos de acuerdo con los particulares, los intereses económicos que puede tener la hotelería de El Calafate y los intereses que puedan tener los grandes grupos de operadores turísticos del mundo que es-

tán interesados en la Península de Magallanes. Esta es una cuestión que de a poco se va a ir superando, la Provincia ha decidido contratar gente especializada para definir un Plan de Manejo y encontrar una respuesta más objetiva” [...] “Entonces, primero Plan de Manejo y, a posteriori abrir la posibilidad de subdivisiones e inversiones, si no estamos haciendo las cosas al revés...” (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 30 de noviembre de 1995, intervención del legislador Chaile, página 712). Después del debate, se pusieron a consideración dos despachos: uno de minoría que solamente otorgaba la prórroga pedida por el Ejecutivo y otro de mayoría que, además, restablecía la suspensión de la aprobación de subdivisiones, proyectos de desarrollo y demás actos que pudieran comprometer el destino de las tierras mientras no se aprobase el Plan de Manejo (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 30 de noviembre de 1995, páginas 712/713). La mayoría se inclinó por el segundo proyecto que se transformó en la ley 2425.

El 12 de septiembre de 1996 la legislatura provincial discutió y sancionó la ley 2442 que otorgó una nueva prórroga del plazo (240 días) dentro del cual el poder ejecutivo debía presentar el plan de manejo. El legislador que presentó el proyecto declaró que hasta el momento no se había podido sancionar el plan de manejo porque “había mucho desacuerdo en el tratamiento del mismo”. Acto seguido, informó que la comisión convocada por el ejecutivo había finalizado su trabajo y que el proyecto de plan de manejo, aunque todavía no se había remitido oficialmente, ya estaba de hecho en manos de los legisladores. También aclaró que, una vez ingresado de manera oficial, debería ser sometido al proceso legislativo y para ello resultaba necesario ampliar los plazos “por última vez, esto tiene que quedar perfectamente claro, porque si no este tema va a seguir siendo un cuento de nunca acabar” (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 12 de septiembre de 1996, página 522). Esta vez también la iniciativa contó con la oposición de algunos legisladores que señalaron otros aspectos de la cuestión. Se dijo que el “estado de falta de cobertura legislativa respecto de todo lo que se puede hacer en la Península de Magallanes afecta los derechos de los ciudadanos y retrasa el desarrollo de la región” y que “lo que se debería haber hecho desde el inicio era haber llamado a licitación para contratar a gente especializada para que realicen este plan” (cfr. loc. cit., intervención del legislador Bielle, página 523).

El 25 de junio de 1998 la legislatura, al sancionar la ley 2492, mantuvo el criterio de la ley 2425 y supeditó el cese de la prohibición para realizar subdivisiones y proyectos de desarrollo en la Reserva Península de Magallanes a la sanción del plan de manejo. La suspensión de las autorizaciones para ese tipo de actividades se mantendría “por dieciocho meses o hasta la sanción de un Plan de Manejo de dicha área”. La ley fue sancionada por unanimidad. Los dichos de un legislador durante la sesión revelan que el plan de manejo elaborado en el ámbito del poder ejecutivo ya estaba siendo tratado en las comisiones de la legislatura (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 25 de junio de 1998, intervención del legislador Zannini, página 326).

Esta situación se mantenía al momento de iniciarse la demanda. Cabe mencionar que el 22 de octubre de 2003, se sancionó la ley provincial 2662 por la cual un sector de la Península de Magallanes fue declarado Parque provincial. No ha sido materia de controversia en autos el hecho de que los terrenos propiedad de la parte actora fueron alcanzados también por esta ley. Con posterioridad, el 13 de septiembre de 2007, se publicó en el boletín oficial de la provincia una resolución fechada en el año 2004, dictada por el Director General de Recursos Naturales. Se trata de la disposición 6/2004, cuyo artículo 1° pone en vigencia un Programa de Ordenamiento de Usos Públicos para el Parque y Reserva Provincial Península de Magallanes. En el artículo 2° se hace la aclaración de que este Programa tendrá vigencia hasta el momento en que se sancione el “Plan de Manejo”. En cuanto a los proyectos o temas planteados por los propietarios u operadores del área se dispone que no serán resueltos sino hasta el momento en que sea sancionada la ley que aprueba el plan de manejo (artículo 4°).

7°) Que todo lo anterior permite hacer las siguientes afirmaciones sobre algunos de los puntos controvertidos. Primero, la prohibición para realizar proyectos de desarrollo dentro de la reserva fue absoluta, con la única excepción de la Central Hidroeléctrica Río Mitre. En tanto ello fue así, no puede aceptarse la defensa opuesta por la Provincia de Santa Cruz en el sentido de que era posible realizar proyectos de desarrollo que no comprometiesen el destino de las tierras del área protegida. Segundo, dicha prohibición no fue una consecuencia directa de la creación de la reserva, sino que ella se debió a la carencia de un plan de manejo de las tierras afectadas al momento de sancionarse la ley 2316 y del fracaso en concebirlo y aprobarlo con posterioridad. Y,

tercero, que el fracaso en establecer el plan de manejo de las tierras afectadas al área protegida Península de Magallanes se ha debido a la impericia de las autoridades locales para regular el uso de las tierras dentro del área protegida y a la decisión de omitir la consideración de cualquier otra forma de preservar los fines buscados con la creación de la reserva que no sea la obliteración de los derechos de los propietarios afectados (en este sentido, no se extendió a los emprendimientos privados la solución adoptada para la obra pública sobre el Río Mitre, es decir, la posibilidad de supeditar todo proyecto a la previa estimación de su impacto ambiental).

8°) Que la demandada ha negado que los eventuales daños en el patrimonio de la actora fueran consecuencia directa de las limitaciones al dominio introducida por la legislación provincial. Sostiene que el artículo 5° de la ley 2316 no restringe toda explotación económica sobre los fundos ubicados dentro del área protegida, sino solamente aquellas actividades económicas que pudieran “comprometer el destino de las tierras de la reserva”. Si ello fuera así los eventuales daños sufridos por la actora serían consecuencia de su imposibilidad de hallar un proyecto compatible con el destino de las tierras protegidas y no de las decisiones tomadas por las autoridades provinciales. La parte actora ha demostrado con contundencia que, mientras estuviese pendiente la sanción del plan de manejo mencionado en el artículo 2° de la ley 2316, el impedimento para llevar adelante un proyecto de desarrollo mencionado en el artículo 5° de la misma ley, fue absoluto y con ese entendimiento fue sancionado y luego aplicado. Lo primero, como ya se ha visto, surge con total claridad del debate parlamentario que tuvo lugar en la legislatura de Santa Cruz en ocasión de aceptarse el veto parcial del gobernador al texto original del artículo 5° de la ley 2316. El carácter absoluto de la prohibición para realizar proyectos de desarrollo en las tierras comprendidas dentro de los límites de la reserva explica el veto dispuesto por el ejecutivo provincial en el decreto 985/1993 y la excepción dispuesta para la construcción de la Central Hidroeléctrica Río Mitre.

El carácter absoluto del impedimento para llevar adelante cualquier proyecto de desarrollo fue asumido por el poder judicial provincial. Es lo que surge de la causa “Lacustre Sud S.A. c/ Bellini, Oscar s/ daños y perjuicios” que tramitó, bajo el número L—10127/01, por ante el Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 2 de la ciudad de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz, incorporada al

expediente como prueba documental. En dicha causa tramitaba una demanda promovida por una firma que había puesto a la venta sus inmuebles ubicados en el área protegida “Península de Magallanes” contra un legislador de la provincia que denunció en diversos medios de comunicación el carácter engañoso de la oferta de venta, puesto que no mencionaba las restricciones que pesaban sobre los inmuebles. La actora en su demanda alegaba que las declaraciones del legislador eran difamatorias y habían afectado severamente la posibilidad de vender el bien. Por su parte, el legislador demandado opuso como defensa el argumento de que sus dichos habían sido estrictamente veraces y que había hecho tales declaraciones en defensa de los eventuales interesados en la oferta que podían verse defraudados, puesto que en los inmuebles no podía llevarse a cabo ninguna actividad económica. Los tribunales provinciales fallaron en contra de la actora (fojas 463 y ss., sentencia de primera instancia y fojas 559 y ss. sentencia confirmatoria de segunda instancia). El fundamento central fue que el legislador accionado había probado que, efectivamente, la ley provincial y la autoridad de aplicación habían dispuesto una restricción total para desarrollar proyectos de desarrollo dentro del área protegida hasta tanto se sancionase el plan de manejo de las tierras. Para ello, se tuvo como principal, aunque no exclusivo, fundamento el informe rendido en la causa por el organismo administrativo que funcionaba como autoridad de aplicación, el Consejo Agrario Provincial. A fojas 337 del expediente, con fecha 5 de marzo de 2002, el presidente de dicha entidad había expresado que “hasta tanto se dicte el Plan de Manejo no pueden otorgarse permisos para emprendimientos”. El legislador provincial obtuvo entonces una sentencia favorable del poder judicial local sobre la base de lo informado por la administración de Santa Cruz que de manera coincidente concluyó que la restricción establecida inicialmente por el artículo 5° de la ley 2316 alcanzaba a toda posible explotación económica y que ella duraría hasta tanto se dictara el plan de manejo mencionado en el artículo 2° de la misma ley. En estas condiciones, debe concluirse que la ley 2316, tal como ella fue sancionada, aplicada e interpretada por las autoridades locales, no dejaba espacio para efectuar ninguna inversión productiva en los terrenos privados comprendidos en el área protegida “Península de Magallanes”.

9°) Que, según resulta de lo antes expuesto, la Provincia de Santa Cruz desde 1993 ha prohibido la realización de cualquier actividad económica en los inmuebles propiedad de la parte actora. Esta conducta, por las consideraciones que se harán más adelante, ha

generado daños a la parte actora que deberán ser resarcidos por la Provincia de Santa Cruz. La responsabilidad del estado provincial tiene como fundamento el carácter irregular de las acciones llevadas a cabo por las autoridades locales para limitar los derechos de la demandante reconocidos por el Código Civil entonces vigente al titular del dominio (artículos 2506, ss. y ccs.) y garantizados por los artículos 14 y 17 de la Constitución. Esta Corte ha reconocido el derecho a reclamar del estado la compensación de los daños causados por el obrar negligente y erróneo de sus organismos (Fallos: 329:1881), con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil (ley 340), norma que se encontraba vigente en la época de los hechos generadores del perjuicio y en la que los daños reclamados tuvieron consumación (cfr. Fallos: 338:1455).

La primera actuación, al menos negligente del estado, fue la de crear un área protegida que imponía limitaciones categóricas sin aprobar simultáneamente un régimen de usos permitidos en los predios que eran propiedad de particulares cuando no mediaban razones de urgencia que justificasen tal proceder. Se prohibió temporalmente toda actividad económica privada en el territorio hasta la elaboración y aprobación del plan de manejo de las tierras. Si bien esta limitación estuvo inicialmente sujeta a un plazo, no mediaron razones de emergencia que la justificaran. No fue por falta de tiempo que se sancionó la ley 2316 sin contar con un régimen de uso de las tierras. En efecto desde la presentación del proyecto de ley de creación de la reserva hasta su sanción, transcurrió un año (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 26 de agosto de 1993, página 490), tiempo que excede considerablemente los 180 días que se otorgaron al ejecutivo para cumplir con la confección del proyecto de Plan de Manejo. Tampoco se conocen las razones por las cuales, advertido el cuerpo legislativo de la gravedad que revestían las restricciones al dominio, no se evaluaron medidas menos gravosas, tales como condicionar los proyectos de desarrollo en los terrenos privados a una prueba de aptitud ambiental. No se trataba en absoluto de un camino novedoso, pues era el propuesto en el proyecto de resolución remitido por el ejecutivo local para la realización de la obra hidráulica sobre el río Mitre (cfr. loc. cit. página 488). En síntesis, la severa limitación al ejercicio de los derechos de la parte actora no se debió a urgencias objetivas vinculadas con la protección del ambiente, sino a falencias en el proceso decisorio de las autoridades provinciales.

A lo dicho debe agregarse que la Provincia de Santa Cruz no ha ofrecido en esta causa, ni tampoco fuera de ella, justificación alguna para haber postergado recurrentemente y, al cabo, para diferir *sine die* la obligación de sancionar el Plan de Manejo establecida por los artículos 2° y 3° de la ley 2316 y, al mismo tiempo, mantener la prohibición de realizar cualquier explotación sobre los inmuebles pertenecientes a los particulares situados dentro del área protegida.

Todo lo contrario. De los hechos probados resulta que la imposibilidad de las autoridades provinciales para elaborar el plan de manejo del territorio protegido se debió a una causa recurrente cuya exacta naturaleza no ha salido a la luz. Las declaraciones de los legisladores que intervinieron en los debates que tuvieron lugar en el seno de la legislatura provincial muestran que se fueron alegando a lo largo del tiempo motivos diversos para explicar la inexistencia de un plan de manejo que revelan impericia para llevar a cabo la tarea, imprevisión sobre los pasos a seguir, errores en el cómputo de plazos, subestimación de dificultades, etcétera. Además, concurren circunstancias ciertamente inexplicables. La más significativa para el caso está dada por la decisión obstinada de sujetar la prohibición de explotar los inmuebles privados a la condición de que se aprobase el plan de manejo aun cuando era manifiesto que existía una falla persistente en el proceso de creación de las normas que impedía cumplir con esa condición.

Cabe mencionar algunos indicios que marcan la existencia de esa falla en el funcionamiento del gobierno local. Cuando el poder ejecutivo, finalmente, envió a la Cámara de Diputados el proyecto de plan de manejo, esta no lo trató, aparentemente por carecer de la pericia necesaria para evaluar el acierto del proyecto y sancionó, en su lugar, una lista de objetivos generales (ley 2387). El poder ejecutivo, vetó la ley porque esos objetivos no servían como plan de manejo de la Reserva. Sin embargo, en lugar de establecer un procedimiento que permitiese al órgano legislativo decidir de manera informada sobre la calidad del proyecto presentado, se tomó la decisión de elaborar un nuevo plan de manejo para lo cual convocó a una comisión de interesados y expertos (conf. decreto 1785 del 15 de diciembre de 1994). Todo ello sin dar razón alguna de por qué el proyecto de plan de manejo ya terminado debía ser desechado.

Surge del registro de la sesión respectiva que el nuevo proyecto elaborado por la comisión mencionada en el decreto 1785/1994 esta-

ba a estudio de la legislatura cuando el 25 de junio de 1998 se debatió y sancionó la ley 2492. Sin embargo, inexplicablemente, este segundo proyecto tampoco fue sancionado.

Por lo demás, no ha ofrecido la provincia justificación alguna para haber omitido durante tres años la publicación oficial de la resolución 6 dictada por el Consejo Agrario Provincial el 4 de noviembre de 2004 (B.O. 13/9/2007) y para mantenerla en vigor al menos durante 12 años más, hasta la sanción de la ley 3466, pese a que se trata de una resolución que expresamente se declara transitoria hasta la aprobación legislativa del plan de manejo definitivo. La resolución 6/2004 contiene una restricción total para realizar cualquier actividad económicamente rentable sobre los inmuebles privados. En los artículos 4° y 5° del Anexo, —además de reproducirse la restricción legal para la construcción de viviendas contenida en la ley 786 entonces vigente— la disposición 6/2004 prohíbe: la subdivisión de lotes, la ganadería, la actividad forestal, la instalación de criaderos, la colocación de cercos y alambrados, las excursiones en vehículos motorizados de cualquier tipo y en bicicleta fuera de los caminos habilitados, la práctica de deportes aéreos, las cabalgatas, la práctica del “trekking” y cualquier tipo de servicio al turismo o edificios no autorizados expresamente por la autoridad de aplicación (conf. fojas 108/109). Todo ello, claro, supeditado a la sanción del esperado plan de manejo (conf. artículo 2° de la disposición 6/2004 y artículos 3.1, 9 y 10 de su Anexo).

La descripción anterior es demostrativa de que el gobierno provincial ha actuado desde la sanción misma de la ley 2316 en 1993 de manera negligente por su manifiesto descuido hacia los perjuicios que su conducta pudiera ocasionar a los dueños de inmuebles ubicados dentro del área protegida Península de Magallanes. Es así puesto que, más allá de la impotencia institucional para dictar la regulación denominada “plan de manejo”, sobre cuya base los propietarios afectados, como lo es la parte actora, pudieran haber dispuesto de un modo razonable y no ruinoso de sus bienes, omitió adoptar medida alguna para mitigar el daño a los particulares. Todo lo contrario, mantuvo obstinadamente la prohibición total para realizar actividades económicamente rentables en los inmuebles privados ubicados dentro del área protegida.

La decisión fue, indudablemente, la de trasladar todos los costos de la falla institucional a los particulares afectados. Basta recordar

que, al discutirse la sanción de la ley 2425, unos pocos legisladores propusieron conceder la prórroga al ejecutivo para elaborar el plan de manejo, pero sin mantener la prohibición para explotar los inmuebles privados. La iniciativa fue rotundamente rechazada pese al hecho, reconocido expresamente durante la sesión, de que las repetidas demoras eran atribuibles al mal funcionamiento del proceso gubernamental de toma de decisiones (cfr. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, 30 de noviembre de 1995, en particular, páginas 710/713).

10) Que, de acuerdo con la Constitución Nacional, las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, reserva que comprende la reglamentación del ejercicio de los derechos asegurados a los habitantes por la propia Constitución, sin otra limitación que la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo y la medida en que la reglamentación sea solo eso y no la negación del derecho reglamentado ni de otro alguno garantizado por la Constitución (cfr. Fallos: 288:240). En el mismo sentido, este Tribunal ha establecido que, aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435; 344:126, entre otros).

Las normas y los actos que han impedido a la firma Coihue S.R.L. explotar sus inmuebles no cumplen con ninguno de los requisitos establecidos por esta Corte para predicar la razonabilidad de las leyes y, en general, de la actividad estatal, puesto que no son un medio para el logro de fines legítimos. Como se ha visto, y contrariamente a lo alegado por la parte demandada, la prórroga continua de la prohibición para subdividir los inmuebles y para realizar cualquier tipo de actividad económica en ellos no ha tenido la finalidad de preservar la integridad medioambiental de la Península de Magallanes —que sería la función del omitido plan de manejo del territorio—, sino la de compensar la falla institucional en virtud de la cual el gobierno provincial ha fracasado sistemáticamente en dictar el plan de manejo con el consiguiente régimen de usos permitidos de los terrenos ubicados dentro del área protegida. Cubrir las consecuencias de la mala administración no es un fin legítimo que pueda servir para justificar la razonabilidad de cercenar derechos individuales.

Lo dicho determina que la suspensión para aprobar subdivisiones de los inmuebles propiedad de la parte actora dentro del área protegida Península de Magallanes y para aprobar proyectos de desarrollo en dichos inmuebles, establecida en la ley 2492 de la Provincia de Santa Cruz y en la disposición 6/2004, dictada por el Consejo Agrario Provincial, son una alteración del derecho de Coihue S.R.L. para usar y disponer de su propiedad (artículos 14 y 28 de la Constitución).

11) Que, como resulta de todo lo dicho hasta aquí, la Provincia de Santa Cruz, desde 1993, ha prohibido realizar en los inmuebles de la parte actora no solamente aquellas actividades con efectos degradantes del medio ambiente y de la integridad del ecosistema existente en la Península de Magallanes, y que por ello estarían prohibidas en un futuro y nunca sancionado plan de manejo del territorio, sino también las actividades económicas que no tendrían ese impacto ambiental y que en consecuencia, cabe suponer, serían permitidas. Esta discriminación entre actividades prohibidas y actividades permitidas constituye la esencia del plan de manejo, según surge de los antecedentes legislativos que se han reseñado anteriormente. Al omitir la sanción de esta regulación, la Provincia de Santa Cruz ha frustrado y cancelado no solamente la posibilidad de que los dueños llevaran a cabo los proyectos de inversión que ellos estaban en condiciones de realizar. La falta de definición de los proyectos admisibles ha impedido que los inmuebles, mediante la forma jurídica adecuada (venta, locación, asociación, etcétera), pudieran ser utilizados por otros agentes económicos que, llegado el caso, estuvieran en mejores condiciones de llevar a cabo una explotación económica sustentable. De esta manera, la decisión tomada por la provincia de someter los inmuebles a un futuro régimen especial que discrimina entre usos permitidos y prohibidos del suelo, pero, al mismo tiempo, negarse a identificar cuáles serían unos y otros es, por sí misma y con independencia de las suspensiones establecidas de manera expresa, una agresión a los principios básicos del sistema económico de la Constitución.

En efecto, las normas promulgadas por la Provincia de Santa Cruz son de aquellas que violan la propiedad privada como derecho individual y, al mismo tiempo, la neutralizan como elemento central del programa constitucional para el desarrollo de la riqueza nacional. Este doble carácter de la propiedad privada está presente en el derecho público argentino desde los orígenes mismos de nuestra organización. Los artículos 14 y 17 de la Constitución han seguido casi literalmente

los artículos 16 y 18 del proyecto de constitución elaborado por Juan Bautista Alberdi (Bases, en: Obras Completas, Buenos Aires, 1886, T. III, p. 561/562). Al justificar la garantía constitucional de la propiedad privada, Alberdi lo hizo no solamente como una condición de la libertad individual, sino como una de las “garantías públicas de progreso y de engrandecimiento” (Bases, capítulo 18, en: Obras Completas, Buenos Aires, 1886, T. III, p. 451). Ya sancionada la Constitución, el mismo Alberdi reiteró la idea afirmando que la propiedad, como garantía de derecho público tiene dos aspectos: “uno jurídico y moral, otro económico y material puramente” (Sistema rentístico, Capítulo II, apartado III, en: Obras Completas, Buenos Aires, 1886, T. IV, p. 164).

En el pensamiento del inspirador de la Constitución en esta cuestión, las leyes destinadas a reglamentar su ejercicio no debían restar eficacia a la propiedad en ninguna sus dos dimensiones. Al respecto, es de todo punto de vista pertinente citar sus palabras una vez más:

“Siendo el desarrollo y la explotación de los elementos de riqueza que contiene la República Argentina el principal elemento de su engrandecimiento y el aliciente más enérgico de la inmigración extranjera de que necesita, su constitución debe reconocer, entre sus grandes fines, la inviolabilidad del derecho de propiedad y la libertad completa del trabajo y de la industria” [...] “Nuestro derecho colonial no tenía por principal objeto garantizar la propiedad del individuo, sino la propiedad del fisco. Las colonias españolas eran formadas para el fisco, no el fisco para las colonias. Su legislación era conforme a su destino: eran máquinas para crear rentas fiscales. Ante el interés fiscal era nulo el interés del individuo. Al entrar en la revolución, hemos escrito en nuestras constituciones la inviolabilidad del derecho privado; pero hemos dejado en presencia subsistente el antiguo culto del interés fiscal. De modo que, a pesar de la revolución y de la independencia, hemos continuado siendo Repúblicas hechas para el fisco. Es menester otorgar garantías de que esto será reformado, y de que las palabras de la Constitución sobre el derecho de propiedad se volverán realidad práctica por leyes orgánicas y reglamentarias, en armonía con el derecho constitucional moderno” (op. cit. p. 452/453).

El principio constitucional que manda respetar la propiedad privada —vale la pena insistir— no implica en absoluto la imposibilidad de una adecuada reglamentación para que su ejercicio sea compatible con otros fines constitucionales como lo es, por ejemplo, la promoción

de un ambiente sano. Pero, sin duda el debido respeto a la propiedad privada conlleva una exigencia constitucional de que tales reglamentaciones sean razonables en todo sentido. En el contexto de autos, la razonabilidad supone no solamente la existencia de un fin legítimo (al que ya se ha aludido), sino también la mayor precisión o definición posible de los usos prohibidos en protección del medio ambiente para, de ese modo liberar, los demás usos a la actividad creadora de riqueza. Esto último viene exigido por el desempeño que la propiedad está llamada a cumplir en el funcionamiento del sistema económico de la Constitución. El aporte de las instituciones jurídicas a este objetivo fundamental de la Constitución se cumple cuando las normas, además de prevenir la violencia o el fraude, aseguran la regularidad y eficacia en la aplicación del derecho, proporcionan claridad y coherencia dentro del sistema legal y proporcionan estabilidad de las reglas. Una atmósfera de completa incertidumbre, además de otras consecuencias, destruye la capacidad de respuesta de la economía a los estímulos de crecimiento (Olivera, Julio H., Crecimiento económico y seguridad jurídica, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Serie I —Anuarios— Número 8, Años X y XI, Segunda Época).

Las restricciones vigentes en Santa Cruz desde 1993, centralmente por su indefinición respecto de su alcance y de su límite temporal, socavan totalmente el derecho de propiedad. En lugar de definir con precisión a qué tiene derecho quien es propietario de un bien dentro del área protegida Península de Magallanes mediante la identificación precisa de las restricciones administrativas necesarias para proteger el ambiente, hacen imposible el acceso a dicha información impidiendo, de ese modo, el uso y la disposición legítima de la propiedad tal como ella es regulada por el Código Civil y Comercial de manera uniforme en todo el territorio de la Nación y asegurada para todos los habitantes por la Constitución Nacional (artículos 14 y 17).

12) Que, corresponde establecer respecto de cada uno de los daños denunciados en la demanda si ellos se encuentran probados, si han sido consecuencia de la conducta irregular de la Provincia de Santa Cruz y en qué medida deben ser reparados por la demandada.

A tal fin, corresponde señalar que los daños provocados a la actora por la conducta de la demandada tienen como base el hecho no controvertido de que la firma Coihue S.R.L. es la propietaria de dos inmuebles ubicados dentro del área protegida Península de Magalla-

nes, en el sector que primero fue declarado “reserva” y, posteriormente, “parque” provincial.

También cabe tomar en consideración la frustración de los intentos puestos en acto por la actora para concretar alguna forma de explotación económica de sus terrenos, lo cual ha quedado demostrado con la prueba documental y testimonial producidas, de la que surgen los diversos proyectos elaborados, uno de los cuales fue incluso puesto en conocimiento de las autoridades (cfr. Nota de fecha 3 de junio de 1998, acompañada a fs. 78, apartado 1.a, punto “m” y declaraciones de fs. 192, 195 y 608).

13) Que la actora menciona en primer lugar los **gastos** incurridos para el relevamiento planialtimétrico llevado a cabo para explotar los inmuebles, los cuales deben ser indemnizados pues se trata de un estudio que no tiene sentido llevar a cabo si no es para establecer qué tipo de actividades pueden realizarse en ese terreno. Asimismo, pide se la indemnice por los gastos vinculados con los proyectos para la construcción y explotación de un hotel en el predio. En relación con este rubro, la pretensión es procedente porque se trata de gastos que fueron incurridos en el contexto de la incertidumbre normativa producida por las continuas prórrogas para establecer el régimen de usos permitidos, es decir, bajo la expectativa fundada de que en algún momento podría llevarse a cabo alguna actividad rentable que le permitiese recuperar estos gastos, expectativa que fue frustrada por la ya descripta falta de cuidado y diligencia con que obraron las autoridades provinciales. Por lo dicho, este rubro será admitido por el valor reclamado de \$ 240.000 (cfr. fs. 72), dado que la prueba documental producida no ha sido objeto de un cuestionamiento concreto por parte de la demandada y la pericia contable consigna que se trata de una suma razonable en función de los gastos denunciados.

La actora también solicita que se la indemnice por la disminución del **valor de venta** de los inmuebles la que sería del 75%, de acuerdo con las conclusiones de la tasación pericial cumplida en autos (cfr. fs. 635/636). La reducción del precio venal de los inmuebles, según lo denunciado por la actora en su demanda y por el perito tasador en su informe, sería una consecuencia de las restricciones establecidas por la provincia demandada para realizar cualquier explotación en ellos, restricciones que subsisten por la omisión de sancionar el plan de manejo del territorio en el cual se establecerán las condiciones bajo las cuales

los inmuebles pueden ser aplicados a una actividad productiva. Por lo tanto, de acuerdo con la posición asumida por la misma actora, la disminución del precio por la cual reclama reviste carácter transitorio y no habría de permanecer una vez dictado el plan de manejo, es decir, una vez removidos los obstáculos para utilizar los terrenos como bienes de capital. Esto último es precisamente lo que pretende la misma actora al incluir en la demanda una pretensión declarativa de inconstitucionalidad de las normas provinciales, punto que será considerado más adelante. Por consiguiente, admitir este rubro indemnizatorio llevaría a un enriquecimiento impropio de la actora que percibiría el 75% del valor de venta de los inmuebles y, al mismo tiempo, mantendría su derecho de dominio sobre tales bienes.

También se reclama en la demanda el equivalente al 10% de la renta acumulada que hubiera generado el hotel proyectado entre el año 1998 y el año 2004 en que se inició la demanda y, además, sobre este monto así determinado, reclama el 40% en concepto de pérdida de chance por no haber podido aprovechar el incremento del turismo en los años previos al inicio de la demanda. Sin embargo, la actora no es terminante en cuanto a si tales rubros corresponden al concepto de lucro cesante o de pérdida de chance. La prueba pericial realizada en autos (fs. 502/507) establece que la explotación del hotel proyectada habría arrojado un resultado neto acumulado para el período 1998-2004 de \$ 64.260.799. Aclara el perito que no es de su incumbencia determinar si corresponde encuadrar esta suma bajo el concepto de lucro cesante o de pérdida de chance. De todos modos, puntualiza que, en la medida que el informe fue realizado a valores actuales (10 de octubre de 2008, fojas 506 vta.), en caso de tomarse la estimación practicada en su informe, no correspondería adicionar nada por pérdida de chance.

La obligación de indemnizar el **lucro cesante** presupone que el reclamante se ha visto impedido de obtener ganancias ciertas y determinadas provenientes de una actividad lucrativa que se vio interrumpida o alterada por el hecho dañoso. Sin embargo, la actividad de hotelería, es decir, el factor generador de las ganancias nunca se concretó ni tuvo más realidad que la propia de todo proyecto. Es por este motivo, que la misma actora pondera su pretensión reclamando solamente el 10% del total acumulado (cfr. fs. 74 vta.). Esta circunstancia, impide afirmar que se trata de ingresos *ciertos* (cfr. Fallos: 338:1477) que la actora estaba en condiciones de percibir, pero que se vio impedida de hacerlo por causa de la conducta dañosa de la demandada.

Sin embargo, sí resulta indiscutible que la actora tenía una oportunidad de obtener ganancias con la explotación de sus terrenos que se vio eliminada por el bloqueo total establecido en la ley 2316 y siguientes. Esa oportunidad de realizar una actividad lucrativa es en sí misma un valor cuya pérdida, bajo el concepto de **pérdida de chance**, ha sido admitida como un daño resarcible (cfr. Fallos: 321:542). Como se trata de compensar la pérdida de ganancias probables, pero no ciertas en el sentido antes indicado, la cuantificación de este rubro debe hacerse mediante la ponderación del volumen de esas ganancias esperadas de acuerdo con una cierta probabilidad. Por lo demás, sería contrario al concepto de “chance” y a lo dicho antes respecto del lucro cesante considerar que la actividad lucrativa y las ganancias que esta devengarían tenían una probabilidad igual a uno, es decir, que eran cien por ciento seguras. En tales condiciones, el reclamo del 10% del resultado neto del negocio frustrado se ajusta más a este concepto que al de lucro cesante y en estos términos será admitido por un total de \$ 6.426.080, con más los intereses que se devengarán desde el 10 de octubre de 2008, fecha de la estimación pericial a valores que eran actuales a ese momento.

En atención a la regla que esta Corte ha seguido de modo invariable, no corresponde reconocer a las personas jurídicas un daño extrapatrimonial que pueda ser indemnizado bajo la categoría de **daño moral** (cfr. Fallos: 313:284; 315:2607 y “Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 325:1761). Por esta razón, tampoco corresponde admitir lo reclamado por este concepto.

14) Que los intereses correspondientes al reclamo en concepto de daño emergente (compensación de gastos en estudios, proyectos y asesoramiento) se deberán calcular desde el 10 de junio de 1993 hasta el efectivo pago. En relación con la suma reconocida en concepto de pérdida de chance, los accesorios deberán calcularse a partir del 10 de octubre de 2008. En ambos casos, el cálculo deberá hacerse mediante la utilización de la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (Fallos: 326:1299, disidencia parcial de los jueces Nazareno, Fayt y Maqueda y causas CSJ 457/1998 (34-S)/CS1 “Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencia del 19 de agosto de 2004; CSJ 103/1999 (35-R)/CS1 “Roque Reymundo e Hijos S.A.C.I.F.A.I. c/ San Luis, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 7 de junio de 2005; y “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército)” -Fallos: 333:31-).

15) Que, por las mismas razones desarrolladas anteriormente y las demás vertidas en CSJ 2511/2005 (41-A)/CS1 “Apen Aike S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, voto del juez Rosenkrantz, sentencia del día de la fecha, corresponde hacer lugar a la demanda en lo concerniente a la pretensión de carácter declarativo que también integra el objeto del proceso. Como lo ha resuelto esta Corte en numerosas ocasiones, este tipo de acciones tienen una finalidad prospectiva: la de precaver aquellos perjuicios derivados de la aplicación de las normas impugnadas y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206; 327:1034 y 331:2178, entre muchos otros).

De tal manera, corresponde declarar que la prohibición de hacer subdivisiones, proyectos de desarrollo o “...cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras” (vigente al momento de iniciarse las presentes actuaciones, entre otras, por la ley 2492 y en la disposición 6/2004 del Consejo Agrario) constituye una vulneración inconstitucional de los derechos de propiedad de la parte actora. Por lo tanto, el cumplimiento de tales prohibiciones, previstas en las normas citadas o en cualquier otra que las sustituya, no podrá serle exigido hasta que la Provincia de Santa Cruz establezca el régimen definitivo de restricciones al dominio aplicable a los inmuebles privados ubicados dentro del Parque Provincial Península de Magallanes. Durante el mismo lapso, tampoco resultará exigible a la demandante la disposición 6/2004 en cuanto le impide ofrecer todo tipo de servicios al turismo.

Si bien el plazo transcurrido ha sido más que suficiente para que las autoridades provinciales adoptasen el llamado “plan de manejo”, es decir, un régimen definitivo y razonable de limitaciones al dominio dentro del parque, resulta prudente abrir un breve e improrrogable período posterior al presente fallo dentro del cual la parte demandada tenga la posibilidad de adoptar esa medida, ello para no menoscabar su legítimo propósito de preservar el ambiente. A tal fin, resulta apropiado disponer que la presente sentencia tendrá plena efectividad una vez transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días corridos, el que comenzará a computarse con la notificación del fallo a la parte demandada.

16) Que los tres jueces firmantes de los dos votos que concurren a formar la sentencia del Tribunal, más allá de los distintos fundamen-

tos desarrollados, comparten el mismo juicio sobre la trascendencia del pronunciamiento que hoy se dicta. Los hechos del caso han puesto en evidencia el desapego hacia las formas bajo las cuales, de acuerdo con la Constitución Nacional, debe articularse la defensa del ambiente —cuya importancia ha sido puesta de resalto— con el derecho a usar y disponer de la propiedad. Los límites a este derecho establecidos en la Constitución, que van desde la reglamentación razonable hasta la expropiación, abren un campo de posibilidades válidas dentro del cual debe trazarse toda política pública sin alterar el contenido más esencial del derecho de propiedad. Por esa razón, la provincia es responsable por haber violado de modo ilícito el derecho de propiedad. Lo que hoy se resuelve, entonces, no es más que la necesaria consecuencia del camino que ha trazado el pueblo argentino en la búsqueda del bienestar general y los demás bienes trascendentes mencionados en el Preámbulo. En ese camino no hay fines que justifiquen el abandono de la Constitución.

Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal ante la Corte, se resuelve:

1. Hacer lugar a la demanda promovida por la parte actora y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en la ley 2492 (y sus antecesoras) y la disposición 6/2004 del Consejo Agrario.

2. Intimar a la Provincia de Santa Cruz a fin de que en el plazo de 120 (ciento veinte) días dicte un Plan de Manejo (artículo 23 de la ley 3466 y concordantes); transcurrido ese plazo sin que la provincia adopte el respectivo Plan de Manejo, no le serán oponibles a la actora las prohibiciones establecidas en la ley 2492, tampoco las previstas en la disposición 6/2004 del Consejo Agrario Provincial y cualquier otra norma que las sustituya.

3. Condenar a la Provincia de Santa Cruz a pagar la suma de \$ 240.000 en concepto de daño emergente y la de \$ 6.426.080 a título de pérdida de chance, con más los intereses, que se deben computar a la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina. Los accesorios se deberán calcular: a) con relación a los gastos por la realización de estudios desde el 10 de junio de 1993 hasta su efectivo pago; y b) en punto al reconocimiento de la “pérdida de chance”, se deben calcular desde el 10 de octubre de 2008 (fecha de presentación del informe pericial que consigna valores actuales a esa fecha) hasta su efectivo pago.

4. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación, y en su oportunidad, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Nombre del actor: **Coihue S.R.L.**

Nombre del demandado: **Provincia de Santa Cruz.**

Profesionales intervinientes: **Dres. Carlos Alberto Bacqué, Gastón Emilio Yaryura Tobías y Francisco Tobías Lynch y Liliana B. Díaz, Carlos Sánchez Herrera, Iván Fernando Saldívia, Carlos Javier Ramos, Fiscal de Estado.**

Ministerio Público: **Dra. Laura Monti.**

G., M. B. c/ SANCOR SALUD S.A. s/ CIVIL Y COMERCIAL - VARIOS

COMPETENCIA FEDERAL

Toda vez que los extremos disputados conducirán, en definitiva, a la interpretación de normas concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que comprende a las obras sociales y a las restantes prestadoras de servicios médicos, corresponde estar a la doctrina según la cual los casos que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por normas federales, deben tramitarse ante ese fuero por razón de la materia.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

En la tarea de esclarecer la contienda de competencia es necesario atender a los hechos que se relatan en la demanda, y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como indagar en su origen y naturaleza y en la relación de derecho existente entre las partes.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La actora promueve la presente demanda contra Sancor Salud S.A. a fin de obtener el reintegro de los gastos ocasionados por un tratamiento de fertilidad, más los intereses y las costas de la acción (fs. 10/13 del expediente principal, al que aludiré, salvo aclaración; 4/7, expediente n° C- 124378/18; y 13/17, expediente n° C-151286/19).

Primeramente, la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial, vocalía n° 5, de la provincia de Jujuy, el 12 de noviembre de 2018, se declaró incompetente en razón de la materia, con fundamento en que la demandada es una prestadora de servicio médico regida por Ley 23.660 de Obras Sociales, Ley 23.661 de Sistema Nacional del Seguro de Salud y Ley 26.682 de Medicina Prepaga; y que el reclamo tiene su origen en una prestación de salud.

Por esa razón, instó a la actora a que concurra por ante quien correspondiera (fs. 10, expediente n° C-124378/18).

Iniciada la acción nuevamente ante el Juzgado Federal de Jujuy n° 2, el magistrado, el 6 de junio de 2019, se declaró incompetente en las presentes actuaciones con sustento en que, a su criterio, no se encuentran en juego las prestaciones médicas del Plan Médico Obligatorio u otra prestación de un servicio de asistencia médica, ni la organización del sistema de salud, sino que se trata de una cuestión que remite al examen de normas de derecho común. Sobre esa base y en función de lo dispuesto por los artículos 1, 4 y 354, inciso 1, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ordenó el archivo de las actuaciones (fs. 20/21 y 22).

Posteriormente, la actora inició una vez más la acción ante los tribunales ordinarios (fs. 13/17, expediente n° C-151286/19) en los que, luego de que se entablara un conflicto negativo de competencia local, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy, el 26 de noviembre de 2020, declaró la incompetencia de la justicia ordinaria para entender en autos y estimó que correspondía conocer en la causa a la justicia federal. Para decidir de esa manera entendió que la causa versa sobre los alcances de las prestaciones debidas por una obra social respecto de una de sus afiliadas, por lo que exige determinar la pertinencia de la cobertura y, por ende, del reintegro de los gastos erogados, lo que conduce al estudio de las obligaciones

impuestas por la ley 26.682 (fs. 36/39 del expediente n° SJ-16249/19, del agregado).

Enviadas las actuaciones al Juzgado Federal n° 2 de Jujuy, su titular ratificó su postura y elevó la contienda a la Corte Suprema (fs. 29/30).

En tales condiciones, se ha planteado un conflicto negativo de competencia que debe dirimir ese Tribunal, con arreglo al artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

-II-

Sentado ello, estimo oportuno recordar que en la tarea de esclarecer la contienda es necesario atender a los hechos que se relatan en la demanda, y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como indagar en su origen y naturaleza y en la relación de derecho existente entre las partes (Fallos: 341:1232, “Empresa Ciudad de Gualaguaychú S.R.L.”; entre muchos otros).

En autos, la actora dirige su reclamo contra Sancor Salud S.A. a fin de que se le reintegre la suma de \$17.962 abonados por el tratamiento de fertilidad, más intereses y costas. Relata que la demandada reconoció y aprobó la realización de un primer tratamiento de fertilización in vitro en el año 2016 en su totalidad, y que luego de que no se obtuviera resultado esperado, la accionante volvió a realizar un segundo tratamiento recetado el 5 de abril del año 2018, el que también incluía una medicación. Sin embargo, Sancor Salud S.A. se negó a autorizar ese segundo tratamiento y le impuso a la actora el pago de una factura en concepto de “provisión plan especial, por medicamentos especiales” por las sumas que se demandan (fs. 10/13). Funda su reclamo, centralmente, en las leyes 23.660, 23.661, 26.862 -y su decreto reglamentario 956/2013- y en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Así descripto, el planteo exige determinar la pertinencia de la cobertura y, por ende, del reintegro del dinero oportunamente erogado por la actora (v. en igual sentido, CSJN en autos CSJ 360/2021/CS1 “S., L. F. c/ D.O.S.E.M. s/ cobro sumario sumas de dinero”, sentencia del 26 de agosto de 2021).

En ese marco, los extremos disputados conducirán, en definitiva, a la interpretación de normas concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que comprende a las obras sociales y a las restantes prestadoras de servicios médicos. Así, corresponde estar a la doctrina según la cual

los casos que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por normas federales, deben tramitar ante ese fuero por razón de la materia (Fallos: 339:1760, “Coppens”; 340:1660, “P. C.”; FTU 014788/2019/CS001 “Sandile, José Adriano c/ Asociación Mutual Sancor s/ ley 23.660 – obras sociales”, sentencia del 26 de diciembre de 2019; CSJ 360/2021/CS1 cit.).

-III-

Por lo expuesto, corresponde remitir las actuaciones al Juzgado Federal de Jujuy n° 2, a sus efectos. Buenos Aires, 18 de octubre de 2021. *Victor Ernesto Abramovich Cosarin.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Jujuy, al que se le remitirán. Hágase saber a la Vocalía n° 5 de la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, por intermedio del Superior Tribunal de Justicia de dicha jurisdicción.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

SÁNCHEZ, MARTÍN IGNACIO c/ PRUZZO PINNA, LUISINA
GRISEL s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/ LES. O MUERTE)

SEGURO

Exigirle a la aseguradora la prueba de que la demandada no ha cambiado su domicilio con posterioridad, implica una carga que excede lo estipulado en la normativa aplicable, y hace pesar sobre su parte las consecuencias de una simple presunción de laalzada sobre un cambio de domicilio de la demandada que no ha sido alegado ni probado en estos autos.

SEGURO

La importancia de la inclusión del domicilio en la póliza radica en el hecho de que, estando consignado en el contrato, dicho domicilio se constituye en domicilio especial para la ejecución de las obligaciones en los términos del art. 101 del anterior Código Civil -actual art. 75 del Código Civil y Comercial de la Nación- y para que surtan efecto entre las partes respecto de las consecuencias de ese contrato; por esta razón, el cambio de domicilio debe ser notificado fehaciente o idóneamente a la contraparte.

SEGURO

La obligación que pesa sobre la citada en garantía de pronunciarse acerca del derecho del asegurado bajo apercibimiento de que, en caso de silencio, se presuma su aceptación (art. 56 de la ley 17.418), impone para su operatividad que sea notificado en el domicilio especial, que es aquel consignado en la póliza o el denunciado ulteriormente por el asegurado, si fuera el caso.

CONTRATO DE SEGURO

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 artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por la Corte cuando

el a quo ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la citada en garantía en la causa Sánchez, Martín Ignacio c/ Pruzzo Pinna, Luisina Grisela s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, para decidir sobre su procedencia:

Considerando:

1º) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción, condenando a la demandada y desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Caja Seguros S.A., disponiendo que el monto de condena podía ser ejecutado contra la citada en garantía en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Para decidir este último aspecto, la alzada hizo hincapié en que el vínculo entre la empresa de seguros y el tomador constituía una típica relación de consumo, por lo que el contrato debía ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor (art. 37 de la ley 24.240).

Entendió que el asegurado tenía la obligación de comunicar a la aseguradora el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo, y esta última debía expedirse acerca del derecho de aquél dentro de los treinta días de recibida la información complementaria (art. 46 y 56 de la ley 17.418).

Sostuvo que a tenor del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a cada parte le incumbía la carga de probar los hechos que son presupuesto para la aplicación de la norma que invoque como fundamento de su pretensión, excepción o defensa, por lo que era la Caja de Seguros S.A. quien debía acreditar que se habían cumplido los requisitos necesarios para hacer efectivo el “no seguro” que alegó. En ese sentido, manifestó que no había constancias de que

hubiera sido entregada la carta documento en donde la aseguradora notificaba a la demandada el rechazo de la cobertura por tratarse de un riesgo no cubierto, pues la misiva enviada al domicilio que figuraba en la póliza había sido devuelta a su remitente con la observación “cerrado con aviso”.

Sostuvo que la citada en garantía tampoco había acompañado la denuncia de siniestro realizada por su asegurada, por lo que no había constancia de que hubiera constituido otro domicilio en la calle Paunero 848 de la localidad de Muñiz, Provincia de Buenos Aires, a donde fue dirigida la segunda carta documento. Agregó que aunque ésta había alegado que era el domicilio que figuraba en la cédula verde, solo acompañó una fotocopia simple e ilegible, y que el domicilio denunciado por el actor para notificar la demanda era ese mismo, pero con indicación de piso y unidad.

Concluyó que, en tanto incumbía a la aseguradora la prueba del rechazo del siniestro y su notificación a la asegurada, la circunstancia de que no le hubiera sido notificado el pronunciamiento adverso, impedía a la citada en garantía hacerlo valer en esta causa.

2º) Que contra esa decisión, la aseguradora interpone recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja. Sostiene que la sentencia de cámara es arbitraria toda vez que se aparta de forma manifiesta de las constancias probadas de la causa, como consecuencia de lo cual ve seriamente lesionados sus derechos constitucionales de defensa y de propiedad. A su vez, afirma que al analizar si su parte notificó debidamente a la asegurada, la alzada omite considerar lo dispuesto por el art. 16 de la ley 17.418, que establece que el domicilio en el que las partes deben efectuar las denuncias y las declaraciones previstas por la ley o en el contrato, es el último declarado, y que de acuerdo al Certificado de Cobertura y la propia póliza, era el de la calle Manuel Artigas 2677 de Los Polvorines, Provincia de Buenos Aires, a donde fue dirigida la primera carta documento.

Entiende que cumplió con su obligación enviando en término la comunicación al domicilio que figura en el contrato y que en ningún momento fue cambiado por la demandada. Alega que la segunda carta documento dirigida al domicilio que figuraba en la copia de la cédula verde –cuyo original no acompañó porque debía quedar en poder de la asegurada– fue un exceso de diligencia de su parte. Además, dicho do-

micilio fue el mismo donde la actora notificó, bajo su responsabilidad, el traslado de la demanda, agregándole solamente el número de piso y departamento, del cual tampoco obtuvo respuesta positiva. Por último, aclara que no estaba obligada a acompañar con su contestación la denuncia del siniestro, pero que allí se mantuvo el mismo domicilio que figura en la póliza.

3°) 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 artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por este Tribunal cuando el *a quo* ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Fallos: 324:3618; 325:329; 327:5082; 333:203; 340:765, entre otros).

4°) Que el art. 16, segundo párrafo, de la ley 17.418, expresamente dispone que “el domicilio en el que las partes deben efectuar las denuncias y declaraciones previstas en la ley o en el contrato es el último declarado”. La importancia de la inclusión del domicilio en la póliza radica, entonces, en el hecho de que, estando consignado en el contrato, dicho domicilio se constituye en domicilio especial para la ejecución de las obligaciones en los términos del art. 101 del anterior Código Civil –actual art. 75 del Código Civil y Comercial de la Nación- y para que surtan efecto entre las partes respecto de las consecuencias de ese contrato. Por esta razón, el cambio de domicilio debe ser notificado fehaciente o idóneamente a la contraparte.

5°) Que en ese orden de ideas, la obligación que pesa sobre la citada en garantía de pronunciarse acerca del derecho del asegurado bajo apercibimiento de que, en caso de silencio, se presuma su aceptación (art. 56 de la ley 17.418), impone para su operatividad que sea notificado en el domicilio especial, que es aquel consignado en la póliza o el denunciado ulteriormente por el asegurado, si fuera el caso.

6°) Que el domicilio que figura en la póliza es el de la calle Manuel Artigas 2677, a donde fue enviada la primera misiva. De esa forma, exigirle a la aseguradora la prueba de que la demandada no ha cambiado su domicilio con posterioridad, implica una carga que excede lo estipulado en la normativa aplicable, y hace pesar sobre su parte las consecuencias de una simple presunción de laalzada sobre un cambio de

domicilio de la demandada que no ha sido alegado ni probado en estos autos. Tan es así, que incluso las notificaciones realizadas por la actora al domicilio de la calle Paunero, a donde fue dirigida la segunda misiva de la aseguradora –aunque sin indicación de piso y departamento–, no han tenido resultado positivo, pues la accionada se encuentra rebelde.

Por lo expresado, y sin que sea necesario en esta instancia entrar al análisis de la procedencia o no de la exclusión de cobertura intentada por la citada en garantía, se resuelve: Declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado y dejar sin efecto, en lo pertinente, la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito, notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por la **citada en garantía Caja de Seguros S.A.**, representada por el **Dr. Patricio Enrique Petersen.**

Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 95.**

**VAMOS JUNTOS CAPITAL FEDERAL Y OTROS/ PROCLAMACIÓN
DE CANDIDATOS. ELECCIONES PRIMARIAS**

ELECCIONES

Cuando la resolución de oficialización de una candidatura adquiere firmeza ya no existe posibilidad jurídica de excluir a un candidato, sin que resulte relevante que el pedido no provenga de un tercero sino del propio partido o alianza que propuso al candidato o candidata cuya exclusión se pretende o que el fundamento del pedido radique en hechos desconocidos con anterioridad, pues la etapa de análisis de idoneidad de los candidatos tiene un límite temporal preciso luego del cual precluye y ya no puede retrogradarse; una vez cerrada dicha etapa es úni-

camente el juicio exclusivo de los votantes el que habrá de determinar si la persona reúne las condiciones morales requeridas para desempeñar la alta función de representarlos en el marco de las instituciones democráticas del país.

ELECCIONES

Los procedimientos en materia electoral son particularmente importantes, pues ceñirse firmemente a ellos constituye el único modo de garantizar la transparencia en la constitución de la oferta electoral que se pone a consideración de la ciudadanía, asegurando que esta podrá conocer a los candidatos entre los que deberá elegir con suficiente antelación y honrando al mismo tiempo el derecho de los candidatos oficializados a competir para ser elegidos; pasada en autoridad de cosa juzgada una resolución de oficialización de candidaturas, estas quedan a cubierto de cualquier impugnación o decisión, de terceros o incluso de los propios aliados políticos, que pretenda alterar su estatus jurídico.

ELECCIONES

Toda vez que al momento de la presentación del escrito de impugnación de la candidata la instancia para la formulación de impugnaciones y eventuales exclusiones había precluido, resultaba imposible dar curso a lo solicitado- exclusión de la lista de candidatos-, sin que ello resulte alterado por el hecho de que los peticionarios hubiesen invocado que las razones que fundamentaban el pedido de exclusión habían llegado a su conocimiento con posterioridad a la oficialización; por lo cual las eventuales inhabilidades morales que no hubiesen sido oportunamente planteadas debían quedar libradas al juicio de los votantes, que es en definitiva el pilar central de nuestro sistema democrático.

DEBIDO PROCESO

Corresponde concluir que el debido proceso fue desconocido en la causa si desde la presentación del pedido de exclusión de la candidata y la de su decisión transcurrieron varios días sin que durante ese plazo se hubiera dado intervención alguna a la entonces candidata, sumado a que el hecho de que se hiciera lugar a la pretensión de excluir a la aquella apenas tres días corridos antes de la fecha de realización de los comicios, implicaron que la recurrente no pudiera acceder útilmente

a la jurisdicción, lo cual tuvo como consecuencia que, al momento de llegar la causa a la Cámara Nacional Electoral, las elecciones en cuestión se hubieran realizado y los planteos efectuados por ella no hubieran podido ser oídos ni tratados debidamente por ninguna autoridad judicial en el momento en que lo deberían haber sido, esto es, antes del comicio respecto del cual debía tener efecto la exclusión que se pretendía.

PARTIDOS POLITICOS

Los partidos políticos y las alianzas deben tener especial cuidado al seleccionar los candidatos que ofrecerán al electorado y, en consecuencia, deben extremar la diligencia para dirimir las cuestiones que a este respecto pudieran suscitarse por las vías y en las oportunidades previstas expresamente por la legislación electoral.

PRINCIPIO DE PRECLUSION

El principio de preclusión electoral tiene especial trascendencia, no por un apego ritualista a las formas y procedimientos reglados sino fundada en que la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas que trascienden el interés de los partidos, y afectan el normal desenvolvimiento institucional.

DEFENSA EN JUICIO

Lo que la garantía constitucional de la defensa en juicio tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio; así los principios de bilateralidad y contradicción encarnan, entonces, los aspectos más primarios del derecho de defensa y forman parte esencial del debido proceso electoral.

DEFENSA EN JUICIO

La garantía de la defensa en juicio supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deban ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de ser oída y ejercer sus derechos en forma y con las solemnidades que establecen las leyes.

ELECCIONES

En caso de encontrarse en juego derechos electorales relacionados con comicios ya realizados al tiempo del fallo, los poderes de la Corte Suprema se mantienen incólumes para conocer del asunto y efectuar una declaración sobre los puntos propuestos, cuando su intervención encuentra justificación -según su propio juicio de valor- en circunstancias de marcada gravedad institucional, que trascienden el interés de las partes y han comprometido instituciones básicas de la Nación.

ELECCIONES

El Código Electoral Nacional establece un sistema sujeto a plazos precisos para evaluar la idoneidad de los candidatos, tarea que pone en cabeza de la justicia federal con competencia electoral, la que debe pronunciarse necesariamente dentro de plazos breves y perentorios, tanto en primera instancia como en una eventual apelación; por otro lado, dispone que solamente cuando una sentencia firme determine la ausencia de algunas de las calidades requeridas para ser candidato al cargo de que se trate, se activará un mecanismo, igualmente preciso y delimitado, para proceder al reemplazo de la persona que se ha juzgado por dicha sentencia firme como inidónea.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario ha sido bien concedido, toda vez que se ha puesto en cuestión el alcance de normas de carácter federal (arts. 60 y 61, Código Electoral Nacional) y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48).

SENTENCIA ARBITRARIA

Toda vez que algunos de los agravios relativos a la arbitrariedad que se atribuye a la sentencia resultan inseparables de las cuestiones federales planteadas, corresponde su tratamiento aun en ausencia de recurso de queja a ese respecto.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2021.

Vistos los autos: “Vamos Juntos Capital Federal y otro s/ proclamación de candidatos. Elecciones primarias”.

Considerando que:

1°) La Cámara Nacional Electoral, por mayoría, rechazó el recurso de apelación interpuesto por Joanna Agostina Picetti contra la decisión de la jueza federal con competencia electoral que la tuvo por excluida de la lista de candidatos a diputados nacionales de la Alianza “Vamos Juntos”. Contra ese pronunciamiento, Joanna Picetti interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido en lo relativo a los agravios de carácter federal invocados y denegado en cuanto a la arbitrariedad atribuida al pronunciamiento, sin que se dedujese queja contra la denegatoria parcial.

2°) Para una adecuada comprensión de la importancia de las cuestiones involucradas en el presente recurso y de la solución que corresponde adoptar conviene realizar una reseña pormenorizada de lo acontecido.

El 24 de junio de 2017 la Junta Electoral de la Alianza “Vamos Juntos”, mediante resolución 2/2017, resolvió oficializar la lista de pre-candidatos a diputados nacionales para participar de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias programadas para el día 13 de agosto de ese año (fs. 1/3). Esa lista incluía, en el octavo lugar entre los candidatos titulares, a la ciudadana Joanna Agostina Picetti (fs. 3). Dicha resolución de la Alianza hizo mérito de que el Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 1 de esta ciudad había producido el informe previsto en el art. 27 de la ley 26.571, “con el cual se acredita que los precandidatos reúnen los requisitos constitucionales y legales para acceder a los cargos que se postulan” y de que el Registro Nacional de Reincidencias había emitido los informes nominativos correspondientes a cada pre-candidato, informes de los cuales no surgían “impedimentos para su postulación”.

El 29 de agosto de ese año, luego de realizadas las elecciones primarias abiertas y en base a los resultados allí obtenidos, la Junta Electoral de la Alianza “Vamos Juntos” dio por proclamada la lista de candidatos a diputados nacionales, la que quedó conformada con la ciudadana Picetti en el octavo lugar (Acta n° 6, a fs. 136/137).

El 6 de setiembre la titular del juzgado federal referido oficializó la lista de candidatos proclamada por la Junta Electoral en el Acta n° 6. Para ello tuvo en cuenta que sus integrantes no registraban antecedentes penales, que tampoco pesaba sobre ellos inhabilitación alguna para el ejercicio de sus derechos políticos, que la lista había obtenido el número de sufragios necesario para participar de las elecciones generales (art. 45 de la ley 26.571), que era voluntad de la Alianza postular a tales candidatos y que se encontraban satisfechos los demás requisitos fijados por la Constitución Nacional y la legislación vigente (fs. 185/187).

El 27 de setiembre se presentó ante la jueza un escrito de “impugnación” de la candidata Picetti “por incumplir [...] las calidades exigidas por la Constitución Nacional, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 16 (idoneidad), 48 (requisitos formales) y 66 (inhabilidad moral)”. Según se manifestó en ese escrito, habían llegado a conocimiento de quienes lo suscribieron (Elisa Carrió, Carmen Amorín Uribelarrea de Polledo, Paula M. Oliveto Lago, Alejandro García y Juan Manuel López) “hechos delicados respecto de la Sra. Picetti a través de familiares directos suyos” (fs. 190/191). Allí afirmaron, en lo sustancial, que “si bien los informes de reincidencia respecto de la candidata Picetti daban cuenta de que no tenía condenas ni procesos judiciales pendientes, tiempo después conocimos sobre situaciones que tenemos el deber de evaluar”. Concretamente, señalaron que familiares de Picetti (menores de edad) habrían arrimado documentación judicial que “da cuenta de posibles ilícitos penales contra la integridad sexual tales como corrupción de menores u otros” (fs. 190). Continuaron afirmando que luego de recibida la documentación se le habrían pedido explicaciones a la candidata, quien habría presentado a los impugnantes una resolución judicial en la que se la sobreesía por los “hechos denunciados por el padre de sus hijos. Igualmente ante la gravedad de las acusaciones que sus familiares realizaron y nos manifestaron y siendo que sus tres hijos por resolución judicial se encuentran en custodia de su padre y que la señora Picetti tiene orden de no poder acercarse a los mismos”, le pidieron que renun-

ciara a su candidatura para “poder resolver en la justicia los cuestionamientos que aún tiene pendientes sin las inmunidades de las que gozaría como diputada nacional”, a lo que Picetti se habría negado. Por ello, solicitaron a la jueza federal que se excluyese a Picetti de la lista o bien no se le extendieran los títulos que eventualmente le correspondieran en lo formal, “por carecer de idoneidad o habilidad moral”. Reiteraron que el hecho era de conocimiento “sobreviniente” por lo que “puede ser procedente su impugnación en esta sede” y solicitaron que se otorgara “el remedio judicial adecuado” (fs. 190 vta.). Acompañaron a la presentación copias simples de resoluciones judiciales en materia de familia.

El 17 de octubre del mismo año, sin que mediara trámite o resolución judicial alguna respecto de la presentación reseñada en el párrafo anterior, se presentaron ante la jueza los apoderados de los partidos que conformaban la Alianza “en calidad de titulares del órgano ejecutivo máximo o de apoderados de sus respectivos partidos” y señalaron que venían a “excluir de la lista de candidatos” a la señora Picetti. Solicitaron, además y ante lo que consideraron el peligro de daño irreparable a sus derechos, una medida cautelar a dictarse *inaudita parte* que suspendiese la participación de la mencionada candidata en las elecciones del 22 de octubre (fs. 192/198). Argumentaron allí que no fundaban el pedido en la eventual responsabilidad penal de Picetti sino en que “de haber conocido los suscriptos estas acusaciones [...] al momento de conformar la lista, nunca hubiéramos aceptado una candidata con estos antecedentes por considerar, esta agrupación, que alguien con estos antecedentes no es hábil moralmente para representarnos. Es decir, nunca hubiese contado con posibilidad de ser miembro de la lista que se presentó”. Presentaron la cuestión como una decisión del frente político que debía ser instrumentada por la justicia (fs. 194).

3°) El día 19 de octubre, sin haber mediado traslado o vista a la señora Picetti, la jueza federal dictó una resolución en la que ordenó “Tener presente la decisión de la Alianza Vamos Juntos y, en consecuencia, tener por excluida a la ciudadana Joanna Picetti de la lista de candidatos a diputados nacionales” y “Poner en conocimiento de la H. Junta Electoral, de la Cámara Nacional Electoral y de la Dirección Nacional Electoral” la decisión anterior. Dispuso, asimismo, que la notificación de lo resuelto fuera llevada a cabo por la propia Alianza “con carácter urgente y por un medio fehaciente” (fs. 199/202).

Para fundar su decisión, la jueza argumentó que, si bien era cierto que al momento de realizarse la impugnación primigenia el plazo de impugnación de candidatos había vencido y que de los informes de reincidencia no surgían antecedentes de sentencias condenatorias, no se trataba de analizar las causales que motivaron la exclusión de Picetti, sino de evaluar si los integrantes de la Alianza podían excluirla por hechos cuyo conocimiento no habían tenido con anterioridad. Consideró que, en tanto no se había llevado a cabo todavía la elección y con base en el art. 16 de la Constitución Nacional, le asistía derecho a la Alianza de excluir a Picetti luego de evaluar los hechos que llegaron a su conocimiento en forma sobreviniente. Ello puesto que no se trataba de una impugnación efectuada por un tercero, la que —afirmó— en esta instancia no podría prosperar, sino de una “decisión autónoma de la propia alianza en su conjunto, que sostiene que nunca hubieran oficializado su candidatura” de haber conocido la situación de la candidata con anterioridad. Dando por cierto que la Alianza no había tenido conocimiento anterior de los hechos en los que fundaba su petición, la jueza sostuvo que la aceptación de una candidatura supone que los candidatos postulados “deben adecuar su conducta y sus intereses al proyecto político común” sobre la base de la creación de un vínculo de compromiso, tanto en valores como en ideas, con la entidad que habrá de sostener esa candidatura y que esa voluntad común de colaboración activa que debe primar en la agrupación política es la que se veía desvirtuada en el caso de autos, ante la falta de confianza en Picetti expresada por los representantes de la Alianza (fs. 201). Concluyó que “así como una alianza electoral decide voluntariamente y en el marco de acuerdos políticos oficializar una lista de candidatos, tiene facultades también —en casos debidamente fundados y de excepcionalidad verificada— de desistir de la postulación de algún candidato, en salvaguarda de los intereses de la alianza, del resto de los candidatos y del electorado que votaría por una persona de la que desconocía su situación” (fs. 201 vta.).

4°) El 20 de octubre la Alianza, en cumplimiento de lo ordenado por la jueza respecto de la modalidad de la notificación, envió carta documento a Picetti (fs. 205), la que no pudo ser entregada “por domicilio cerrado” (fs. 209). El mismo día, la Junta Nacional Electoral, integrada por los jueces Jorge Morán y Liliana Abreut de Begher, suscribió el Acta n° 12 por la cual resolvió tener presente lo resuelto por la jueza de primera instancia en punto a la exclusión de Picetti, mantener por válida la boleta electoral que incluía su nombre, dada la imposibilidad

material de proceder a su reemplazo tempestivo y “hacer saber a la ciudadanía que la octava candidata a Diputada Nacional de la alianza Vamos Juntos, la ciudadana Joanna Picetti, si bien figura en las boletas que se utilizarán en los próximos comicios del 22 de octubre, se encuentra excluida de dicha candidatura” (fs. 272/273). Agregó, finalmente, que debía notificarse lo resuelto con carácter urgente a la Cámara Nacional Electoral y a la Dirección Nacional Electoral. El 22 de octubre tuvieron lugar los comicios generales.

5°) El 26 de octubre Picetti compareció espontáneamente ante el juzgado federal, se dio por notificada de la resolución que la tuvo por excluida y la apeló. Fundó su apelación en los siguientes agravios: el planteo de sus compañeros de lista y, luego, de los representantes de los partidos de la Alianza fue extemporáneo, por haber sido presentado luego de la oficialización de las listas y vencido el plazo para impugnar, lo que fue reconocido por la propia sentencia; la sentencia de oficialización de las listas, con su candidatura incluida, no fue apelada y, por ello, había precluido la ocasión para efectuar cualquier impugnación; la jueza tuvo por probado, sin fundamento alguno, que sus compañeros de lista tuvieron conocimiento de las acusaciones en su contra cuando ya habían pasado las etapas para impugnar, cuando la realidad era que conocían la situación con anterioridad a las elecciones primarias; la sentencia no explicó cuál sería el “perjuicio irreparable” a los derechos de la alianza que se habría producido de no haberse hecho lugar a la exclusión; su nombre estuvo en las boletas de la Alianza que fueron utilizadas en la elección y la decisión apelada no cambió esa situación; la resolución fue dictada *inaudita parte*, privándola del más básico ejercicio del derecho de defensa.

6°) Luego de diversas vicisitudes procesales, el día 12 de diciembre la Cámara Nacional Electoral resolvió la apelación de Picetti y, por mayoría, desestimó el recurso interpuesto (fs. 275/288). Los jueces Corcuera e Irurzun consideraron que, a pesar de haberse llevado a cabo los comicios, la cuestión no era abstracta puesto que subsistía el interés institucional en un pronunciamiento sobre el tema. En cuanto al fondo, sostuvieron que la decisión recurrida había sido dictada solo tres días antes de las elecciones generales, sin que mediara providencia o medida alguna luego de las presentaciones que dieron origen a la resolución del planteo (lo que evidenciaría una demora injustificada de la jueza) y pese a que había sido superado “ampliamente” el plazo previsto para la oficialización de candidaturas. Asimismo, recordaron

que el sistema electoral se asienta en la existencia de plazos perentorios que conforman un sistema de “esclusas” que una vez cerradas impiden retrotraerse a estadios anteriores, en aras de la seguridad jurídica. No obstante, concluyeron que no era posible hacer lugar a la apelación de Picetti, por cuanto ella misma habría admitido en su escrito de apelación que la resolución de la jueza la había privado de ser candidata y, en consecuencia, incluirla ahora en la lista de diputados electos supondría torcer la “genuina voluntad del electorado”, principio que -de acuerdo a jurisprudencia de la propia cámara- prima sobre todo otro acto volitivo. Agregaron que el mero hecho de que el nombre de la ciudadana Picetti hubiese aparecido en la boleta utilizada en los comicios no sustenta su pretensión porque ello supondría que “la sola circunstancia de imprimir una boleta bastaría para considerar que un individuo es candidato y resultaría suficiente para eludir cualquier cuestionamiento judicial que pudiera efectuarse en tal sentido”.

El juez Dalla Vía votó en disidencia, enfatizando la extemporaneidad del planteo de exclusión, el hecho de que la decisión de oficialización de la lista estaba firme y que abarcaba la verificación de la idoneidad de los candidatos. Agregó que si los impugnantes advirtieron con posterioridad a esa etapa hechos que podrían sustentar la inhabilidad de la candidata, existían otros remedios para esa situación, previstos en los arts. 64 y 70 de la Constitución Nacional. Dijo, además, que no existe norma alguna de derecho en la que pueda sustentarse la exclusión de Picetti. Votó por hacer lugar al recurso de apelación y revocar la decisión apelada, pero no precisó el remedio que otorgaría a la apelante.

7°) Con posterioridad a la sentencia de cámara, el 18 de diciembre la Cámara de Diputados de la Nación tomó juramento a Jorge Enríquez como diputado, en la banca a la que aspiraba Picetti. En la sesión distintos bloques manifestaron objeciones al juramento en razón de estar pendiente de decisión judicial final la cuestión de a qué candidato de la lista correspondía en definitiva ocupar la banca obtenida por la Alianza (cfr. versión taquigráfica de la sesión del 18 de diciembre de 2017).

8°) El 27 de diciembre, Picetti interpuso recurso extraordinario federal contra la decisión de la Cámara Nacional Electoral. En su escrito, la recurrente ataca la sentencia porque “se ha movido atada a parámetros restrictivos de derechos constitucionales y, recurriendo

a una interpretación tergiversada del principio de soberanía popular, ha omitido brindar fundamentos suficientes que justifiquen la indefensión” a la que fue sometida. Considera que la sentencia es, además, autocontradictoria, puesto que por un lado afirma que el derecho electoral conforma un “sistema de esclusas” que no pueden ser reabiertas una vez cerradas y luego admite su exclusión de la lista en violación a ese mismo principio de preclusión. Recuerda que la verificación de los requisitos de idoneidad de los candidatos se realiza al momento de la oficialización de la candidatura, en los términos de los arts. 60 y 61 del Código Electoral, resolución judicial que se hallaba firme y que, por ello, no podía ser desconocida por la decisión posterior de la jueza federal. Invoca el precedente “Acosta” (Fallos: 340:1084), donde se reiteró la importancia y plena operación del principio de preclusión, que habría sido desconocido por la cámara en el presente. Asimismo, afirma que la “genuina voluntad del electorado” que la cámara invoca no es tal y que la resolución atacada soslaya que el nombre de Picetti estuvo en las boletas que se utilizaron en los comicios. Por esta razón, entiende que “[c]ualquier elector podría pensar que la injusta e ilegal sentencia” que la había excluido de la lista sería revocada por la cámara, de modo que el pronunciamiento recurrido consagra una errónea interpretación del principio de voluntad del electorado. Además, afirma que la resolución es paradójica, puesto que insta a respetar en el futuro el debido proceso electoral y a preservar la jurisdicción útil de la cámara, pero niega remedio a la recurrente. Por otro lado, considera que la resolución, a través de una interpretación jurídica errónea, consagra una potestad arbitraria de los partidos políticos para excluir a candidatos que ya han sido oficializados y se aparta del principio de legalidad, puesto que no existe ninguna norma que brinde sustento a aquella potestad.

En suma, a juicio de la recurrente la resolución es descalificable porque constituye una renuncia consciente a la verdad y ha omitido tratar cuestiones conducentes para la adecuada solución de la causa. A su vez, los defectos achacados a la sentencia, en su comprensión, ponen en juego la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal, tanto de rango legal como constitucional. Por ello, solicita que esta Corte revoque la sentencia y ordene su asunción como diputada.

En fecha 27 de febrero de 2018, la Cámara Nacional Electoral concedió parcialmente el recurso interpuesto por Picetti. Desestimó los agravios fundados en la arbitrariedad que se endilga a la sentencia,

en tanto no pasarían el umbral de la mera disconformidad con lo resuelto por el tribunal, decisión que —a su juicio— cuenta con fundamentos suficientes para sostenerse como acto jurisdiccional válido. No obstante, consideró que se hallaba en juego la interpretación que corresponde asignar a normas de carácter federal y, con ese alcance, entendió que el recurso era admisible.

9º) El recurso ha sido bien concedido por la cámara en la medida en que se ha puesto en cuestión el alcance de normas de carácter federal (arts. 60 y 61, Código Electoral Nacional) y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48). Asimismo, algunos de los agravios relativos a la arbitrariedad que se atribuye a la sentencia resultan inseparables de las cuestiones federales planteadas, por lo que corresponde su tratamiento aun en ausencia de recurso de queja a ese respecto (doctrina de Fallos: 295:636; 307:493; 315:1485; 323:1048; 324:4013; 330:2347; 340:1149; 342:1847, entre otros).

10) En primer lugar, debe señalarse que el planteo de la recurrente se ha tornado abstracto, desde que ella misma ha admitido que la sentencia de la jueza de primera instancia la privó de la posibilidad de ser candidata y, en consecuencia, de competir en los comicios celebrados el 22 de octubre de 2017 (fs. 218). La conclusión de la Cámara Nacional Electoral, en el mismo sentido (fs. 278 y vta.), tampoco ha sido refutada adecuadamente. La sentencia apelada se asienta en la premisa de que debe respetarse la “genuina voluntad del electorado” expresada en las urnas de acuerdo con la oferta política que le fuera presentada a la ciudadanía y en la conclusión de que la recurrente no formó parte de esa oferta política en razón de la exclusión decidida. Es claro que no basta, a los fines de poner en crisis tales fundamentos, la simple afirmación de que aquella voluntad del electorado no sería tal, dado que el nombre de Picetti estuvo en las boletas que se utilizaron en los comicios por lo que “[c]ualquier elector podría pensar que la injusta e ilegal sentencia” que la había excluido de la lista sería revocada por la cámara. Tal afirmación no es más que una simple conjetura, carente de cualquier apoyo probatorio y completamente ineficaz para refutar el argumento central de la sentencia apelada, máxime cuando la exclusión dispuesta había tenido difusión por diversos medios con antelación a la realización de las elecciones en cuestión (diarios Clarín, La Nación, Perfil, Ámbito, El Cronista, en notas del día 19 de octubre de 2017; diario Página 12, en nota del día 20 de octubre de 2017; y publicación de la resolución de la jueza de primera instancia en el Centro de Informa-

ción Judicial el día 20 de octubre de 2017; entre otros medios; todas las publicaciones disponibles en línea a la fecha de esta sentencia).

11) Que, como se recordara en la causa “Acuerdo para el Bicentenario” (Fallos: 340:914), “con arreglo a la doctrina sentada desde el conocido precedente ‘Ríos, Antonio Jesús’, de Fallos: 310:819, en caso de encontrarse en juego derechos electorales relacionados con comicios ya realizados al tiempo del fallo, los poderes de la Corte Suprema se mantienen incólumes para conocer del asunto y efectuar una declaración sobre los puntos propuestos, cuando su intervención encuentra justificación —según su propio juicio de valor— en circunstancias de marcada gravedad institucional, que trascienden el interés de las partes y han comprometido instituciones básicas de la Nación” (considerando 5°).

12) La resolución que excluyó a la recurrente no se ajusta a la normativa electoral que rige el caso y es contraria a la jurisprudencia de esta Corte en la materia.

Así, el art. 60 del Código Electoral Nacional dispone, en lo que aquí interesa, que “[d]esde la proclamación de los candidatos en las elecciones primarias y hasta cincuenta (50) días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez federal con competencia electoral las listas de los candidatos proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales”. A su vez, el art. 61 manda que “[d]entro de los cinco (5) días subsiguientes el juez dictará resolución, con expresión concreta y precisa de los hechos que la fundamentan, respecto de la calidad de los candidatos. La misma será apelable dentro de las cuarenta y ocho (48) horas ante la Cámara Nacional Electoral, la que resolverá en el plazo de tres (3) días por decisión fundada”. Seguidamente, la misma norma prevé un sistema de corrimientos y reemplazos para la hipótesis en la que “por sentencia firme se estableciera que algún candidato no reúne las calidades necesarias”.

Como se advierte sin dificultades, el Código Electoral Nacional establece un sistema sujeto a plazos precisos para evaluar la idoneidad de los candidatos, tarea que pone en cabeza de la justicia federal con competencia electoral, la que debe pronunciarse necesariamente dentro de plazos breves y perentorios, tanto en primera instancia como en una eventual apelación. Por otro lado, dispone que solamente cuando una “sentencia

firme” determine la ausencia de algunas de las calidades requeridas para ser candidato al cargo de que se trate, se activará un mecanismo, igualmente preciso y delimitado, para proceder al reemplazo de la persona que se ha juzgado por dicha “sentencia firme” como inidónea.

Por el contrario, cuando la resolución de oficialización de una candidatura adquiere firmeza ya no existe posibilidad jurídica de excluir a un candidato, sin que resulte relevante que el pedido no provenga de un tercero sino del propio partido o alianza que propuso al candidato o candidata cuya exclusión se pretende o que el fundamento del pedido radique en hechos desconocidos con anterioridad. Ello es así pues la etapa de análisis de idoneidad de los candidatos tiene un límite temporal preciso luego del cual precluye y ya no puede retrogradarse. Una vez cerrada dicha etapa es únicamente el juicio exclusivo de los votantes el que habrá de determinar si la persona reúne las condiciones morales requeridas para desempeñar la alta función de representarlos en el marco de las instituciones democráticas del país.

13) Debe recordarse que esta Corte ha asignado al principio de preclusión electoral una especial trascendencia (Fallos: 340:1084), no por un apego ritualista a las formas y procedimientos reglados sino fundada en que “la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas que trascienden el interés de los partidos, y afectan el normal desenvolvimiento institucional” (Fallos: 314:1784; 331:866; 342:343). Los procedimientos son particularmente importantes en esta área pues ceñirse firmemente a ellos constituye el único modo de garantizar la transparencia en la constitución de la oferta electoral que se pone a consideración de la ciudadanía, asegurando que esta podrá conocer a los candidatos entre los que deberá elegir con suficiente antelación y honrando al mismo tiempo el derecho de los candidatos oficializados a competir para ser elegidos. Pasada en autoridad de cosa juzgada una resolución de oficialización de candidaturas, estas quedan a cubierto de cualquier impugnación o decisión, de terceros o incluso de los propios aliados políticos, que pretenda alterar su estatus jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, los partidos políticos y las alianzas deben tener especial cuidado al seleccionar los candidatos que ofrecerán al electorado y, en consecuencia, deben extremar la diligencia para dirimir las cuestiones que a este respecto pudieran suscitarse por las vías y en las oportunidades previstas expresamente por la legislación electoral.

14) La resolución de oficialización de candidaturas, dictada por la jueza federal el 6 de setiembre (fs. 185/187), implicó un pronunciamiento definitivo respecto de que los candidatos de la lista presentada reunían las calidades necesarias para competir en la contienda electoral y se hallaba firme, al no haber sido apelada. Al momento de la presentación del escrito de “impugnación” de la candidata Picetti la instancia para la formulación de impugnaciones y eventuales exclusiones había precluido por lo que resultaba imposible dar curso a lo solicitado. Esa conclusión no resulta alterada por el hecho de que los peticionarios hubiesen invocado que las razones que fundamentaban el pedido de exclusión habían llegado a su conocimiento con posterioridad a la oficialización. Ello sin perjuicio de que Picetti no tuvo oportunidad de demostrar lo contrario.

A lo anterior cabe agregar que la entonces candidata Picetti había pasado por diversas instancias de oficialización (arts. 25 a 30, ley 26.571; arts. 60 y 61, Código Electoral Nacional) sin que se hubiesen formulado impugnaciones en ninguna de ellas y había incluso participado de las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. Por ello, las eventuales inhabilidades morales que no hubiesen sido oportunamente planteadas debían quedar libradas al juicio de los votantes, que es en definitiva el pilar central de nuestro sistema democrático.

15) Resueltas las cuestiones federales planteadas, corresponde subrayar que el trámite impreso a la causa no ha respetado el derecho de Picetti a ser oída y a esgrimir defensas que pudieran ser consideradas al momento de decidir.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal que “la garantía de la defensa en juicio supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deban ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de ser oída y ejercer sus derechos en forma y con las solemnidades que establecen las leyes” (Fallos: 321:2082; 325:1541; 327:3510; 340:861; y causa “Ministerio de Educación de la Nación”, Fallos: 343:119, entre otros). Debe recordarse que “lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio” (“Luis César Rojo”, Fallos: 215:357). Los principios de bilateralidad y contradicción encarnan, entonces, los aspectos más primarios del derecho de defensa y, como se ha destacado en el precedente “Acuerdo para el Bicentenario”, forman parte

esencial del debido proceso electoral (Fallos: 340:914), debido proceso cuyo desconocimiento en esta causa ha sido manifiesto.

En esa línea, debe destacarse que entre la fecha de presentación del pedido de exclusión, el 27 de setiembre, y la de su decisión, el 19 de octubre, transcurrieron veintitrés (23) días corridos, sin que durante ese plazo se hubiera dado intervención alguna a la entonces candidata Picetti. Estas circunstancias, así como el hecho de que se hiciera lugar a la pretensión de excluir a la candidata apenas tres días corridos antes de la fecha de realización de los comicios, implicaron que Picetti no pudiera acceder útilmente a la jurisdicción. Ello tuvo como consecuencia que, al momento de llegar la causa a la Cámara Nacional Electoral, las elecciones en cuestión se hubieran realizado y los planteos de la recurrente no hubieran podido ser oídos ni tratados debidamente por ninguna autoridad judicial en el momento en que lo deberían haber sido, esto es, antes del comicio respecto del cual debía tener efecto la exclusión que se pretendía. Contra lo dispuesto por el art. 61 del Código Electoral Nacional y por el art. 18 de la Constitución Nacional, Picetti resultó excluida de la lista sin sentencia firme y sin haber podido defenderse.

Por ello, se rechaza el recurso extraordinario y, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón del modo en que se decide (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Joanna Agostina Picetti**, por derecho propio, con el patrocinio letrado del **Dr. Daniel Alberto Sabsay**.

Traslados contestados por **Juan Manuel López** y **Claudio Ariel Romero**, como apoderados de la **Alianza Vamos Juntos**, por **Marcelo Germán Wechsler**, como apoderado de la lista **Sigamos con el Cambio**, por **Elisa María A. Carrió** con el patrocinio del **Dr. Juan Manuel López** y por **Jorge Ricardo Enriquez**, con el patrocinio de los Dres. **Máximo Fonrouge**, **Guillermo Martín Lipera** y **Carlos José Laplacette**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional Electoral**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal n° 1**.

DICIEMBRE

GARAY, CORINA ELENA c/ ANSES s/ REAJUSTES VARIOS

JUBILACION Y PENSION

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio de la acción por reajuste de haberes jubilatorios, la avanzada edad que presentaba la actora y la posibilidad expresamente planteada y omitida de satisfacer la condena de devolución de las sumas retenidas por impuesto a la ganancias sin más dilaciones trayendo al organismo recaudador al proceso, la decisión de sujetar a la accionante a un nuevo trámite administrativo y/o judicial no especificado, configura un exceso ritual manifiesto que puede frustrar la sustancia de su derecho conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, en tanto no resulta razonable exigir a aquella que deduzca dos planteos ante distintos organismos a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no solo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal.

CONSTITUCION NACIONAL

Teniendo en cuenta la disposición contenida en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, ya que normalmente obligan a los concernedos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Para evaluar si se ha configurado una exigencia procesal ritualista e irrazonable, no puede perderse de vista que la actora cuenta con la protección consagrada en el art. 75, inc. 23 de la Constitución, que dispone

que corresponde al Congreso Nacional legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las decisiones dictadas en la etapa de ejecución no revisten el carácter de definitivas a los fines del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto causa al apelante un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

Considerando:

1°) Que en el marco de este proceso de ejecución de la sentencia de reajuste de haberes jubilatorios a favor de la señora Corina Garay, en el año 2014 la señora jueza de primera instancia declaró exentas del pago del impuesto a las ganancias las retroactividades abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS). Y a su vez, decidió que no correspondía a ese organismo la devolución de las sumas ya retenidas, sino que la actora “*deberá ocurrir ante la AFIP mediante el trámite administrativo correspondiente*”, ya que “*la ANSeS solo se limita a ser agente de retención, aplicando la normativa vigente que grava las jubilaciones y pensiones, normativa que al momento del pago del retroactivo, la actora no había cuestionado y que el monto retenido es girado al Organismo Recaudador*” (fs. 265).

2°) Que ese pronunciamiento fue confirmado en el año 2016 por la Cámara Federal de la Seguridad Social, al resolver que los importes

retenidos fueron remitidos “a la Administración Federal de Ingresos Públicos -agente recaudador-, por lo que corresponde a dicho organismo la devolución requerida, a cuyos efectos la parte deberá realisar el trámite administrativo que tenga previsto a tal fin” (fs. 286).

3°) Que contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario la parte actora, a fs. 288/295, que fue concedido a fs. 300.

En sustancia, tacha de arbitraria la decisión por incurrir en un exceso ritual manifiesto que vulnera la tutela judicial efectiva, en tanto que, pese a que se ha invalidado la retención del impuesto a las ganancias practicada por la ANSeS, no se dio lugar a la devolución dentro del mismo expediente. Sostiene, a su vez, que se viola el principio de igualdad al imponérsele la iniciación de un reclamo ante la AFIP, a diferencia de otras causas análogas resueltas en el fuero que ordenan a la ANSeS el reintegro en los mismos autos. Asimismo, señala que la detracción fue llevada a cabo en el año 2013, y que la actora nació en 1927, de manera que el inicio de un nuevo juicio ordinario posterior la coloca “en una verdadera privación de sus derechos económicos que se tornaran realmente abstractos ya que la edad que posee actualmente nos hace concluir que no puede posponerse su cobro efectivo al planteo de una nueva demanda” (fs. 294).

4°) Que si bien las decisiones dictadas en la etapa de ejecución no revisten el carácter de definitivas a los fines del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto causa al apelante un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. A su vez, esta Corte ha descalificado por la doctrina de la arbitrariedad las decisiones judiciales que incurren en un injustificado rigor formal que atenta contra la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Carta Magna (Fallos: 242:234; 267:293; 268:266; 299:344; 310:1819; 311:689; 312:767; 314:1661; 315:2690; 323:1978; 324:3722; 327:3082; 330:1389; 339:814 y 1483).

5°) Que para evaluar si se ha configurado una exigencia procesal ritualista e irrazonable, no puede perderse de vista que la actora, en este caso, cuenta con la protección consagrada en el art. 75, inc. 23 de la Constitución, que dispone que corresponde al Congreso Nacional “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados interna-

cionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Y a su vez, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), adoptada por la Organización de Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 27.360 (en vigor desde el 22 de noviembre de 2017), consagra el compromiso de los Estados Partes para adoptar y fortalecer *“todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos”*, como así también *“a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales”* (subrayado agregado).

6°) Que teniendo en cuenta la disposición contenida en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, ya que normalmente obligan a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

7°) Que por ese motivo el Tribunal destacó la condición de vulnerabilidad de ciertos individuos frente a pretensiones judiciales que implican dilatar irrazonablemente el cumplimiento de decisiones firmes de naturaleza patrimonial.

En el precedente “Gorosito”, referido a la excepción para las deudas consolidadas prevista en el art. 18, segundo párrafo, de la ley 25.344, se sostuvo que *“el resarcimiento del damnificado requiere la atención oportuna de las afecciones de orden físico, psíquico y estético del evento dañoso, toda vez que un aspecto esencial concerniente al mismo es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación tempestiva”*; y que *“la decisión de dilatar la percepción de un crédito de indiscutido carácter asistencial no se condice con la finalidad propia del concepto de ‘reparación’, consistente, como el propio término lo indica, en medidas que tiendan a hacer desaparecer, o cuando menos a minimizar, dentro de un plazo razonable en*

función de las características del daño, los efectos de las violaciones cometidas” (CSJ 951/2013 (49-G)/CS1 “Gorosito, Aurelia Noemí c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ daños y perjuicios”, sentencia del 28 junio de 2018, considerandos 5° y 6° del voto del juez Rosatti).

Y en el caso “C., J. C.” vinculado al trámite de ejecución de sentencias contra el Estado, se sostuvo que la evidente fragilidad del actor que allí esperaba cobrar su resarcimiento, acreditada mediante su ausencia de funcionalidad e independencia en las actividades de la vida diaria como aspecto esencial para configurar la condición de vulnerabilidad, imponía una solución ajustada a su condición que evitara sujetarlo a los trámites ordinarios de cobro de sentencias dinerarias contra la Nación (“C., J. C.”, Fallos: 343:264; y en similar sentido, voto concurrente del juez Rosenkrantz).

En definitiva, se trata de evitar imponer a las personas ancianas cargas procesales desproporcionadas y desajustadas al estado actual del proceso. Una ponderación adecuada de la incidencia del tiempo en estos litigios exige —por mandato constitucional— compatibilizarlos con la propia vida de los justiciables, quienes de quedar sujetos a nuevas esperas, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, verían frustrada la sustancia de sus derechos.

8°) Que la doctrina que emerge de esos precedentes resulta enteramente aplicable a los acontecimientos de este caso. La actora inició su demanda en el año 2009, y la sentencia de reajuste fue dictada el año siguiente. En 2012 se dio por iniciada la ejecución de sentencia y fue en 2013 que cobró el importe de \$ 290.335 (fs. 249), momento en que la ANSeS, como agente de retención, descontó la suma de \$ 38.446 (fs. 218/218 vta.). En el año 2014 la jueza de primera instancia declaró que esa retención había sido incorrecta, y la decisión fue confirmada por la cámara en 2016, *y allí devino firme la improcedencia del pago del impuesto a las ganancias en esta causa*. Así, al interponer el recurso extraordinario, la señora Garay tenía 88 años, dato que en sí mismo deriva en una clara presunción de fragilidad incompatible con toda dilación temporal.

A su vez, tal como surge de fs. 285, el Fiscal de cámara advirtió la posible problemática que implicaba exigir a la ANSeS el pago de un importe que podría haber sido girado al Fisco, y por ese motivo solicitó a

la cámara que se notificara a la AFIP a fin de evitar un dispendio jurisdiccional reñido con la naturaleza de la pretensión entablada. Planteo que no fue si quiera considerado en la sentencia aquí apelada.

9º) Que en tales condiciones, esto es, el tiempo transcurrido desde el inicio de la acción, la avanzada edad que presentaba la actora y la posibilidad expresamente planteada y omitida de satisfacer la condena sin más dilaciones en este expediente trayendo al organismo recaudador al proceso, la decisión de sujetar a la accionante a un nuevo trámite administrativo y/o judicial no especificado, configura un exceso ritual manifiesto que puede frustrar la sustancia de su derecho conforme al desenvolvimiento natural de los hechos (Fallos: 316:779, citado en “C., J. C.”, ya citado).

En definitiva, no resulta razonable exigir a los recurrentes que deduzcan dos planteos ante distintos organismos a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no solo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal (conf. *mutatis mutandis* “Castro Fox”, Fallos: 328:1265).

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio. Con costas. Notifíquese y devuélvanse 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.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por Corina Elena Garay, parte actora, representada por la Dra. Cecilia Faggioni.

No hubo contestación del traslado.

Tribunal de origen: Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 10.

GLIBOTA, PEDRO PABLO Y OTROS c/ EN – MS ECONOMÍA
RESOL. 235 166 Y 334/2011 Y OTROS s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Corresponde confirmar la sentencia que declaró la nulidad del art. 5 de la resolución conjunta 235/2011 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 166/2011 del Ministerio de Industria y 334/2011 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, sin que obste a ello el dictado de la resolución SAGyP 21/2019 invocada por el Estado Nacional en la causa, pues dicho acto presenta los mismos defectos que el citado art. 5°, en tanto declaró concluidos los procedimientos administrativos originados a partir de la presentación de solicitudes de compensaciones al consumo interno mediante afirmaciones genéricas y abstractas y sin una consideración particular y concreta respecto de la solicitud presentada por el actor en sede administrativa y que motivara el inicio de las actuaciones.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Corresponde confirmar la nulidad del art. 5 de la resolución conjunta 235/2011 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 166/2011 del Ministerio de Industria y 334/2011 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, pues el precepto atacado carece de un requisito esencial para su validez, cual es el de su motivación, en tanto de los considerandos de aquella no surge cuáles han sido las razones o motivos que tuvo en miras la administración para rechazar las peticiones presentadas, es decir, la norma omitió invocar fundamento alguno que sustente la negativa a las solicitudes de compensación, vulnerando, con tal proceder, el derecho de defensa del actor.

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

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Requerir la configuración explícita de la motivación como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un ri-

gorismo formal, ya que se trata de una exigencia que -por imperio legal- es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno.

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

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACTOS ADMINISTRATIVOS

La mención expresa de las razones y antecedentes -fácticos y jurídicos- determinantes de la emisión del acto administrativo se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa.

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

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Si bien es cierto que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación del acto administrativo, la cual debe adecuarse -en cuanto a la modalidad de su configuración- a la índole particular de cada acto, no pueden admitirse fórmulas carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirse a la mención de citas legales -que contemplan sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos-, pues tal interpretación equivaldría a prescindir de ese recaudo esencial cuya observancia es determinante para la validez del acto de que se trate.

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

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 424/425, V.E. declaró procedente el recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional, dejó sin efecto la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) y devolvió las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo fallo.

Para resolver de ese modo, consideró que el rechazo genérico previsto en el art. 5° de la resolución conjunta 235/2011 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 166/2011 del Ministerio de Industria y 334/2011 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca (en adelante denominada “resolución conjunta”) resultaba plenamente aplicable a las solicitudes de compensaciones que, por la actividad de *feed-lot*, había presentado el actor.

-II-

A raíz de lo dispuesto, fue llamada a intervenir la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que dictó un nuevo pronunciamiento en el que hizo lugar a la demanda interpuesta por el señor Pedro Pablo Glibota y, en consecuencia, declaró la nulidad del mencionado art. 5° (v. fs.).

Para así decidir, señaló que el citado precepto no contenía las razones de hecho y de derecho en virtud de las cuales correspondía denegar las solicitudes que había presentado el accionante y, por lo tanto, carecía de un elemento esencial del acto administrativo, es decir, su causa.

Asimismo, ordenó a la demandada que, en el plazo de 20 días hábiles, procediera a resolver las peticiones que había presentado el demandante.

-III-

Disconforme con tal decisión, el Estado Nacional dedujo un nuevo recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 474.

En primer término, señala que el acto impugnado posee presunción de legitimidad, lo cual impone al impugnante la carga de prooar

su arbitrariedad o nulidad, extremos que, a su juicio, no han sido acreditados en el *sub lite*.

Explica que al ser disuelta la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA), órgano que debía resolver las peticiones formuladas por el actor, fue creada la Unidad de Coordinación y Evaluación de Subsidios al Consumo Interno (en adelante UCESCI), a la que se le atribuyó la referida competencia. A raíz de ello, agrega, la denegación dispuesta por el art. 5° de la resolución conjunta tuvo por objeto reencauzar los trámites ya iniciados, a fin de otorgar intervención para que fueran resueltos por el organismo mencionado en último término.

A partir de ello afirma que el acto administrativo se encuentra debidamente motivado, pues le permite a la UCESCI llevar a cabo su cometido.

Por otro lado, indica que el actor carece de agravio o lesión a raíz de la denegación dispuesta, toda vez que los subsidios constituyen beneficios que el Estado otorga a los particulares en un contexto político, económico y social determinado y, por tal razón, no pueden ser considerados derechos adquiridos de quienes resulten favorecidos.

Finalmente, sostiene que la sentencia apelada es arbitraria toda vez que la cámara efectuó una errónea interpretación de la normativa que rige el régimen de *feed lot*.

-IV-

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se controvierte la validez de un acto de autoridad nacional (la resolución conjunta) y la aplicación e interpretación de normas federales, siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria a los derechos invocados por el apelante (art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48) (Fallos: 320:147 y 1003; 321:174 y 322:2220).

En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que, en la tarea de establecer la correcta inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de los jueces de la causa y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros)

Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión

federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta.

-V-

Vale recordar que, tal como lo señalé en mi anterior intervención, mediante la resolución 9/2007, el entonces Ministerio de Economía y Producción creó un mecanismo destinado a otorgar subsidios al consumo, que se canalizaba por medio de los industriales y operadores que vendían en el mercado interno productos derivados del trigo, maíz, girasol y soja. Asimismo facultó a la ONCCA a dictar las normas complementarias a fin de lograr los objetivos establecidos en dicha medida. A partir de ello, el citado organismo, mediante su resolución 1.378/2007, incorporó al mecanismo de compensaciones los establecimientos que se dedicaban al engorde del ganado bovino a corral.

Con base en tales normativas, el actor presentó sus solicitudes de compensación por los períodos mayo de 2009 a marzo de 2010.

Tales peticiones fueron desestimadas por el art. 5° de la resolución conjunta que, en concreto, establece que *“a partir de la entrada en vigencia de la presente medida, se tienen por denegadas y/o anuladas todas las solicitudes de compensaciones y/o subsidios y/o reembolsos que se encuentren pendientes del dictado de acto resolutivo, debiendo los peticionantes, en su caso, proceder a efectuar su solicitud conforme esta normativa. En el caso de .las solicitudes que se encuentren pendientes de pago, la Unidad previo informe de la Secretaría Ejecutiva, impartirá las instrucciones tendientes a la prosecución del trámite administrativo.*

Por las consideraciones que efectuaré a continuación adelanto que, a mi juicio, no pueden ser atendidas las críticas formuladas por el recurrente contra la sentencia de la anterior instancia, en cuanto declaró la nulidad del art. 5° de la resolución conjunta.

Así lo creo pues el precepto atacado por el demandante carece de un requisito esencial para su validez, cual es el de su motivación.

En efecto, corresponde recordar que requerir la configuración explícita de tal elemento como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que -por imperio legales establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno (Fallos: 327:4943).

Así, antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes -fácticos y jurídicos- determinantes de la emisión del acto se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 322:3066, disidencia de los jueces Moliné O'Connor y Fayt) .

Si bien es cierto que no existen formas rígidas para el cumplimiento de esta exigencia, la cual debe adecuarse -en cuanto a la modalidad de su configuración- a la índole particular de cada acto administrativo, pienso que no pueden admitirse fórmulas carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirse a la mención de citas legales -que contemplan sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos-, pues tal interpretación equivaldría a prescindir de ese recaudo esencial cuya observancia es determinante para la validez del acto de que se trate.

Sobre la base de tales principios, es mi opinión que el tantas veces mencionado art. 5° de la resolución conjunta no cumple con dicha exigencia. En efecto, de los considerandos de aquélla no, surge cuáles han sido las razones o motivos que tuvo en miras la administración para rechazar las peticiones presentadas, en este caso afectando al Sr. Glibota.

Es decir, la norma impugnada omitió invocar fundamento alguno que sustente la negativa a las solicitudes de compensación, vulnerando, con tal proceder, el derecho de defensa del actor.

Con arreglo a lo expuesto, es mi parecer que el vicio apuntado constituye una causa de nulidad del acto emitido con tal defecto (argumento de los arts. 7° y 14 de la ley 19.549) (Fallos: 306:1138).

-VI-

Opino, por tanto, que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 7 de septiembre de 2017. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Glibota, Pedro Pablo y otros c/ EN – MS Economía resol. 235 166 y 334/2011 y otros s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que se remite en razón de brevedad.

Que no obsta a lo decidido el dictado de la resolución SAGyP 21/2019 invocada por la demandada en esta instancia. En efecto, dicho acto presenta los mismos defectos que el art. 5° de la resolución conjunta del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas 235/11, Ministerio de Industria 166/11 y Ministerio de Agricultura Ganadería y Pesca 334/11, pues declaró concluidos los procedimientos administrativos originados a partir de la presentación de solicitudes de compensaciones al consumo interno mediante afirmaciones genéricas y abstractas y sin una consideración particular y concreta respecto de la solicitud presentada por el actor en sede administrativa y que motivara el inicio de estas actuaciones.

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

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*) –
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

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

Por ello, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), parte demandada, representado por la Dra. Guillermina Bourlot.

Traslado contestado por Pedro Pablo Glibota, parte actora, representado por el Dr. Emiliano Parodi.

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.

HUANG, QIUMING c/ EN – DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM

MIGRACIONES

Corresponde revocar la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que dispuso la expulsión del actor con fundamento en el art. 29 inc. i, de la ley 25.871, pues la decisión de la autoridad migratoria no hizo más que ajustarse a las previsiones establecidas en la citada ley 25.871 por lo que desde esta perspectiva no resulta pasible de objeción alguna, sin que obste a ello lo expuesto el art. 61 de la Ley de Migraciones, en tanto dicho precepto solo alcanza a los casos en que se verifique una irregularidad en la “permanencia” de un extranjero en el país, excluyendo supuestos en el que la irregularidad se planteó en el momento del ingreso al territorio nacional.

MIGRACIONES

Debe revocarse la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que dispuso la expulsión del actor con fundamento en el art. 29 inc. i, de la ley 25.87, pues para decidir la cuestión no puede acudirse, como lo hizo el a quo, a las previsiones del art. 23 in fine de la ley 25.871, en tanto el otorgamiento de la “re-

sidencia temporaria” presupone la inexistencia de los impedimentos contemplados en el ya citado art. 29, circunstancia que claramente no concurre en el caso.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El remedio federal es procedente si se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (art. 29 y concordantes de la ley 25.871) y la decisión de la cámara de apelaciones resulta contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ella (conf. art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Huang, Qiuming c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”.

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado el recurso directo deducido por Huang Qiuming, de nacionalidad china, contra la disposición SDX 149073/16, y sus confirmatorias, mediante la cual la Dirección Nacional de Migraciones había declarado irregular su permanencia en el país, ordenado su expulsión y prohibido el reingreso por el término de cinco años. En consecuencia, decretó la nulidad de los actos impugnados y ordenó devolver las actuaciones a la autoridad migratoria a fin de que dicte un nuevo acto de conformidad con los términos de la sentencia.

Para decidir de esa forma el tribunal de grado señaló que la Dirección Nacional de Migraciones había encuadrado la conducta del actor en el art. 29, inc. i, de la ley 25.871 por haber ingresado de modo irregular a nuestro país pero no había tenido en cuenta que “*salvo la constancia de ingreso al país, la recurrente cumplía con todas las condiciones que la legislación requiere para obtener la residencia*”.

'temporaria' en los términos del art. 23 in fine de la ley 25.871". En este orden de ideas, destacó que el migrante era empleado de una sociedad de responsabilidad limitada, que había realizado aportes previsionales, que había presentado certificados de buena conducta en nuestro país y en su país de origen, que había realizado el pago de las tasas por trámite migratorio y presentado la declaración jurada de domicilio.

Recordó que el art. 17 de la Ley de Migraciones establece que *"El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros"*. Agregó que el art. 61 de esa misma norma dispone que *"Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión"*.

En razón de todo ello, concluyó en que la Dirección Nacional de Migraciones había omitido considerar las circunstancias actuales del migrante, el tiempo transcurrido desde su ingreso y, en especial, si cumplía o no con las condiciones para obtener una residencia como la peticionada en sede administrativa. Máxime cuando no se había invocado que el interesado estuviera incurso en alguna otra causal que impidiera su permanencia en el territorio nacional.

2°) Que contra esa decisión la Dirección Nacional de Migraciones interpuso el recurso extraordinario que fue concedido por el *a quo* por encontrarse en juego la interpretación de una norma federal.

En sustancial síntesis alega que está acreditado en autos que el actor ingresó al territorio nacional de forma irregular y que dicha situación configuró el impedimento previsto por el art. 29, inc. i, de la ley 25.871 (inc. k, según la modificación introducida por el decreto 70/17). Afirma que el art. 61 de la Ley de Migraciones no es aplicable al caso porque se refiere a la posibilidad de regularizar aquella residencia otorgada sobre la base de un ingreso regular, criterio que se ve reafirmado por lo establecido en el art. 61 del decreto 616/2010. Agrega que el art. 37 de la citada ley establece que es pasible de expulsión

el extranjero que ingrese al país por lugar no habilitado a tal efecto o eludiendo cualquier forma de control migratorio. Finalmente, señala que la decisión impugnada invade facultades conferidas a la Dirección Nacional de Migraciones por el ordenamiento vigente.

3°) Que el remedio federal es procedente pues en el *sub examine* se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (art. 29 y concordantes de la ley 25.871) y la decisión de la cámara de apelaciones resulta contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ella (conf. art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

4°) Que en primer término es preciso señalar que, según surge del acta de declaración migratoria del 2 de mayo de 2016, Huang Qui-ming ingresó al país de manera irregular en marzo de ese año, circunstancia que fue reconocida por el propio migrante al interponer el recurso judicial ante primera instancia (confr. fs. 19 vta.). En razón de ello, la Dirección Nacional de Migraciones tuvo por configurado el supuesto previsto por el art. 29, inc. i, de la ley 25.871, como causal impeditiva de ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional y sobre esa base se declaró irregular su permanencia en el país y se dispuso su expulsión.

5°) Que la ley 25.871 establece que el Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones “*siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes*” (art. 5°).

A su vez, en el art. 29 se enumeran las distintas causas que obstan el ingreso y la permanencia de extranjeros al territorio nacional. En tal sentido, en el inc. i del mencionado artículo (texto vigente al momento de los hechos) se establece que será causal impeditiva de ingreso y permanencia en el territorio nacional “[i]ntentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto”.

En análogo sentido, en el Capítulo I del Título III de la mencionada ley, relativo al “Ingreso y egreso de personas”, se dispone que “*el ingreso y egreso de personas al territorio nacional se realizará exclusivamente por los lugares habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos,*

oportunidad y lugar en que serán sometidos al respectivo control migratorio” (confr. art. 34) y que “[e]l extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la presente ley” (art. 37).

6°) Que, en consecuencia, la decisión de la autoridad migratoria que en autos se impugna no hizo más que ajustarse a las previsiones establecidas en los preceptos transcritos por lo que desde esta perspectiva no resulta pasible de objeción alguna.

7°) Que no obsta a lo expuesto el art. 61 de la Ley de Migraciones, en cuanto prevé que *“Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.*

Ello es así pues es evidente que dicho precepto solo alcanza a los casos en que se verifique una irregularidad en la “permanencia” de un extranjero en el país, excluyendo supuestos, como el que aquí se examina, en el que la irregularidad se planteó en el momento del ingreso al territorio nacional.

Dicha conclusión resulta de los claros términos del artículo en cuestión –que, por lo demás, se encuentra incluido en el capítulo “DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD Y CANCELACIÓN DE LA PERMANENCIA”- y se ve ratificada por las previsiones del decreto 616/10 que, al reglamentarlo, establece que *“cuando se verifique que un extranjero hubiere desnaturalizado los motivos que autorizaron su ingreso al territorio argentino o permaneciera en éste vencido el plazo de permanencia acordado, la Dirección Nacional de Migraciones lo intimará a fin de que, en un plazo que no exceda de TREINTA (30) días, se presente a regularizar su situación*

migratoria debiendo acompañar los documentos necesarios para ello...” (art. 61, destacado agregado).

8°) Que tampoco puede acudirse para decidir la cuestión, como lo hizo el *a quo*, a las previsiones del art. 23 *in fine* de la ley 25.871 pues el otorgamiento de la “residencia temporaria” presupone la inexistencia de los impedimentos contemplados en el ya citado art. 29, circunstancia que claramente no concurre en el caso del señor Huang Quiming.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dirección Nacional de Migraciones, demandada en autos**, representada por el **Dr. Luis Alejandro Guasti**.

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

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

CAÑETE, CARLOS EUSEBIO y OTRO S/ INCIDENTE DE RECURSO
EXTRAORDINARIO

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia condenatoria que atribuyó la calificación dolosa del homicidio, pues del análisis de los votos que terminan confirmando la condena por el delito de homicidio en ocasión de robo no se evidencia una concordancia sustancial de opiniones dirimientes en las que se funde la decisión adoptada, es decir no ha existido una mayoría real de sus integrantes que sustente las conclusiones del pronunciamiento, requisito indispensable para su validez.

SENTENCIA

El principio constitucional de racionalidad de los actos de gobierno, inherente a la forma republicana de gobierno adoptada en el artículo 1° de la Constitución Nacional, exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones.

SENTENCIA

La exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares; así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivos- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones.

SENTENCIA

En los sistemas judiciales de magistratura profesional, la adecuada prestación del servicio de justicia supone que el justiciable pueda conocer de manera acabada, explícita y sencilla las razones por las cuales se decidió el caso que lo involucra, máxime cuando la sentencia contraría su pretensión.

SENTENCIA

En el caso de los tribunales pluripersonales, el deber general de los jueces profesionales importa la necesidad de asegurar una clara y explícita mayoría sustancial de fundamentos en sus decisiones, pues de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en el absurdo de suponer que, para impugnar, sean las partes del proceso quienes deban escoger cualquiera de los fundamentos de los votos individuales que confluyeron en la decisión, es decir, que sea el propio recurrente quien le atribuya al pronunciamiento un fundamento que aquel, como tal, no tuvo.

SENTENCIA

Las sentencias judiciales deben constituir -como requisito de validez- una derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias comprobadas de la causa.

SENTENCIA

Toda vez que la sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos, las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos.

SENTENCIA

La ausencia de coincidencia sustancial de fundamentos por la mayoría absoluta de las opiniones vacía al decisorio de toda fundamentación, puesto que no habría razón valedera para optar por un voto u otro al momento de apreciar cuál ha sido el presupuesto en que se basó la decisión apelada.

SENTENCIA

Una sentencia cuenta con mayoría aparente, si en realidad se sustenta en votos que no guardan entre sí la mínima concordancia lógica y argumental requerida a los fallos judiciales o aquellos con fundamentos normativos discordantes que, además, carecen de un análisis razonado y acorde de los problemas conducentes para la correcta dilucidación del pleito, en tanto ello lesiona el derecho de defensa en juicio.

SENTENCIA

La sentencia judicial debe ser un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico-jurídica, en la cual la validez y los alcances de la decisión dependen también de las motivaciones que la fundan.

SENTENCIA

A la hora de examinar la existencia de una mayoría sustancial de fundamentos que ponga de manifiesto la voluntad de un tribunal colegiado, no cabe atenerse a un criterio puramente formalista que permita tenerla por configurada con opiniones formalmente concurrentes que coincidan en la parte dispositiva, sin que ello implique adoptar una postura que exija que las opiniones de cada uno de los miembros del tribunal resulten idénticas para poder tener por configurada la mayoría necesaria, toda vez que ello no se condice con la naturaleza plural y deliberativa de esta clase de tribunales.

SENTENCIA

Los magistrados que conforman los tribunales colegiados deben asegurar que su deliberación arribe -cuanto menos- a un acuerdo mayoritario sobre un mínimo de razones comunes que constituyan el fundamento lógico y jurídico del fallo; así sobre esa comunidad sustancial de razones se erige la sentencia, que representa la voluntad del tribunal como órgano colectivo, la cual debe identificarse con la voluntad de la mayoría de sus miembros, en ausencia de unanimidad; es decir no basta con el nudo imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva para dar validez y fijar los alcances de un pronunciamiento si este se asienta en motivaciones lógicamente desconectadas y/o sustantivamente inconciliables.

SENTENCIA

La responsabilidad de juzgar las cuestiones sometidas a su conocimiento impone a los magistrados la obligación de pronunciarse sobre todos aquellos puntos comprendidos en el pleito que resulten conducentes a su decisión, es decir, aquellas cuestiones que se estimen necesarias para el dictado de la sentencia.

TRIBUNALES COLEGIADOS

La conformación de un acuerdo mayoritario que idóneamente exprese el razonamiento lógico seguido para arribar a la solución del caso, constituye un deber propio de los magistrados que componen

este tipo de tribunales colegiados, dirigido a cumplir con la obligación genérica de resolver, en forma válida, las cuestiones sometidas a su conocimiento.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario deducido resulta formalmente admisible ya que se interpone contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa y si bien el modo de emitir el voto de los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de las sentencias son cuestiones de naturaleza procesal y ajenas, en principio, a la apelación del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando el alegado vicio procedimental afecta la certeza jurídica de las sentencias, entendida como expresión final del derecho a la jurisdicción así como el amparo del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio, todos ellos consagrados en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Cañete, Carlos Eusebio y otro s/ incidente de recurso extraordinario”.

Considerando:

1°) Que la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional que, en lo que aquí interesa, al hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por Carlos Eusebio Cañete, confirmó su condena como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal) y al eliminar la agravante del artículo 41 bis del Código Penal, le impuso la pena de once años de prisión y la pena única de trece años de prisión.

Contra dicha decisión, la defensa oficial de Cañete dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido con relación a la “falta de confirmación de una mayoría de votos concordantes sobre la interpretación y alcance del artículo 165 del Código Penal. Lo cual,

según se alega, sería violatorio del derecho de defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional)” (cf. fs. 20 del incidente de recurso extraordinario).

2°) Que para una adecuada comprensión del planteo, corresponde destacar que Cañete había sido condenado como autor del delito de homicidio en ocasión de robo y cuestionó, ante la instancia casatoria, dicha calificación sosteniendo que no estaba probado el aspecto subjetivo del tipo -dolo- (cf. fs. 6/6 vta.).

La Cámara Nacional de Casación confirmó la calificación legal que fuera adoptada por el tribunal oral al pronunciarse -artículo 165 del Código Penal-. No obstante y mientras el tribunal de juicio había atribuido la muerte por considerarla cometida con “dolo eventual”, el recurrente denunció que *“la concordancia de votos que se han expedido para confirmar la condena ha recaído solo en lo relativo al aspecto dispositivo de la decisión:... que cabía confirmar la condena del tribunal de debate en cuanto al encuadre legal. No hay, sin embargo, una opinión que explique cómo la prueba recogida en el debate y el razonamiento que expuso el tribunal de juicio para valorarla permiten concluir que hubo dolo, extremo sobre el cual se había solicitado revisión en tanto era la base de la imputación sostenida en la condena. Los únicos... jueces que revisaron los argumentos del Tribunal y la prueba producida sobre la existencia del dolo... arribaron a soluciones contrapuestas”* (cf. fs. 14 del legajo del extraordinario).

3°) Que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente admisible ya que se interpone contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa y si bien el modo de emitir el voto de los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de las sentencias son cuestiones de naturaleza procesal y ajenas, en principio, a la apelación del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando el alegado vicio procedimental afecta la certeza jurídica de las sentencias, entendida como expresión final del derecho a la jurisdicción, así como el amparo del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio, todos ellos consagrados en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

4°) Que el principio constitucional de racionalidad de los actos de gobierno, inherente a la forma republicana de gobierno adoptada en el artículo 1° de la Constitución Nacional, exige que todo acto estatal

deba tener una explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones.

En materia de pronunciamientos judiciales y en concordancia con lo expresado, esta Corte ha afirmado que “...la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivos- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones...” (causa “Canales”, Fallos: 342:697, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, considerando 19 y voto del juez Rosatti, considerando 12).

Así, en los sistemas judiciales de magistratura profesional, la adecuada prestación del servicio de justicia supone que el justiciable pueda conocer de manera acabada, explícita y sencilla las razones por las cuales se decidió el caso que lo involucra, máxime cuando la sentencia contraría su pretensión.

En el caso de los tribunales pluripersonales, este deber general de los jueces profesionales importa la necesidad de asegurar una clara y explícita mayoría sustancial de fundamentos en sus decisiones. De lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en el absurdo de suponer que, para impugnar, sean las partes del proceso quienes deban escoger cualquiera de los fundamentos de los votos individuales que confluyeron en la decisión, es decir, que sea el propio recurrente quien le atribuya al pronunciamiento un fundamento que aquel, como tal, no tuvo.

5°) Que, en modo acorde con esa inteligencia, desde antiguo se ha sostenido en la jurisprudencia del Tribunal que las sentencias judiciales deben constituir -como requisito de validez- una derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 318:871; 341:98; 331:1090, y muchos otros).

Luego, esta Corte Suprema ha precisado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos (Fallos: 312:1058; 313:475; 316:609; 326:1885; 332:943; 334:490; 339:873).

Ello así, pues las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (Fallos: 308:2188, voto del juez Petracchi; 312:1500; 326:1885; 329:4078; 334:490; 338:693; CSJ 141/2010 (46-E)/CS1 “Eraso, Raúl Alfredo y otro s/ causa n° 8264”, sentencia del 18 de diciembre de 2012; CSJ 69/2014 (50-D)/CS1 “Di Rocco Vanella, Daniel Federico y otro s/ causa n° 16.256”, sentencia del 4 de noviembre de 2014; CSJ 4359/2014/CS1 “Petty, Luis Guillermo y otro s/ falsificación de documentos públicos”, sentencia del 2 de junio de 2015; CSJ 4139/2014/RH1 “Villalba Martínez, María Gloria y otro s/ infracción ley 23.737 (art. 29)”, sentencia del 9 de agosto de 2016, entre otros).

De tal modo, la ausencia de coincidencia sustancial de fundamentos por la mayoría absoluta de las opiniones vacía al decisorio de toda fundamentación, puesto que no habría razón valedera para optar por un voto u otro al momento de apreciar cuál ha sido el presupuesto en que se basó la decisión apelada (Fallos: 312:1058; 326:1885).

En esa misma línea, se entendió que una sentencia cuenta con mayoría aparente, si en realidad se sustenta en votos que no guardan entre sí la mínima concordancia lógica y argumental requerida a los fallos judiciales (Fallos: 316:1991) o aquellos con fundamentos normativos discordantes que, además, carecen de un análisis razonado y acorde de los problemas conducentes para la correcta dilucidación del pleito, en tanto ello lesiona el derecho de defensa en juicio (Fallos: 312:1500).

6°) Que recientemente este Tribunal ha reiterado la premisa según la cual la sentencia judicial debe ser un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico-jurídica, en la cual la validez y los alcances de la decisión dependen también de las motivaciones que la fundan. Por su parte, también ha precisado que a la hora de examinar la existencia de una mayoría sustancial de fundamentos que ponga de manifiesto la voluntad de un tribunal colegiado, no cabe atenerse a un criterio puramente formalista que permita tenerla por configurada con opiniones formalmente concurrentes que coinciden en la parte dispositiva. Sin que ello implique adoptar una postura que exija que las opiniones de cada uno de los miembros del tribunal resulten idénticas para poder tener por configurada la mayoría necesaria, toda vez que ello no se condice con la naturaleza plural y deliberativa de esta clase de tri-

bunales (cf. respectivamente, “Municipalidad de La Matanza”, Fallos: 342:2183 y sus citas; y Fallos: 341:1466, voto de la mayoría, considerando 3°; voto del juez Rosatti, considerando 6°).

7°) Que allende el respeto por las opiniones individuales y las disidencias, los magistrados que conforman los tribunales colegiados deben asegurar que su deliberación arribe -cuanto menos- a un acuerdo mayoritario sobre un mínimo de razones comunes que constituyan el fundamento lógico y jurídico del fallo. Sobre esa comunidad sustancial de razones se erige la sentencia, que representa la voluntad del tribunal como órgano colectivo, la cual debe identificarse con la voluntad de la mayoría de sus miembros, en ausencia de unanimidad. Dicho de otro modo: no basta con el nudo imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva para dar validez y fijar los alcances de un pronunciamiento si este se asienta en motivaciones lógicamente desconectadas y/o sustantivamente inconciliables.

8°) Que la responsabilidad de juzgar las cuestiones sometidas a su conocimiento impone a los magistrados la obligación de pronunciarse sobre todos aquellos puntos comprendidos en el pleito que resulten conducentes a su decisión, es decir, aquellas cuestiones que se estimen necesarias para el dictado de la sentencia (Fallos: 339:1530; 339:635, entre muchos otros).

En definitiva, la conformación de un acuerdo mayoritario que idóneamente exprese el razonamiento lógico seguido para arribar a la solución del caso, constituye un deber propio de los magistrados que componen este tipo de tribunales colegiados, dirigido a cumplir con la obligación genérica de resolver, en forma válida, las cuestiones sometidas a su conocimiento.

9°) Que, teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, esta Corte entiende que asiste razón al recurrente en cuanto plantea que -en el caso- se confirmó la sentencia condenatoria sin mediar una real mayoría de fundamentos en punto a la atribución dolosa de la muerte a su pupilo, que es lo que el fallo impugnado convalidó.

Esto por cuanto, al tratar el agravio de la parte referida a la calificación del hecho bajo la figura prevista en el artículo 165 del Código Penal: i) el juez que votó en primer término consideró acreditado en el caso el dolo eventual, por entender que el imputado había podido

prever la muerte como el resultado de sus actos; ii) el juez que votó en segundo término consideró que el agravio de la parte era irrelevante, en tanto la figura penal aplicable al caso -homicidio en ocasión de robo- admitía tanto la actuación dolosa como culposa y que, mientras se produjera el resultado, era indistinta la motivación para la consumación del homicidio cometido en el curso del robo.

Por su parte, el tercer vocal que votó en disidencia, descartó la aplicación del citado tipo penal, entendió que la muerte debía ser atribuida a título culposo y que el hecho debía calificarse como homicidio culposo en concurso real con robo con arma de fuego (artículos 84, 166, inc. 2°, y 55 del Código Penal).

Así las cosas, el análisis de los votos que terminan confirmando la condena por el delito de homicidio en ocasión de robo no evidencia una concordancia sustancial de opiniones dirimientes en las que se funde la decisión adoptada. En otras palabras: no ha existido una mayoría real de sus integrantes que sustente las conclusiones del pronunciamiento (Fallos: 302:320; 305:2218; 312:1500; 313:475; 321:1653; 326:1885; 332:1663; 334:490).

10) Que de todo lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida no ha sido adoptada con mayoría sustancial de argumentos, requisito indispensable para su validez, por lo que resulta admisible la tacha de arbitrariedad y corresponde hacer lugar a su descalificación.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Carlos Eusebio Cañete**, asistido por la **Dra. María Florencia Hegglin**, Defensora Pública Oficial ante la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 12.**

O., S. M. c/ PREVENCIÓN ART S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y
PERJUICIOS (ACCIDENTE DE TRABAJO)

DAÑOS Y PERJUICIOS

Es arbitraria la sentencia que fijó la indemnización de los daños derivados del accidente sufrido por la actora en ocasión del trabajo y que le causó una incapacidad del 60% de la total obrera, pues si bien es cierto que el a quo formuló un amplio enunciado de los aspectos fácticos y probatorios a considerar a los fines de determinar la entidad del daño y, en consecuencia, la cuantía del resarcimiento, individualizando aspectos específicos del caso que gravitarían a tales fines, también lo es que dispuso las indemnizaciones sin proporcionar criterios, parámetros o cálculos que permitan comprender el desarrollo lógico y argumental seguido para arribar a las cifras establecidas.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que fijó la indemnización de los daños derivados del accidente sufrido por la actora en ocasión del trabajo y que le causó una incapacidad del 60% de la total obrera, pues no suministra razones suficientes que justifiquen el apartamiento de los importes que habían sido oportunamente establecidos por la cámara de origen en relación al daño material y por daño moral.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que fijó la indemnización de los daños derivados del accidente sufrido por la actora en ocasión del trabajo y que le causó una incapacidad del 60% de la total obrera, pues los resarcimientos han sido establecidos en forma dogmática y con total prescindencia de las directivas y señalamientos dados por la Corte en su anterior intervención.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es procedente, pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia de excepción cuando la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal y desconoce lo esencial de aquella decisión.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHO A UNA REPARACION INTEGRAL

La reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa O., S. M. c/ Previsión ART S.A. y otro s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en autos, S. M. O. reclamó la reparación integral de los graves daños derivados del accidente sufrido en agosto de 2001, en ocasión del trabajo, que le causó una incapacidad del 60% de la Total Obrera.

Este Tribunal, en su anterior intervención, mediante pronunciamiento del 10 de agosto de 2017, dejó sin efecto la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y ordenó que, por quien corresponda, se dictase un nuevo fallo con arreglo a los parámetros que estableció a tal fin.

Al descalificar el fallo del *a quo* esta Corte, mediante los diversos votos que integraron su pronunciamiento, hizo expresos señalamientos sobre las exigencias a las que se encuentra supeditada la determinación de un resarcimiento como el aquí reclamado para responder a los estándares de integralidad y suficiencia. En ese sentido, ponderó que “la indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica debe reparar la disminución permanente de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Este daño específico se debe indemnizar aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Ello es así pues dicha disminución indudablemente influye sobre las posibilidades que tendría la víctima para reinsertarse en el mercado laboral en el caso de que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando” (voto de los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti).

Con análogo alcance puntualizó que “la reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al *quantum* de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado” (voto del juez Ricardo Luis Lorenzetti).

Destacó, asimismo, que “la sentencia debe descalificarse porque, al fijar la cuantía de las indemnizaciones por daño material y moral, adoptó un criterio injustificadamente genérico que llevó a establecer un resarcimiento insuficiente”, en tanto “se limita a efectuar una estimación pretendidamente prudencial que apela de modo genérico a las pautas empleadas por otros tribunales para casos supuestamente análogos, sin prestar atención alguna a las circunstancias específicas de la actora damnificada. De haber atendido a las particulares circunstancias de la demandante, la sentencia recurrida habría concluido que la cuantía fijada luce desproporcionada por exigua” (disidencia parcial del juez Carlos Fernando Rosenkrantz).

2º) Que, recibido el expediente, el superior tribunal provincial se pronunció nuevamente con otra integración. Tras señalar que acataría los parámetros establecidos por esta Corte y discurrir largamente sobre los perjuicios experimentados por la actora y el modo de valorarlos a los fines resarcitorios, por mayoría de votos, resolvió elevar las indemnizaciones a las sumas de \$ 800.000 y \$ 200.000 por daño material y moral respectivamente, expresadas a valores de oc-

tubre de 2012 (en origen habían sido establecidas en \$ 278.800 por daño material y \$ 120.000 por daño moral, importes de los que debían descontarse \$ 78.800 ya abonados por la ART), lo que hace un total de \$ 1.000.000 del cual, detráido el importe pagado, restarían pendientes de percepción \$ 921.200.

3°) Que contra tal pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja. La apelante aduce la existencia de cuestión federal, toda vez que la corte provincial estableció los resarcimientos sin apego a las pautas y criterios previamente establecidos por esta Corte. Asimismo, formula diversas impugnaciones invocando la configuración de supuestos de arbitrariedad.

4°) Que el recurso extraordinario es procedente, pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia de excepción cuando, como ocurre en el caso, la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal y desconoce lo esencial de aquella decisión (Fallos: 308:215; 321:2114; 330:1236; 337:62, entre otros).

5°) Que en el *sub lite* el aludido apartamiento resulta ostensible. En efecto, es cierto que el *a quo* formuló un amplio enunciado de los aspectos fácticos y probatorios a considerar a los fines de determinar la entidad del daño y, en consecuencia, la cuantía del resarcimiento, individualizando aspectos específicos del caso que gravitarían a tales fines. Sin embargo, también lo es que dispuso las indemnizaciones sin proporcionar criterios, parámetros o cálculos que permitan comprender el desarrollo lógico y argumental seguido para arribar a las cifras establecidas. Lejos de ello, los montos reconocidos por daño material y por daño moral no reflejan la real utilización de las pautas enunciadas ni se exhiben como producto de una adecuada ponderación de las circunstancias que el propio tribunal dijo que tomaría en cuenta.

El fallo, además, no suministra razones suficientes que justifiquen el apartamiento de los importes que habían sido oportunamente establecidos por la cámara de origen por los conceptos a los que se viene haciendo referencia (\$ 1.000.000 y \$ 500.000, respectivamente).

En esas condiciones, los resarcimientos han sido establecidos en forma dogmática y con total prescindencia de las directivas y señala-

mientos dados por esta Corte en su anterior intervención conforme lo sucintamente reseñado en el considerando 1° de la presente.

La decisión impugnada consagra, así, un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por este Tribunal por lo que corresponde su descalificación en este aspecto (art. 14 de la ley 48).

6°) Que, respecto de los restantes agravios planteados, el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*) –
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

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

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por S. M. O., *actora en autos*, representada por la *doctora Claudia Patricia Balbín*, con el patrocinio del *Dr. Santiago Viola*.

Tribunal de origen: Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Corte Suprema de Justicia de la Nación; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza; Cámara Segunda del Trabajo de Mendoza.

OTOYA PIEDRA, CÉSAR AUGUSTO c/ EN - DNM s/ RECURSO
DIRECTO DNM

MIGRACIONES

Es arbitraria la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que ordenaba con fundamentos en el 29, inciso c, de la ley 25.871 la expulsión del actor del territorio nacional, pues si bien éste planteó en sede administrativa la dispensa por razones de reunificación familiar invocando meramente los vínculos familiares, la administración, en uso de sus facultades discrecionales, resolvió no admitir esa excepción sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que fue condenado; así la negativa a conceder la dispensa, que es excepcional, fue adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y encuentra suficiente motivación en la mención de aquella circunstancia que se formuló en los considerandos de los actos administrativos cuestionados en la causa.

MIGRACIONES

Es arbitraria la sentencia que declaró la nulidad de las resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que ordenaba con fundamento en el art. 29, inciso c, de la ley 25.871 la expulsión del actor del territorio nacional, pues la interpretación asignada por el a quo al derecho de reunificación familiar no se compadece con el propósito perseguido por el legislador al aludir a parámetros ajenos al criterio restrictivo que debe primar al interpretar una facultad discrecional de orden excepcional.

MIGRACIONES

En el artículo 29 de la ley 25.871 el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, y frente a esa regla general, en su último párrafo, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente su aplicación de modo fundado; esas razones resultan una excepción a la regla y, por lo tanto, deben ser interpretadas de modo restrictivo.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se discute la validez de un acto de autoridad nacional con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas.

SENTENCIA ARBITRARIA

Los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, al estar referidos a la cuestión federal quedan comprendidos en ella y, por ende, deben ser tratados en forma conjunta.

MIGRACIONES

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que ordenaba con fundamento en el art. 29, inciso c, de la ley 25.871 la expulsión del actor del territorio nacional, pues el rechazo del planteo de reunificación familiar formulado por aquél fue decidido por la autoridad migratoria con arreglo al artículo citado y la referencia a la entidad y gravedad del delito por el cual fue condenado para justificar la decisión de no concederle una excepción a la regla mencionada, lo cual otorga per se sustento a la resolución administrativa, en tanto se trata de una decisión que encuentra fundamento en una regla legal que la Dirección Nacional de Migraciones tiene el deber de acatar (Voto del juez Rosenkrantz).

MIGRACIONES

Fuera de los supuestos específicamente previstos en los artículos 62 y 70 de la ley 25.871 -que no concurrían en el caso-, la mera existencia de un grupo familiar en el país no resulta suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871, pues lo contrario implicaría, en la práctica, ignorar que la concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada (Voto del juez Rosenkrantz).

MIGRACIONES

La ley 25.871 solo exige que la autoridad administrativa dicte una resolución fundada cuando, en virtud de una decisión discrecional, concede la dispensa a la expulsión por razones de reunificación familiar; en todos los demás casos la resolución de la administración responde al ejercicio de una facultad reglada por la ley (Voto del juez Rosenkrantz).

EXPULSION DE EXTRANJEROS

Resulta suficiente que a los efectos de decidir la expulsión de la persona extranjera que la administración exprese en cuál de los supuestos legales previstos en el artículo 29 de la ley 25.871 encuadra la situación del interesado (Voto del juez Rosenkrantz).

EXPULSION DE EXTRANJEROS

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que ordenaba con fundamento en el art. 29, inciso c, de la ley 25.871 la expulsión del actor del territorio nacional, pues no se ha alegado una trasgresión al límite para el ejercicio de la facultad administrativa prevista en el citado artículo, que está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley 25.871) (Voto del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado el recurso judicial directo interpuesto por el actor en los términos de la ley 25.871, y en consecuencia, declaró la nulidad de las disposiciones SDX 79755/15, 25061/15 y de la resolución 018-10-APN-SEC-MI por las que se declaró irregular su permanencia en el país, se ordenó su expulsión del territorio nacional y se prohibió el reingreso con carácter permanente.

Para así decidir, la alzada, luego de reseñar los artículos 10 y 29, última parte, de la ley 25.871, consideró que la Dirección Nacional de Migraciones -al resolver la medida de expulsión- había omitido expedirse respecto de la defensa de reunificación familiar invocada por el migrante.

Entendió que la administración no motivó adecuadamente tal medida por no valorar parámetros tales como: la naturaleza y gravedad del delito cometido; el tiempo que se prolongó la residencia del extranjero en el país, el tiempo que transcurrió desde que el extranjero cometió el delito y el examen de la conducta desplegada con posterioridad; los vínculos sociales, culturales y familiares que desarrolló en el país de residencia y con el de destino y la duración de la prohibición de reingreso. Entre otros factores también mencionó que cabía considerar la edad de la persona al tiempo de comisión del delito, las dificultades que debería afrontar el grupo familiar al seguir al migrante a su país de origen, aun cuando este último criterio no fuere un factor suficiente por sí mismo para excluir la expulsión.

Manifestó que de las constancias de la causa surgía que el actor había acreditado ser cónyuge y padre de dos hijos mayores de edad con residencia permanente. Juzgó que la Dirección Nacional de Mi-

graciones, mediante las disposiciones impugnadas, había omitido expedirse respecto al argumento de reunificación familiar invocado por el migrante o examinar la situación de autos a la luz de los estándares enunciados precedentemente. Agregó que esa omisión también se verificaba en la sentencia de primera instancia.

Señaló que, en atención a que uno de los hijos del actor era menor al momento del dictado de los actos administrativos impugnados, la demandada debió haber contemplado los parámetros que surgen de la OC 21/14 sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y la Necesidad de Protección Internacional.

En consecuencia, revocó la sentencia y declaró la nulidad de las disposiciones SDX 79755/15, 25061/15 y de la resolución 018-10-APN-SEC-MI y dispuso el reenvío de las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones para que dicte un nuevo acto conforme a derecho.

2º) Que contra esa decisión el demandado interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 163.

En sustancial síntesis, alegó que el tribunal *a quo* interpretó erróneamente el alcance de la motivación de los actos administrativos a la luz del principio de reunificación familiar consagrado en el artículo 29 *in fine* de la ley 25.871.

Defendió la legalidad de las disposiciones impugnadas que, según alega, se ajustaron al criterio objetivo de la “condena” penal establecido en la norma. Agregó que la circunstancia de que el actor hubiera invocado los vínculos familiares, en sede administrativa, no conducía obligatoriamente al otorgamiento de la dispensa pues la simple lectura del artículo 29 *in fine* de la ley 25.871 permitía sostener que resultaba una potestad de la administración disponer tal beneficio.

Asimismo se quejó porque el fallo recurrido no respetó las facultades propias de la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en autos se discute la validez de un acto de autoridad nacional

con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (Fallos: 314:1234). Por lo demás los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625, entre otros).

4°) Que, en primer término, corresponde aclarar que no se encuentra cuestionado en esta instancia lo resuelto por *el a quo* en cuanto a que la situación del actor puede encuadrarse en la causal impeditiva de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 por cuanto fue condenado a la pena de nueve (9) años de prisión como autor del delito de homicidio simple.

5°) Que, en consecuencia, corresponde examinar si la sentencia apelada constituyó un legítimo control de la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa impugnada o si, por el contrario, importó una indebida intromisión del Poder Judicial sobre facultades propias de la Dirección Nacional de Migraciones.

6°) Que la ley 25.871 establece entre sus objetivos garantizar "...el ejercicio del derecho a la reunificación familiar" de los migrantes con "...sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes" (artículos 3° inciso d y 10), como así también asegurar "...a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios..." (artículo 3°, inciso f). De igual modo, el legislador traza como objetivo de la política migratoria el de "promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación" (artículo 3°, inciso j).

7°) Que, sobre la base de tales principios, en el artículo 29 de la ley 25.871 –en su redacción aplicable al caso– disponía que "*serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] c) haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina*

pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; [...] La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

8°) Que en la causa “Barrios Rojas” (Fallos: 343:990), esta Corte señaló que en el citado artículo 29 de la ley 25.871 el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, y frente a esa regla general, en su último párrafo, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente su aplicación de modo fundado. Asimismo, destacó que esas razones resultan una excepción a la regla y, por lo tanto, deben ser interpretadas de modo restrictivo (confr. considerandos 10 y 11 del voto del juez Rosenkrantz y la jueza Highton de Nolasco; 10 y 11 del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y 8° y 13 del voto del juez Rosatti).

9°) Que, a la luz de tales premisas, cabe afirmar que el *a quo* no valoró adecuadamente la causal que la Dirección Nacional de Migraciones consideró configurada para disponer la expulsión del migrante.

En efecto, si bien el actor planteó en sede administrativa la dispensa por razones de reunificación familiar invocando meramente los vínculos familiares, la administración, en uso de sus facultades discrecionales, resolvió no admitir esa excepción sobre la base de la entidad y gravedad del delito por el que fue condenado. En estos términos, la negativa a conceder la dispensa, que es excepcional, fue adoptada dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y encuentra suficiente motivación en la mención de aquella circunstancia que se formuló en los considerandos de los actos administrativos cuestionados en autos. Máxime cuando en el *sub examine* no se advierte una injerencia arbitraria en las relaciones de familia o la adopción de criterios discriminatorios.

En este contexto, es posible afirmar que la interpretación asignada por el *a quo* al derecho de reunificación familiar no se compadece con el propósito perseguido por el legislador al aludir a parámetros ajenos al criterio restrictivo que debe primar al interpretar una facultad discrecional de orden excepcional.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento la naturaleza de las cuestiones debatidas (artículo 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 pronunciamiento de conformidad al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*) –
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) En cuanto a los antecedentes fácticos y jurídicos del caso, me remito a la reseña efectuada por la Corte a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2º) El recurso extraordinario de la Dirección Nacional de Migraciones ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (artículo 29 y concordantes de la ley 25.871) y la decisión de la cámara resulta contraria a la pretensión que la demandada fundó en ella (conf. artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

3º) En la causa se encuentra discutida la validez de las decisiones administrativas adoptadas por la Dirección Nacional de Migraciones que ordenaron la expulsión del actor y prohibieron su reingreso al país, con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871. El argumento central del superior tribunal de la causa para hacer lugar a la impugnación deducida fue que la administración no motivó adecuadamente las circunstancias alegadas por el actor como fundamento para que se le otorgara una dispensa por razones de reunificación familiar.

En tal sentido, conviene recordar que el artículo 29 de la ley 25.871 dispone que “serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] e) haber sido condenado o

estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; [...] La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo” (texto originario de la norma, restablecido por el decreto 138/2021).

4º) Tal como lo destaca la mayoría, en los diferentes votos que conformaron la doctrina sentada en el precedente “Barrios Rojas” (Fallos: 343:990) esta Corte señaló que en el citado artículo 29 de la ley 25.871 el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, y frente a esa regla general, en su último párrafo, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar excepcionalmente su aplicación de modo fundado. Asimismo, destacó que esas razones resultan una excepción a la regla y, por lo tanto, deben ser interpretadas de modo restrictivo.

De todos modos, me parece importante señalar que al votar la causa citada junto con la jueza Highton de Nolasco también consideramos que, fuera de los supuestos específicamente previstos en los artículos 62 y 70 de la ley 25.871 —que no concurrían en ese caso y tampoco en este—, la mera existencia de un grupo familiar en el país no resultaba suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871. Y destacamos que lo contrario implicaría, en la práctica, ignorar que la concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada.

5º) Sobre tales bases, entiendo que no le asiste razón a la cámara cuando sostiene que la decisión administrativa impugnada carece de motivación.

En efecto, el rechazo del planteo de reunificación familiar formulado por el actor fue decidido por la autoridad migratoria con arreglo a

lo dispuesto por el artículo 29 de la ley 25.871, que ordena la expulsión en los casos en los que concurren las circunstancias impeditivas para el ingreso o la permanencia de extranjeros en el país. La referencia a la entidad y gravedad del delito por el cual fue condenada para justificar la decisión de no concederle una excepción a la regla mencionada otorga *per se* sustento a la decisión administrativa. Ello es así pues se trata de una decisión que encuentra fundamento en una regla legal que la Dirección Nacional de Migraciones tiene el deber de acatar. En un supuesto como el que se presenta en la causa, la ley 25.871 solo exige que la autoridad administrativa dicte una resolución fundada cuando, en virtud de una decisión discrecional, concede la dispensa a la expulsión por razones de reunificación familiar. En todos los demás casos la resolución de la administración responde al ejercicio de una facultad reglada por la ley.

Consecuentemente, resulta suficiente que a los efectos de decidir la expulsión la administración exprese en cuál de los supuestos legales previstos en el artículo 29 encuadra la situación del interesado.

6°) Por lo demás, en el caso no se ha alegado una trasgresión al límite para el ejercicio de la facultad administrativa prevista en el artículo 29 de la ley 25.871, que está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley 25.871).

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada, con costas en el orden causado atento la naturaleza de las cuestiones debatidas (artículo 68, segunda parte, 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 pronunciamiento de conformidad al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dirección Nacional de Migraciones, parte demandada**, representada por el **Dr. Luis Alejandro Guasti**.

Traslado contestado por **César Augusto Otoya Piedra, parte actora**, representado por el **Dr. César Augusto Balaguer, Defensor Público Oficial, cotitular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 10.**

RAMADITAS S.A. c/ A.F.I.P. s/ JUICIO DE CONOCIMIENTO

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

El planteo de caducidad debe ser rechazado según lo previsto por el art. 311 del citado código de rito, pues desde que se había ordenado la elevación de la causa a la Corte hasta que se solicitó la caducidad no transcurrió un plazo superior al previsto por el art. 310, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que, dadas las circunstancias excepcionales de la emergencia sanitaria - Pandemia por Covid-19- no puede reprochársele a la actora que no haya urgido la remisión de las actuaciones a la Corte -con las consecuencias pretendidas por la peticionaria- en tanto el trámite de la causa se vio interferido por aquellos acontecimientos que motivaron el dictado de una feria extraordinaria.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso, y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, de fecha 16/10/2019, que hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la apoderada legal de la AFIP-DGI y, en

consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia del 29/06/2018, rechazó la demanda interpuesta y dejó sin efecto la regulación de honorarios de los letrados intervinientes y de la perito contadora -difi-riendo su tratamiento hasta que quedase firme la decisión-, la parte actora interpuso recurso extraordinario que, tras ser sustanciado, fue concedido en los términos que resultan del auto de fecha 18/12/2019.

2°) Que el 18/08/2020 la demandada solicitó que se declarase la caducidad de la instancia extraordinaria, abierta con la concesión del remedio federal, en el entendimiento de que, desde tal oportunidad, había transcurrido el plazo previsto por el art. 310, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que la recurrente hubiera desplegado ninguna actividad procesal tendiente a impulsar el procedimiento. Este planteo fue sustanciado y la actora se opuso a lo pretendido por la contraparte.

3°) Que el día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró a nivel global como pandemia al brote del nuevo coronavirus (COVID-19) y, frente a ello, mediante el decreto 260/2020, el Poder Ejecutivo Nacional amplió la emergencia pública en materia sanitaria que había sido declarada por la ley 27.541 y, posteriormente, mediante el decreto 297/2020 se estableció “el aislamiento social, preventivo y obligatorio” que fue prorrogado, en cuanto aquí interesa, por los decretos 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020 y 520/2020.

4°) Que, en consonancia con tales disposiciones, esta Corte ha venido adoptando distintas medidas en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, concordantes con las disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional y con las recomendaciones de la autoridad sanitaria de la Nación, a fin de enfrentar y acompañar desde su ámbito la crisis provocada por dicha pandemia, entre las cuales dictó la acordada 6/2020, por la cual se dispuso una feria extraordinaria respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran el Poder Judicial, desde el 20 al 31 de marzo inclusive de 2020, que fue prorrogada, por medio de las acordadas 8/2020, 10/2020, 13/2020, 14/2020, 16/2020 y 18/2020, hasta el 28 de junio de 2020 inclusive.

5°) Que, luego, por la acordada 20/2020 se produjo el levantamiento de la feria judicial extraordinaria dispuesta por el punto resolutorio 2° de la acordada 6/2020 -y extendida por aquellas- respecto de los tribunales con jurisdicción en la Provincia de Salta (Cáma-

ra Federal de Apelaciones, Juzgados Federales nros. 1 y 2, entre otros). Asimismo, se estableció que, a partir del 22/06/2020, esa cámara podía disponer lo que estimare pertinente respecto del tratamiento y resolución de todos los recursos que se interpusieran, o que estuviesen en curso.

6°) Que, según surge de las constancias digitales incorporadas al Sistema Informático Lex 100, el 16/06/2020 dicha cámara remitió las actuaciones al Juzgado Federal n° 2 de Salta, y el 2/07/2020 la parte actora petitionó que las actuaciones sean devueltas a aquella para su remisión a esta Corte para el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto, lo cual fue cumplido el 15/07/2020. Luego, el 7/08/2020, se canceló la remisión del expediente en papel por medio del correo, se ordenó la confección del correspondiente DEO a los fines del tratamiento del recurso extraordinario antedicho, y el 10/08/2020 se notificó a las partes para que “formulen cualquier objeción que estimen pertinente” y, a raíz de ello, como fue apuntado, el 18/08/2020 la demandada planteó la caducidad.

7°) Que el planteo de caducidad debe ser rechazado según lo previsto por el art. 311 del citado código de rito, que establece que los plazos de caducidad “...se computarán desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución o actuación del juez, secretario u oficial primero, que tenga por objeto impulsar el procedimiento; correrán durante los días inhábiles salvo los que correspondan a las ferias judiciales...”. En efecto, desde que se había ordenado la elevación de la causa a esta Corte (18/12/2019) hasta que se solicitó la caducidad (18/08/2020), no ha transcurrido un plazo superior al previsto por el art. 310, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que, dadas las circunstancias excepcionales antes descriptas, hasta el 22/06/2020 no puede reprochársele a la actora que no haya urgido la remisión de las actuaciones a esta Corte (confr. doctrina de Fallos: 328:3283 y sus citas) -con las consecuencias pretendidas por la peticionaria- pues el trámite de la causa se vio interferido por aquellos acontecimientos que motivaron el dictado de una feria extraordinaria. Asimismo, tampoco transcurrió tal plazo desde ese momento hasta cuando fue solicitada la remisión de las actuaciones a la cámara para su envío a esta Corte (2/07/2020), ni mucho menos desde ese momento hasta el acuse de caducidad de instancia (doctrina de Fallos: 313:936, 1081; 315:838, 2977; 319:907, entre otros).

8°) Que a ello corresponde señalar que esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso, y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio (confr. Fallos: 319:1024, 1142 y 1769; 323:2067; 325:3392; 326:1183; 327:1430, entre muchos otros).

Por ello, se rechaza el pedido de caducidad de instancia. Con costas. Notifíquese y llámase autos para la consideración del recurso extraordinario interpuesto.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Incidente de caducidad de instancia extraordinaria promovido por la **Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva**, representada por la **Dra. Rosa Lorena Luna**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María de los Ángeles Ruiz**.

Traslado contestado por **Ramaditas S.A.**, representada por el **Dr. Sebastián Espeche**.
Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta**.

**UNIÓN DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN UPCN -5-
C/ MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS
S/ COBRO DE APOR. O CONTRIB.**

COMPETENCIA

Toda vez que en la demanda la Unión del Personal Civil de la Nación ha invocado ser una asociación sindical con personería gremial que representa al personal que se desempeña en el Ministerio de Hacienda y, en tal carácter, reclama diferencias en la percepción del rubro “aporte solidario”, previsto en el Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional, homologado por los decretos 66/1999 y 214/2006 y que los trabajadores representados están incluidos en el Anexo I y, por consiguiente, su relación con el empleador no está regulada por normas del derecho del trabajo, ello pone en evidencia que la relación está

regida por el derecho público y que, por consiguiente, corresponde que intervenga la justicia federal.

EMPLEADOS PUBLICOS

Si la relación que une al empleado con el ente estatal está regida por el derecho público, resulta competente el fuero federal en lo contencioso-administrativo.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

A los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales; así de esta manera, la atribución de competencia a un tribunal perteneciente a la justicia nacional ordinaria en desmedro de un tribunal federal configura la denegatoria del fuero federal que, de acuerdo con una tradicional jurisprudencia, torna equiparable a definitiva la resolución y habilita la instancia del art. 14 de la ley 48.

COMPETENCIA

Para determinar la competencia de un tribunal debe tomarse en consideración, de modo principal, la exposición de los hechos contenida en la demanda y después, solo en la medida 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 los contendientes.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

Si bien los pronunciamientos que conciernen a cuestiones de competencia no autorizan, en principio, la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, corresponde hacer excepción a dicha regla cuando media denegación del fuero federal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Unión del Personal Civil de la Nación UPCN –5- c/ Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas s/ cobro de apor. o contrib.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la resolución dictada en primera instancia que había rechazado la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, quien había invocado que la causa debía tramitarse ante el fuero en lo contencioso administrativo federal (fs. 100/101 y 122 de los autos principales, a cuya foliatura se hará mención en lo sucesivo).

2º) Que, para decidir de ese modo el *a quo*, con apoyo en el dictamen del Ministerio Público, tomó en consideración que la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) había promovido demanda «con el objeto de percibir cierta suma de dinero en concepto de pagos insuficientes del aporte solidario prescripto en el art. 114 y 77 del Convenio Colectivo de Trabajo que rige la actividad... En consecuencia, el objeto del reclamo se encuentra contemplado en las previsiones de la ley 18.345...» dado que el art. 21, inc. e, de esa ley «...establece claramente que serán de competencia de este Fuero... “los juicios por cobro de aportes, contribuciones y multas fundadas en disposiciones legales o reglamentarias de Derecho del Trabajo”». Sobre tal base, concluyó que la pretensión encuadraba dentro del amplio espectro de competencia del art. 20 de la mencionada ley 18.345.

3º) Que, contra tal pronunciamiento, el Ministerio de Hacienda dedujo el recurso extraordinario (fs. 124/133), cuya denegación dio origen a la presente queja. El apelante se agravia porque considera que las decisiones de los jueces de la causa han menoscabado su derecho a litigar ante la jurisdicción federal.

4º) Que si bien los pronunciamientos que conciernen a cuestiones de competencia no autorizan, en principio, la apertura de la instancia

del art. 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, corresponde hacer excepción a dicha regla cuando media denegación del fuero federal. En efecto, a partir de lo resuelto en la causa “N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros” (Fallos: 339:1342), una mayoría de esta Corte adoptó la línea jurisprudencial iniciada en “Corrales” (Fallos: 338:1517, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda) y decidió que “...a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales”. De esta manera, la atribución de competencia a un tribunal perteneciente a la justicia nacional ordinaria en desmedro de un tribunal federal configura la denegatoria del fuero federal que, de acuerdo con una tradicional jurisprudencia, torna equiparable a definitiva la resolución y habilita la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 202:339; 311:75; 325:1130; 329:1049; 340:103; 341:573, entre muchos otros).

5°) Que, de acuerdo a la doctrina de “Sapientia” (Fallos: 340:103), si la relación que une al empleado con el ente estatal está regida por el derecho público, resulta competente el fuero federal en lo contencioso-administrativo. Esa es precisamente la situación del caso de autos.

Reiteradamente esta Corte ha establecido que para determinar la competencia de un tribunal debe tomarse en consideración, de modo principal, la exposición de los hechos contenida en la demanda y después, solo en la medida 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 los contendientes (doctrina de Fallos: 322:1387; 323:470; 328:68, 73; 329:5514, entre muchos más). En ese orden, se advierte que en el escrito de demanda (fs. 8/13) la UPCN ha invocado ser una asociación sindical con personería gremial que representa al personal que se desempeña en el Ministerio de Hacienda y, en tal carácter, le reclama diferencias en la percepción del rubro “aporte solidario”, previsto en el Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional, homologado por los decretos 66/1999 y 214/2006.

Dicho convenio fue aprobado en los términos de la ley 24.185, que regula la negociación colectiva en el ámbito público. El convenio dispone en su artículo 1 que resulta de aplicación a “todos los trabajadores bajo relación de dependencia laboral con las jurisdicciones y entidades descentralizadas detalladas en el Anexo I del presente”, aunque

aclara a continuación que, “al personal regido por la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (T.O. 1976 y sus modificatorias en adelante Ley de Contrato de Trabajo) le será de aplicación las normas del presente convenio con las salvedades que se formulen para cada Instituto en particular”. Los trabajadores representados por la UPCN en autos pertenecen a la primera categoría (están incluidos en el Anexo I) y, por consiguiente, su relación con el empleador no está regulada por normas del derecho del trabajo. Tales circunstancias ponen en evidencia que la relación está regida por el derecho público y que, por consiguiente, corresponde que intervenga la justicia federal.

En tales condiciones, corresponde admitir la apelación, dejar sin efecto la sentencia impugnada y reasignar el expediente a la jurisdicción competente.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y se declara que la presente causa es de la competencia de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, a la que se le remitirá. Con costas por su orden en atención a la índole de la cuestión planteada. Agréguese la queja al principal. Exímase a la recurrente del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional - Ministerio de Hacienda**, representado por el **Dr. Julio César Palavecino**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 35**.

SANTA FE, PROVINCIA DE c/ ESTADO NACIONAL s/ ACCIÓN
DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD*INTERVENCION DE LA CORTE SUPREMA*

Toda vez que han transcurrido seis años desde la sentencia de la Corte y a pesar, incluso, del compromiso común asumido expresamente por las partes de acordar el monto y la forma de pago de la deuda resultante (conf. apartado I.p del Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017, aprobado por la ley nacional 27.429 y ratificado por la ley de la Provincia de Santa Fe 13.748) ese propósito no se ha alcanzado, lo cual coloca nuevamente a la Corte Suprema en la situación de tener que decidir acerca de la cuantía de la condena de restitución de los recursos coparticipables detraídos ilegítimamente a la Provincia de Santa Fe.

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

Corresponde aplicar a la condena que el Estado Nacional debe pagar a la Provincia de Santa Fe por las cantidades detraídas en virtud de la norma impugnada -art. 76 de la ley 26.078, en lo atinente a la detración del 15% de la masa de impuestos coparticipables-, los intereses se computen a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

La pretensión del Estado Nacional demandado consistente en que se aplique la tasa del 6,72763943919512% nominal anual (resolución 66/2018 del Ministerio de Finanzas), no resulta admisible, porque dicho porcentaje no fue previsto por las partes en el Consenso Fiscal para la situación de los juicios con sentencia firme de la Corte, al punto tal que estos procesos tuvieron un tratamiento particular (conf. cláusula I, apartado p, con respecto a las causas referidas en el cláusula III, inciso u, y enumeradas en el Anexo II de dicho acuerdo).

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

Corresponde desestimar el pedido del Estado Nacional, consistente en que se establezca una reducción prudencial de la cantidad resultante de la liquidación -que estima en un tercio-, en función de lo que considera un “crecimiento proporcionalmente mayor en las prestaciones que la ANSES tuvo a su cargo en la provincia durante todo el período liquidado y hasta la actualidad”, ello así, por cuanto las defensas atinentes a los alcances de la obligación del Estado Nacional de restituir los recursos coparticipables detraídos ilegítimamente, fueron objeto de discusión amplia a lo largo del proceso de conocimiento sustanciado ante la Corte, y comprendidas en la sentencia definitiva del 24 de noviembre de 2015 (Fallos: 338:1356), lo que importa considerar la existencia de cosa juzgada sobre el punto y, por consiguiente, un obstáculo a su replanteo en esta etapa de cumplimiento de dicha sentencia.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que mediante la sentencia definitiva recaída en la presente causa (fs. 408/428), publicada en Fallos: 338:1356, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 26.078, en lo atinente a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992, y condenó al Estado Nacional a pagar a la Provincia de Santa Fe la suma resultante del cálculo de las cantidades detraídas en virtud de la norma impugnada, con más los intereses según la legislación aplicable.

2°) Que dicho pronunciamiento –tal como se señaló en el considerando 38, y se reiteró en la causa análoga CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, sentencias del 10 de octubre de 2017 y 19 de febrero de 2019, publicada en Fallos: 342:85- tuvo el firme propósito de que las partes convinieran y determinaran tanto la cuantía de la condena como la forma y plazos de su cumplimiento.

Ese mismo temperamento se adoptó en controversias semejantes (v.gr. causa “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional” -Fallos: 326:417-, que culminó con un acuerdo en cuanto al monto y a la forma de pago, conf. fs. 1021/1022 de dicho expediente).

3°) Que, sin embargo, en el caso de autos, habiendo transcurrido seis años desde la sentencia de fs. 408/428 y a pesar, incluso, del compromiso común asumido expresamente por las partes de acordar el monto y la forma de pago de la deuda resultante (conf. apartado I.p del Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017, aprobado por la ley nacional 27.429 y ratificado por la ley de la Provincia de Santa Fe 13.748, ver fs. 596, 614/616 y 630) ese propósito no se ha alcanzado, lo cual coloca nuevamente al Tribunal en la situación de tener que decidir acerca de la cuantía de la condena de restitución de los recursos coparticipables detraídos ilegitimamente a la Provincia de Santa Fe.

4°) Que en ese sentido, a fs. 455/456 y 476/479 la actora practica la liquidación que abarca el lapso correspondiente a los meses de enero de 2006 a noviembre de 2015 y, para el cálculo de los intereses, aplica la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, en el entendimiento de que tal porcentaje permite “mantener un equilibrio entre posturas sustentadas en el interés general”, pues –agrega– “si bien se podría recurrir a fórmulas que arrojarían resultados sensiblemente mayores como lo serían las tasas de naturaleza compensatoria y punitoria previstas para el cobro de acreencias fiscales para contribuyentes generales o respecto de aquellos que actúan como agentes de retención, se opta por aquella que refleja razonablemente el daño que deriva de no contar las cuentas públicas con las remesas coparticipables en el tiempo en que debieron girarse”, y porque “la aplicación de otra tasa distinta a la pretendida... socavaría el derecho de propiedad de [la] parte a la luz del contexto inflacionario”. Finalmente añade que “estamos ante circunstancias económicas en que los valores sufren una permanente distorsión por influjo del envilecimiento de la moneda...”.

5°) Que el Tribunal dispuso correr traslado de dicha presentación a la parte demandada en los términos que da cuenta la providencia de fs. 629.

6°) Que a fs. 635/685 el Estado Nacional impugna la liquidación practicada por la Provincia de Santa Fe y presenta una nueva “de acuerdo con las observaciones formuladas”.

En primer término efectúa un relato de las gestiones llevadas a cabo en pos de lograr un acuerdo relativo al monto y a la forma de pago de la deuda objeto de la condena, como así también una síntesis de los “distintos factores externos e internos, incluso climáticos” que produjeron una serie de cambios sustanciales en el contexto económico y financiero, que afectaron gravemente la situación fiscal y presupuestaria de la República Argentina, provocando mayores restricciones y limitaciones relacionadas con la disponibilidad de recursos, que habrían conspirado en la concreción del acuerdo comprometido en el denominado “Consenso Fiscal”.

En lo que respecta a la tasa de interés destaca que “distintos pasivos de las provincias con el Estado Nacional han tenido usualmente una tasa del 6% anual”, tal como fue previsto en el decreto 660/2010 que creó el “Programa Federal de Desendeudamiento de las Provincias Argentinas”, y que en el marco del “Consenso Fiscal” la tasa utilizada en las negociaciones con las provincias para determinar el monto y la forma de pago del bono establecido en el punto II.c fue, específicamente, del 6,72763943919512% nominal anual (resolución MF 66 del 27 de marzo de 2018). Por lo tanto, dado que Santa Fe es parte del Consenso Fiscal y recibió bonos de esas características, sostiene que igual tasa debe aplicarse a la liquidación de las sumas adeudadas en autos y en la causa CSJ 539/2009 (45-S)/CS1.

Recalca que adoptar un temperamento diferente conllevaría vulnerar el espíritu federal, y “pondría a una provincia en situación de privilegio frente a sus hermanas y alteraría el necesario equilibrio que debe primar en las relaciones entre la Nación, las provincias y la CABA”.

Asimismo, sostiene que la Provincia de Santa Fe debe descontar lo cobrado en concepto de títulos recibidos de parte del Estado Nacional “por los desistimientos judiciales formulados en el marco del Consenso Fiscal”, como así también las amortizaciones e intereses percibidos como consecuencia de dichos bonos.

Finalmente, pide que se “establezca una reducción prudencial de un tercio en el monto de la condena”, luego de confrontar las detracciones practicadas mes a mes en virtud del art. 76 de la ley 26.078 con el crecimiento proporcionalmente mayor en las prestaciones que la ANSeS tuvo a su cargo en la Provincia de Santa Fe durante todo el período liquidado y hasta la actualidad.

7°) Que, en primer término, es dable destacar que las partes coinciden en cuanto al monto histórico mensual de los descuentos efectuados, con la salvedad del período noviembre de 2015, que el Estado Nacional lo limita al día que cesó la detracción (ver fs. 659/661 y 689/690). Con relación a este último punto, la parte actora no formuló ninguna observación sobre el particular al responder el traslado conferido a fs. 686.

8°) Que ello así, en mérito a los antecedentes reseñados, y de conformidad con lo resuelto por el Tribunal en la causa “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional” (Fallos: 342:85), análoga en lo pertinente, corresponde disponer que los intereses se computen a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, tal como surge de la liquidación agregada por el Estado Nacional a fs. 659/661.

9°) Que la pretensión del demandado, consistente en que se aplique la tasa del 6,72763943919512% nominal anual (resolución 66/2018 del Ministerio de Finanzas), no resulta admisible, porque dicho porcentaje no fue previsto por las partes en el Consenso Fiscal para la situación de los juicios con sentencia firme de este Tribunal, al punto tal que estos procesos tuvieron un tratamiento particular (conf. cláusula I, apartado p, con respecto a las causas referidas en el cláusula III, inciso u, y enumeradas en el Anexo II de dicho acuerdo).

Por esa razón tampoco puede ser admitida la interpretación del impugnante según la cual la aceptación de los títulos por parte de la Provincia de Santa Fe habría significado la conformidad de esta última en cuanto a la aplicación, al crédito de autos, de la tasa de interés fijada por la citada resolución 66/2018 del Ministerio de Finanzas, que dispuso la emisión de los mencionados “Bonos de la Nación Argentina para el Consenso Fiscal”.

Tal conclusión no implica valoración alguna acerca de los alcances del compromiso de reintegro asumido por la actora en la parte final de la citada cláusula I, inciso p, ni de la eventual imputación que, como consecuencia de la recepción de dichos títulos, oportunamente pueda efectuarse con relación al crédito objeto de esta causa y la caratulada CSJ 539/2009 (45-S)/CS1, aspectos que no cabe considerar en el marco del presente pronunciamiento, que se circunscribe a la determinación del monto de la condena de restitución contenida en la sentencia de fs. 408/428.

10) Que, finalmente, corresponde desestimar el pedido del Estado Nacional, consistente en que se establezca una reducción prudencial de la cantidad resultante de la liquidación –que estima en un tercio–, en función de lo que considera un “crecimiento proporcionalmente mayor en las prestaciones que la ANSES tuvo a su cargo en la Provincia durante todo el período [liquidado] y hasta la actualidad”.

Ello así, por cuanto las defensas atinentes a los alcances de la obligación del Estado Nacional de restituir los recursos coparticipables detraídos ilegítimamente, fueron objeto de discusión amplia a lo largo del proceso de conocimiento sustanciado ante este Tribunal, y comprendidas en la sentencia definitiva del 24 de noviembre de 2015 (Fallos: 338:1356), lo que importa considerar la existencia de cosa juzgada sobre el punto y, por consiguiente, un obstáculo a su replanteo en esta etapa de cumplimiento de dicha sentencia.

11) Que, por consiguiente, habrá de admitirse la impugnación formulada en la presentación de fs. 680/689 en lo atinente a la aplicación de la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina para uso de la Justicia – Com. 14290, y cuyo cálculo resulta de la planilla agregada a fs. 659/661.

Por ello, se resuelve: I. Admitir la impugnación formulada en la presentación de fs. 680/685 en lo atinente a la aplicación de la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina para uso de la Justicia – Com. 14290 y, en consecuencia, aprobar –en cuanto ha lugar por derecho– la liquidación practicada a fs. 659/661. II. Distribuir las costas en el orden causado (art. 1º, decreto 1204/2001). Notifíquese.

HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Parte actora: **Provincia de Santa Fe**, representada por los doctores **Diego López Olaciregui, Juan Carlos Marcelo Carbone y Pablo Alberto Saccone.**

Parte demandada: **Estado Nacional**, representado por los doctores **Sergio Acevedo, Guillermo Andrés Anderson, Carlos Gustavo Pistarini, Ricardo Eduardo Yamone, Bernardo Saravia Frías y Juan José Galeano.**

VARGAS, RAMÓN c/ PASCUAL, DANIEL s/ DAÑOS Y PERJUICIOS
– DAÑO MORAL*RECURSO EXTRAORDINARIO*

La desestimación del recurso extraordinario por la sola mención del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en tanto implica que la Corte, por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la presunta arbitrariedad invocada, decide no pronunciarse sobre el punto, no conculca los derechos constitucionales de defensa en juicio, de propiedad, y de debido proceso legal, ni los principios de juez natural, de sentencia fundada en ley y de supremacía constitucional, alegados por el recurrente.

-Del precedente “Asociación de prestaciones sociales para empresarios” (Fallos: 322:3217) al que la Corte remite-

RECURSO EXTRAORDINARIO

La finalidad más significativa del nuevo texto del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es la de destacar el emplazamiento que la Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional.

-Del precedente “Asociación de prestaciones sociales para empresarios” (Fallos: 322:3217) al que la Corte remite-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Vargas, Ramón c/ Pascual, Daniel s/ daños y perjuicios – daño moral”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Que los planteos atinentes a la inconventionalidad e inconstitucionalidad del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultan inadmisibles en virtud de lo decidido reiteradamente por esta Corte al respecto (Fallos: 322:3217; 323:86; 325:2432, causas COM 60047/1998/CS1 “Totoral S.A. c/ Renault Argentina S.A. (ex Ciadea Arg. S.A.) y otros s/ ordinario”, sentencia del 18 de diciembre de 2018; CIV 60205/2007/1/RH1 “Sagardoy, Julián Ricardo y otros c/ Seguros Bernardino Rivadavia y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 26 de noviembre de 2019 y COM 15275/2011/86/1/RH7 “Marnila S.A. s/ quiebra”, sentencia del 17 de septiembre de 2020, entre otros).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y archívese.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por **Ramón Vargas**, con el patrocinio letrado del **Dr. Pablo Martín Fernández Barrios**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial y Juzgado Civil y Comercial n° 4, ambos de la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco**.

**YPF S.A. Y OTRO c/ ESTADO NAC. M° DE PLANIFIC. FED.
INVERSIÓN PÚBL. Y SERV. s/ ESCRITURACIÓN**

INDEMNIZACION

Corresponde admitir la pretensión de la actora de que le sea reintegrado el importe que el Estado Nacional le dedujo de la indemnización que debió abonar conforme lo establecido en el laudo arbitral, pues las

actuaciones llevadas a cabo en sede administrativa por aquella se presentan como meros actos preparatorios destinados a llevar a cabo el reconocimiento y pago de la deuda que el Estado Nacional aún mantiene en concepto de saldo del monto a que fue condenado a pagar, mas no resultan suficientes para tener por debidamente probado que dicha cancelación haya sido efectivamente realizada, es decir no se encuentra agregada a la causa ninguna constancia, con entidad probatoria suficiente, para tener acreditado el pago de la obligación reclamada.

SENTENCIA

Si bien del artículo art. 163, inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación surge con meridiana claridad la atribución del juez de primera instancia de hacer mérito de las circunstancias que, durante la tramitación del proceso, hubiesen modificado o extinguido alguna de las pretensiones esgrimidas por los litigantes, ha sujetado su análisis y ponderación a que ellos se encuentren “debidamente probados”.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

Corresponde declarar desierto el recurso deducido si las razones expresadas en el memorial no son suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para llegar a la decisión impugnada, en tanto sus críticas se reducen a la reiteración de planteos formulados en piezas precedentes ante las instancias anteriores y no aportan elementos nuevos de convicción para desvirtuar lo decidido.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “YPF S.A. y otro c/ Estado Nac. M° de Planific. Fed. Inversión Públ. y Serv. s/ escrituración”.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia apelada –con excepción de

las costas, que impuso a la demandada- y, en consecuencia, admitió parcialmente la demanda promovida por Astra Compañía Argentina de Petróleos S.A. y Astrasur Refinerías Patagónicas de Petróleo S.A. contra el Estado Nacional por escrituración e indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

2°) Que para resolver en ese sentido el *a quo* recordó que en la causa se hallaba fuera de discusión que el Estado Nacional y Astra constituyeron -en el año 1969- la empresa Astrasur, en la que el primero poseía un séptimo del capital accionario y la segunda los seis séptimos restantes; que dicho acuerdo fue aprobado por la ley 18.380 y que en él se establecía, entre otras cuestiones, que el Estado Nacional adoptaría las medidas tendientes a asegurar a la nueva sociedad el usufructo de las tierras donde estaba asentada la destilería existente y las necesarias para la instalación de la nueva refinería (art. 5°).

Agregó que tampoco existían dudas acerca de que las partes firmaron un acta el 27 de diciembre de 1978, aprobada por el decreto 768/79, mediante la cual procuraron poner fin a los diferendos existentes entre ellos a partir del 27 de agosto de 1974; que en dicho instrumento se sostuvo que ambas partes manifestaron que determinados actos de la demandada frustraron el contrato suscripto como consecuencia de la Licitación Pública 7765/67, que fue aprobado por la mencionada ley 18.380 y que acordaron someter a arbitraje si las actividades del Estado generaron daños en el patrimonio de Astra que debieran ser objeto de resarcimiento (cláusula 13) y, en su caso, que la indemnización que pudiera corresponder sería abonada en bonos externos (cláusula 16); se pactó, además, que el Estado Nacional se comprometía a transferir a Astrasur S.A. el dominio del inmueble en el que se encontraba instalada la destilería (cláusula 12).

Subrayó asimismo el *a quo* que, en dicha acta se dejó establecido que el ente estatal transferiría a Astra S.A. la totalidad de las acciones que poseía en Astrasur (una séptima parte) y que el valor de dichas acciones, que sería determinado por el árbitro, se establecería teniendo en cuenta el incremento que se produciría en el patrimonio de Astrasur como consecuencia de la transferencia del inmueble (cláusula 17).

Finalmente puso de relieve que, ante el incumplimiento de lo allí pactado Astra Compañía Argentina de Petróleos S.A. promovió la presente demanda reclamando la inmediata transferencia del domi-

nio en el que se encontraba instalada la refinería con más el resarcimiento de los daños producidos por la larga mora y, si ella no fuera factible, la indemnización que le correspondía por los perjuicios que dicho incumplimiento le irrogaba, los que se encontraban constituidos por: a) el valor de la nuda propiedad del inmueble que no se le transmitió; b) el valor total del usufructo que el Estado Nacional le aseguró a Astrasur al constituir dicha empresa; c) el reintegro de las sumas que Astrasur fuera condenada a pagar en un juicio que le inició Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. originado en la ocupación del inmueble donde funcionó la destilería; y d) el reintegro del importe que se le dedujo por el mayor valor de las acciones que el Estado Nacional le transfería a Astrasur.

3º) Que, establecida de esa manera la cuestión a resolver, el *a quo* rechazó los agravios del Estado Nacional fundados en que el acta del 27 de diciembre no revestía el carácter de transaccional dado que no se habían fijado concesiones recíprocas y, además evidenciaba una notable desproporción en las prestaciones comprometidas; que la actora había obrado de mala fe atento a que al suscribirse el acuerdo esta tenía pleno conocimiento de que el inmueble prometido pertenecía a otra empresa jurídica distinta (Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A.); y, que dicho instrumento adolecía de errores esenciales que lo tornaban nulo, ya que la transferencia del dominio resultaba de cumplimiento imposible.

Para ello sostuvo que, de lo que resultaba de dicha acta así como de los demás hechos expuestos en la demanda, se desprendía que el contrato suscripto entre las partes se trató de un supuesto de “promesa de venta de cosa ajena” y, que como tal, resultaba válido y entrañaba responsabilidad en caso de incumplimiento. Citó en apoyo de su postura el precedente de Fallos: 324:4185.

En orden a ello, consideró necesario precisar que la promesa de venta es un contrato obligacional que requiere del consentimiento de ambos contratantes, comprometiéndose el vendedor no ya a la entrega de la cosa -pues en tal supuesto ambas partes conocen la falta de titularidad del enajenante sobre el bien-, sino a procurar la formalización futura del contrato. Es entonces el promitente de la venta quien debe disponer de todos los medios a su alcance para cumplir con su obligación contraída y el adquirente, por su parte, quien se encuentra legitimado para demandar la entrega de la cosa o -cuando medie im-

posibilidad de cumplimiento- resolver la obligación en el pago de los daños y perjuicios que le resulten al comprador (fs. 522).

En ese sentido consideró relevante, a fin de tener por configurado que, de inicio, la demandada actuó en línea con la obligación contraída, las distintas circunstancias que se desprendían del expediente 20.358/80 del Ministerio de Economía mediante el cual se propiciaron –por parte del Estado Nacional- una serie de medidas. Ponderó que de dichas constancias surgía que se evaluó la posibilidad de adquirir el inmueble mencionado para transferirlo posteriormente a Astrasur (fs. 72/73); el pedido de expropiación realizado por la Administración General de Inmuebles Fiscales (fs. 140); la posibilidad de que fuera Astrasur quien adquiriera la propiedad y el precio fuera reembolsado por el Estado Nacional (fs. 246/249), así como el dictado de la resolución del Ministerio de Economía 1072 (del 4 de noviembre de 1988) mediante la cual el citado ministerio dispuso la creación de una comisión encargada de procurar la renegociación de la obligación asumida por el ente estatal de acuerdo a la cláusula duodécima del acta (fs. 291/292), circunstancias, todas ellas, que no obtuvieron una resolución favorable y por tanto, devinieron en el incumplimiento de la obligación asumida.

Agregó a ello que el planteo fundado en la desproporción de las prestaciones comprometidas y la supuesta mala fe en que había incurrido la actora tampoco podían prosperar atento que tales argumentos no habían sido siquiera expuestos tangencialmente ante el juez de grado y por lo tanto no podían ser objeto de análisis ante esa instancia en virtud de lo normado por el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Finalmente rechazó el agravio sustentado en la nulidad del acta dado que la transferencia del inmueble resultaba de cumplimiento imposible, atento a que en la promesa de venta de cosa ajena el promitente debe obtener el dominio de la cosa ajena, para luego estar en condiciones de transmitirlo al comprador.

Por lo tanto, y en función de dichos fundamentos, confirmó lo resuelto por el juez de grado en cuanto a la validez del decreto 768/79 que aprobó el acta del 27 de diciembre de 1978.

4°) Que, sentado lo anterior, el *a quo* entendió que, resultando claro y no estando cuestionado por las partes que el Estado Nacional no

cumplió con la transferencia prometida ni habría de hacerlo, correspondía analizar los aspectos de la decisión del juez de primera instancia en cuanto a los montos indemnizatorios fijados.

En función de ello ponderó, en primer término, que lo resuelto en cuanto a la procedencia del reintegro de las sumas que Astrasur SA fue condenada a pagar en el juicio promovido por Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. originado en la ocupación del inmueble donde funcionó la destilería, había quedado firme atento a que ninguna de las partes expresó agravios al respecto.

Asimismo, rechazó el agravio del Estado Nacional fundado en que resultaba desacertada la decisión del juez de admitir la indemnización correspondiente a la totalidad del valor de la nuda propiedad cuando solo debía fijarse el correspondiente a las 6/7 partes del dominio, habida cuenta de que conforme se desprende del considerando 3° de la sentencia recurrida, tal valor –las 6/7 partes- fue justamente lo que el magistrado condenó a pagar.

Por otra parte, declaró desierto el recurso de apelación de la actora respecto del rechazo de su pretensión de cobro de la suma de u\$s 251.872,15 en Bonos Externos 1980, adeudados en concepto de reintegro del importe que el Estado Nacional le dedujo por el mayor valor de las acciones que le transferiría a Astrasur. Para ello consideró que el agravio no constituía una crítica concreta y razonada de los argumentos que llevaron al juez de grado a considerar que, de conformidad con las constancias obrantes en el expediente A-727/82 “Astra c/ Estado Nacional s/ arbitraje” que tramitó ante el Juzgado Civil y Comercial Federal n° 8, Secretaría n° 16, y con fundamento en lo previsto en el art. 163, inciso 6°, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, correspondía considerar que Astra ya había percibido dicho crédito.

Además descartó el planteo de la actora tendiente a que se abone la indemnización correspondiente al valor del usufructo que el Estado Nacional le aseguró al constituir la empresa. En ese sentido, compartió la solución propiciada por el magistrado de primera instancia en cuanto a que de prosperar dicho reclamo se generaría un enriquecimiento sin causa para la demandante, dado que ya se había aceptado su pretensión de percibir el valor de los 6/7 de la nuda propiedad, por lo solo debía prosperar por el séptimo reconocido al Estado Nacional.

Finalmente, modificó la decisión de primera instancia respecto de las costas, imponiéndolas a cargo del Estado Nacional, al considerar que la actora había resultado triunfante en el aspecto central del litigio.

5°) Que contra dicha sentencia YPF SA –continuadora jurídica de la actora conforme constancias de fs. 446/448- interpuso recurso ordinario de apelación a fs. 527/528 que fue concedido por el *a quo* a fs. 530/530 vta. El memorial de agravios obra a fs. 549/555 y su contestación a fs. 558/560 vta.

6°) Que al expedirse en la causa “Anadón” (Fallos: 338:724), esta Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 24, inciso 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58, que instituyó la “apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones” para los supuestos allí individualizados. En su pronunciamiento el Tribunal aclaró que las causas en las que hubiera sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad a que aquel quedase firme continuarían con su tramitación con arreglo a la norma declarada inconstitucional. Dado que esta última situación es la que se presenta en el *sub lite* corresponde examinar las condiciones de admisibilidad de la apelación interpuesta a la luz de la referida normativa y de conformidad con los criterios interpretativos que fueron elaborados por esta Corte a su respecto.

7°) Que el recurso ordinario interpuesto por la demandante resulta formalmente admisible toda vez que fue deducido contra una sentencia definitiva en un pleito en el 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, inciso 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

8°) Que en su presentación ante esta Corte la actora cuestiona, por una parte, la declaración de deserción del recurso de apelación respecto de la procedencia de la pretensión de cobro de la suma de u\$s 251.872,15 en Bonos Externos 1980, adeudados en concepto de reintegro del importe que el Estado Nacional le dedujo por el mayor valor de las acciones que le transferiría a Astrasur, aduciendo que, a diferencia de lo sostenido por el *a quo*, al recurrir la decisión del juez de grado expresó de manera concreta y circunstanciada el agravio que tal decisión le ocasionaba, argumentando –en síntesis- que resultaba desacer-

tada la utilización de las pautas previstas en el art. 163, inciso 6°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dado que los hechos referenciados en la sentencia no tenían el carácter de ser extintivos de la obligación de la demandada sino que, antes bien, se trataban de meros actos preparatorios destinados a obtener el pago por parte del Estado Nacional, y por lo tanto no reunían las condiciones para ser encuadrados en los términos previstos en el art. 724 del Código Civil, como únicos modos de extinción de las obligaciones.

De otro lado, se agravia del rechazo parcial de la indemnización en concepto del usufructo que el Estado Nacional se comprometió a otorgar a su parte al momento de la constitución de Astrasur (art. 5° de la ley 18.380), sosteniendo que la cámara *a quo*, al sostener sin más que compartía en este punto lo resuelto por el juez de primera instancia, omitió considerar los argumentos expuestos por su parte al recurrir dicha sentencia consistentes en que resultaba desacertado confundir nuda propiedad con usufructo y por lo tanto, considerar que el reconocimiento de su derecho a percibir determinada suma por el primero de dichos conceptos implicaba desestimar lo relativo al segundo, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa de su parte.

9°) Que con relación al primero de los planteos mencionados, cabe advertir que la recurrente ha expuesto de manera concreta y circunstanciada, los fundamentos por los cuales correspondía revisar la decisión del juez de grado en cuanto al rechazo de su pretensión. En tales condiciones la sentencia del *a quo*, en cuanto declaró desierto el recurso de apelación en ese aspecto debe ser revocada y, en consecuencia corresponde analizar los agravios relacionados con dicha cuestión.

10) Que, como fue señalado anteriormente, al interponer la demanda la actora solicitó el reconocimiento de una deuda por la suma de u\$s 251.872,15 en Bonos Externos 1980, adeudados en concepto de reintegro del importe que el Estado Nacional le dedujo de la indemnización que debió abonar conforme lo establecido en el laudo arbitral, por el mayor valor de las acciones que le transferiría a Astrasur. Al contestar dicha presentación, el Estado Nacional se allanó aceptando pagar la suma de \$ 82.025.593 manifestando que la cancelación de esta obligación debía efectuarse con sujeción a las previsiones del régimen establecido en la ley 23.982. En virtud de ello Astra prestó su conformidad aunque dejó aclarado que lo adeudado era la suma mencionada en

primer término, habida cuenta de que ese fue el medio de pago establecido en el acta acuerdo del 27 de diciembre de 1978.

11) Que al dictar su sentencia, el magistrado de primera instancia consideró que de las constancias del expediente A-727/82 “Astra c/ Estado Nacional s/ arbitraje” que tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 8 Secretaría n° 16, en el que Astra reclamó la diferencia entre las sumas resultantes del laudo arbitral dictado por el Presidente de esta Corte el 1° de octubre de 1980 y las efectivamente abonadas por el Estado Nacional y que fue resuelto a favor de la actora por sentencia que se encuentra firme, se desprende que Astra acompañó liquidación –que no fue controvertida por el Estado Nacional–; presentó constancia de haber iniciado el trámite administrativo de cobro el día 29 de septiembre de 1998 (fs. 645/648) y posteriormente solicitó una certificación de copias de dicha causa a los fines de finiquitar el trámite administrativo (fs. 660).

En función de dichas actuaciones, el juez de grado concluyó que debía estarse a las previsiones contenidas en el art. 163, inciso 6°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, por lo tanto, resultaba procedente considerar que Astra ya había percibido el crédito que aquí reclamaba ya que, si así no lo hubiera hecho, no habría dejado inconcluso el trámite administrativo de cobro de los títulos adeudados.

12) Que en tales condiciones corresponde recordar que el mencionado art. 163, inciso 6°, establece, en su segundo párrafo, que “la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.

13) Que si bien de los términos de la norma transcrita surge con meridiana claridad la atribución del juez de primera instancia de hacer mérito de las circunstancias que, durante la tramitación del proceso, hubiesen modificado o extinguido alguna de las pretensiones esgrimidas por los litigantes, ha sujetado su análisis y ponderación a que ellos se encuentren “debidamente probados”.

En función de ello, se considera que las actuaciones llevadas a cabo por Astra en el ya reseñado expediente A-727/82, se presentan como meros actos preparatorios, realizados en sede administrativa,

destinados a llevar a cabo el reconocimiento y pago de la deuda que el Estado Nacional aún mantiene en concepto de saldo del monto a que fue condenado en el laudo arbitral, mas no resultan suficientes para tener por debidamente probado que dicha cancelación haya sido efectivamente realizada. En suma, no se encuentra agregada a la causa ninguna constancia, con entidad probatoria suficiente, para tener acreditado el pago de la obligación reclamada.

Tal conclusión se ve reforzada, además, por la propia conducta procesal llevada a cabo por el Estado Nacional, quien en la oportunidad de contestar los planteos de Astra ante la cámara y ante esta Corte, solo atinó a sostener que los recursos debían ser declarados desiertos por ausencia de agravio suficiente, mas omitió toda consideración y prueba de que efectivamente había cancelado la deuda que se reclamaba y a la que, cabe recordar, se había allanado expresamente al contestar la demanda.

Por lo tanto, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en este aspecto y admitir la pretensión de la actora de que le sea reintegrado el importe que el Estado Nacional le dedujo de la indemnización que debió abonar conforme lo establecido en el laudo arbitral, por el mayor valor de las acciones que le transferiría a Astrasur. A tales fines deberán devolverse los autos al tribunal de origen a fin de que se practique la liquidación pertinente (Fallos: 337:119).

14) Que con relación a la pretendida indemnización del valor del usufructo que el Estado Nacional se comprometió a asegurarle al momento de la constitución de Astrasur (art. 5º de la ley 18.380), se aprecia que la actora insiste en considerar que tanto el juez de grado cuanto la cámara *a quo*, al resolver como lo hicieron, han confundido y equiparado su pretensión en concepto de nuda propiedad con el usufructo, sosteniendo que la admisión de una indemnización por el primero de dichos rubros obstaba a que se concediera otra igual por el segundo atento a que ello derivaría en un enriquecimiento sin causa a su favor, mas omite exponer de manera concreta y circunstanciada cuáles son los motivos por los que debían otorgarse indemnizaciones diferenciadas.

15) Que, en efecto, conforme surge del primer párrafo del Acta del 27 de diciembre de 1978, aprobada por el decreto 768/79, esta fue suscripta con el objeto de resolver los diferendos motivados en la aplica-

ción del decreto 632/74, la ley 18.380 (por la que el Estado Nacional se comprometió a asegurar el usufructo que aquí se reclama –art. 5º-) y la ley 19.647 y respectivas normas complementarias.

Allí, entre otras cuestiones, el Estado Nacional se comprometió a transferir a Astrasur el dominio del inmueble en que se encontraba instalada la destilería (cláusula 12). Por lo tanto, teniendo en cuenta los términos en que dicha acta fue redactada y los objetivos que tal documento perseguía, esto es, poner fin a los diferendos motivados en la aplicación de, entre otras, la ley 18.380, resulta razonable sostener que la concesión de parte de la demandada del dominio sobre el predio donde se encontraba funcionando la destilería, tuvo como presupuesto el reconocimiento de que los actos llevados a cabo por el Estado Nacional, habían frustrado distintos aspectos relacionados con la constitución y funcionamiento de Astrasur, entre los que correspondía incluir la falta de constitución del usufructo comprometido en la ley de creación del ente.

A ello cabe agregar, que tampoco expone la apelante cuál fue el perjuicio que le originó la falta de constitución del usufructo sobre el mencionado predio. En ese sentido, si bien como ya se señaló, el recurso presenta ostensibles deficiencias de fundamentación, podría sostenerse que tal perjuicio se encontraría configurado por la imposibilidad en que se encontró Astra de repeler de manera eficaz la demanda que le efectuara Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. por la ocupación indebida de la destilería.

En orden a ello, corresponde recordar que el reintegro de la suma que finalmente debió afrontar la aquí actora al resultar vencida en dicho pleito, fue reconocida íntegramente en la demanda y se encuentra firme al no haber sido recurrida por las partes.

16) Que, en tales condiciones los argumentos expuestos por la apelante, no constituyen –como es imprescindible- una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo* en su sentencia, circunstancia que conduce a declarar la deserción del recurso (art. 280, párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 310:2914; 311:1989 y 312:1819, entre otros).

Ello es así dado que las razones expresadas en dicho memorial no son suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho

dados para llegar a la decisión impugnada (Fallos: 304:1444; 308:818 y 317:1365), pues sus críticas se reducen a la reiteración de planteos formulados en piezas precedentes ante las instancias anteriores y no aportan elementos nuevos de convicción para desvirtuar lo decidido.

Por ello, se revoca la sentencia en los términos que resultan de los considerandos 9° a 13 y se declara desierto el recurso con relación a lo expuesto en los considerandos 14 a 16. Costas por su orden en atención a la forma en la que se decide (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase el expediente a fin de que, por quien corresponda, se practique la liquidación ordenada en el considerando 13.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por YPF S.A., parte actora, representada por el Dr. Juan Rodolfo Riat.

Traslado contestado por el Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, parte demandada, representado por el Dr. Juan Pablo Sánchez Vera.

Tribunal de origen: Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 9.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Y OTRO C/ EN - LEY 26.080 - DTO. 816/99 Y OTROS S/ PROCESO DE

CONOCIMIENTO

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Conforme lo establecido por el art. 1° de la ley 26.080 -modificando el art. 2° de la ley 24.937, texto según ley 24.939- y el art. 5° de la misma ley 26.080 que modifica la redacción del art. 9° de la ley 24.937 (texto según ley 24.939) respecto del régimen de integración, quorum y mayorías en vigencia, resulta evidente que el estamento político cuenta con el número de integrantes suficientes para realizar, por sí, acciones hegemónicas

o de predominio sobre los otros tres estamentos técnicos, en clara transgresión al equilibrio que exige el art. 114 de la Constitución Nacional.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La posibilidad con que cuenta el sector político en el Consejo de la Magistratura de realizar acciones hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 de la Constitución Nacional y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La interacción entre las normas que regulan la integración del Consejo de la Magistratura y aquellas que fijan el régimen de quorum y mayorías otorgan al sector político una posición de hegemonía o predominio sobre la totalidad de los estamentos técnicos; así ninguno de los estamentos técnicos por sí, ni todos ellos en conjunto, tiene asegurado quorum para sesionar, ni mayoría para tomar decisiones de ningún tipo, sino por el contrario, el estamento político puede sesionar por sí y adoptar por sí una gran cantidad de decisiones de relevancia significativa, lo cual no respeta el mandato constitucional de procurar una integración equilibrada entre los representantes de los distintos sectores que el constituyente creyó necesario integrar al Consejo ni contribuye a despolitizar parcialmente el proceso de designación y remoción de jueces ni a aumentar el umbral de garantía de independencia judicial.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del sistema de integración, quorum y mayoría previsto en los arts. 1° y 5° de la ley 26.080, toda vez que el art. 114 de la Constitución Nacional exige el equilibrio entre los distintos estamentos enumerados en la norma, con prescindencia de las afiliaciones partidarias o preferencias políticas de los representantes de cada uno de ellos, lo cual se vincula con el aspecto estático o estructural del órgano, es decir que basta con que la composición del Consejo de la Magistratura sea desequilibrada desde esta perspectiva -que no atiende

a la efectiva conformación de mayorías decisionales entre miembros de uno u otro estamento- para que la Constitución sea transgredida, en tanto es la mera posibilidad de que se verifiquen acciones hegemónicas entre los estamentos la que rompe el equilibrio constitucional.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El término equilibrio procede del latín *aequilibrium* y refiere al resultado que se obtiene de la tensión entre fuerzas contrarias que se contrarrestan o se anulan; así equilibrio no es lo mismo que igualdad, en tanto mientras que la igualdad expresa de modo directo la conformidad o correspondencia de fuerzas, el equilibrio implica una tendencia a compensar lo que no es igual, estableciendo una relación en la que los diferentes componentes se articulan para contrarrestar el peso de los demás.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

En su proyección al funcionamiento del Estado, la noción de equilibrio de poder, basado en un sistema de frenos y contrapesos, constituye el principio rector de la teoría de división de poderes sobre la que se afirma el sistema republicano de gobierno y ello ocurre en nuestro diseño constitucional, en el que cada uno de los poderes controla a los demás: por ejemplo, el Poder Legislativo puede remover a jueces del Máximo Tribunal y al titular del Ejecutivo y a sus ministros; el Poder Ejecutivo puede vetar proyectos de ley sancionados por el Congreso e indultar; incidiendo en este caso sobre lo decidido por los jueces y el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las normas sancionadas por los otros poderes.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El equilibrio no solo se refiere al funcionamiento de los poderes sino a su integración.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La norma constitucional referida al Consejo de la Magistratura busca mantener un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista

predominio de uno 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 al cuerpo; el equilibrio consiste entonces en la imposibilidad de que alguno de los cuatro estamentos pueda llevar adelante acciones hegemónicas o controlar al Consejo por sí y sin necesidad de consensos con otros estamentos.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Las finalidades perseguidas por los constituyentes de 1994 al incorporar el Consejo de la Magistratura a nuestra estructura institucional fueron despolitizar parcialmente los procedimientos de designación y remoción de magistrados y, de esta manera, aumentar las garantías de independencia judicial.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El legislador no se encuentra habilitado para consagrar un desbalanceo entre las distintas fuerzas que termine por desnaturalizar el mandato constitucional de equilibrio en relación al Consejo de la Magistratura; así el límite en este sentido es claro: si bien pueden existir diferencias en el número de representantes de los distintos estamentos -en tanto no se exige una igualdad aritmética-, esas diferencias no pueden permitir que ninguno de ellos tenga predominio o se imponga sobre los demás pues, en tal caso, se consagraría una composición desequilibrada en favor de ese estamento.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Las nociones de no predominio o no hegemonía constituyen la guía básica que debe orientar el análisis en relación al Consejo de la Magistratura, puesto que representan el umbral que no puede ser transgredido; hay hegemonía o predominio constitucionalmente vedado si, considerando las funciones asignadas al Consejo y su importancia relativa, las reglas de integración y funcionamiento arrojan como consecuencia que un estamento pueda imponerse a los otros en las decisiones relevantes.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La hegemonía o predominio en relación al Consejo de la Magistratura pueden presentarse en distintos grados y formas; así, el control autónomo o total del cuerpo por uno de los estamentos no es otra cosa que la hegemonía o predominio en grado superlativo y, por ello, una hipótesis extrema de desequilibrio; sin embargo, esa no es la única expresión de tal desequilibrio, ni es necesaria para concluir que existe una violación de la manda constitucional, en tanto la simple posibilidad de realización de acciones hegemónicas o del predominio de un sector sobre el resto, aun cuando no se traduzcan en el control autónomo o total del Consejo, constituye por sí misma una transgresión constitucional, ya que supone un desequilibrio en la representación y funcionamiento del Consejo contrario al texto del art. 114 de la Constitución.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El estamento político conforme ley 26.080 cuenta en el Consejo de la Magistratura con un total de siete (7) representantes -seis (6) legisladores y un (1) representante del Poder Ejecutivo-, número que le otorga quorum propio y la mayoría absoluta del cuerpo, lo que le permite poner en ejercicio, por sí solo y sin la concurrencia de ningún representante de algún otro estamento, todas aquellas potestades del Consejo para las que no se ha fijado una mayoría agravada, las cuales -consideradas en su conjunto- revisten significativa trascendencia.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

En virtud de la ley 26.080 el sector político en el Consejo de la Magistratura puede tomar por sí mismo decisiones de significativa trascendencia en numerosos aspectos del funcionamiento del Consejo y, en especial, en cuestiones estrechamente vinculadas con los procedimientos de nombramiento y remoción de magistrados.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley, las disposicio-

nes que rigen esos procedimientos se sustentan, pues, en la aspiración de contar con una magistratura independiente e imparcial.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

En nuestro esquema constitucional todo lo relativo a la estabilidad y permanencia de los jueces, en tanto garantías de las que los magistrados gozan como forma de asegurar su independencia ocupa un lugar tan importante como los aspectos vinculados a su nombramiento; los procedimientos de designación y garantías de estabilidad y permanencia no son sino dos caras de una misma moneda, orientadas a la realización de aquella aspiración constitucional central de gozar de un Poder Judicial integrado por jueces independientes e imparciales y, de ese modo, afianzar la justicia, de acuerdo con la manda preambular.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El precedente “Monner Sans” (Fallos: 337:166) no resulta en modo alguno dispositivo para el presente caso porque en aquella causa los actores perseguían la declaración de inconstitucionalidad del régimen establecido por la ley 26.080 sobre la base de que esa ley no consagraba una representación igualitaria entre los diferentes estamentos contemplados en la Constitución, mientras que aquí la impugnación constitucional no se basa en la necesidad de una representación igualitaria, sino en la alegada ausencia de equilibrio en la representación de dichos estamentos, por lo cual el diferente fundamento de las acciones, aunque ambas se hayan dirigido contra la validez de la ley 26.080, demuestra que las cuestiones constitucionales a decidir resultan diversas y, en consecuencia, que la decisión de la Corte en la causa citada no resolvió los planteos formulados en el presente caso.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El precedente “Monner Sans” (Fallos: 337:166) no resulta en modo alguno dispositivo para el presente caso, pues la Corte no realizó análisis alguno acerca de la validez de la ley 26.080, ante la manifiesta falta de fundamentación del planteo de inconstitucionalidad que allí se incoaba.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El precedente “Monner Sans” (Fallos: 337:166) no resulta en modo alguno dispositivo para el presente caso, pues en la citada causa la Corte solo reafirmó la noción de equilibrio que el Tribunal había precisado en la causa “Rizzo” (Fallos: 336:760), dejando abierta la posibilidad de analizar la constitucionalidad de la ley 26.080 en el supuesto de que se trajera a su conocimiento una impugnación debidamente fundada, en la que, por alguna razón, se demostrase la ruptura del equilibrio exigido por la Constitución Nacional.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Toda vez que la decisión de declarar la inconstitucionalidad los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 y la inaplicabilidad de los arts. 7°, inc. 3°, de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), 6° y 8° de la ley 26.080, así como todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939) no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella, lo cual exige que la Corte, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, brinde una respuesta como cabeza del Poder Judicial de la Nación en la que se establezcan pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el futuro.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Toda vez que la decisión de declarar la inconstitucionalidad los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que derivarán, corresponde establecer que el Congreso deberá dictar en un plazo razonable una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación; hasta tanto esa ley sea dictada corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la ley 24.937 y su correctiva 24.939, debiendo tenerse especialmente presente que para aprobar y elevar ternas de candidatos la mayoría requerida es de dos tercios de los miembros presentes; se fija el plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados a partir de la notificación de la sentencia para que el Consejo lleve a cabo las acciones necesarias a fin de cumplir con el sistema de integración del cuerpo, quorum y mayorías y con la composición de las comisiones previstos en la ley 24.937 (texto

según ley 24.939); transcurrido el plazo sin que se haya cumplido con la integración que aquí se establece, los actos dictados por el Consejo serán nulos; hasta tanto el Consejo cumpla con el mandato de integración del cuerpo o hasta el vencimiento del plazo referido, lo que ocurra primero, continuará rigiendo el régimen de la ley 26.080 y a su vez, y por ineludibles razones de seguridad jurídica, se declara la validez de los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La noción de equilibrio no equivale a igualdad; debe existir contrapeso, y ausencia de predominio, de manera 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 (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Son inconstitucionales los 1° y 5° de la ley 26.080, pues se advierte que tal como está organizado el sistema, con la sola anuencia del estamento político se conseguiría alcanzar la cantidad de miembros necesaria para sesionar y adoptar las decisiones que no exijan mayorías especiales, que son numerosas e impactan directamente en funciones que hacen al desempeño mismo del Consejo de la Magistratura, sin que obste a ello el hecho de que en el sector político se encuentren representados la mayoría y la primera minoría de las cámaras del congreso, puesto que el equilibrio que se vulnera no es el de los distintos partidos integrantes de ese estamento, sino el que debería existir entre los distintos sectores que integran el Consejo para que ninguno de ellos, en forma autónoma, pueda tener el control del órgano (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El equilibrio exigido por el art. 114 de la Constitución Nacional quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara la representación de los jueces y abogados (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La concepción de los constituyentes que aprobaron el art. 114 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 (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El funcionamiento concreto del Consejo de la Magistratura durante dieciséis años ha mostrado un claro desbalance quebrando la regla de no predominio, lo que funda la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley 26.080 (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Las deficiencias que ha exhibido el Consejo de la Magistratura no son imputables a un sector en particular sino al diseño mismo de la ley, que justamente es lo que debe ser modificado porque contraría los criterios constitucionales de la Corte (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 deben ser declarados inconstitucionales, porque hay una demostración concluyente de que a lo largo de dieciséis años de vigencia se ha quebrado la regla de no predominio y surgieron falencias que ponen seriamente en riesgo la independencia del Poder Judicial (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080, debe ser revocada en cuanto restituye la vigencia de la ley 24.937, pues por una parte la actora no pidió la restitución de la vigencia de la ley anterior, lo cual constituye, per se, un exceso de jurisdicción y por la otra

la ley 26.080 dispone que “sustituye” el art. 2° de la ley 24.937, lo que significa que la deroga y una ley derogada no puede ser restituida en su vigencia (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Una norma cuya vigencia ya fue cancelada por otra norma derogatoria, sólo puede ser vuelta a su vigencia por medio de una norma que tiene el mismo contenido que la derogada, pues ello se basa en el respeto al principio del paralelismo de las competencias ya que debe ser el autor de una norma o de un acto -en el caso, en ejercicio de la competencia constitucionalmente asignada- quien, de estimarlo pertinente, restablezca la vigencia de la norma que derogó (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos para el futuro y no retrotrae sus efectos, por lo tanto la sentencia en recurso que declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080, debe ser revocada en cuanto restituye la vigencia de la ley 24.937, pues pareciera darle los efectos de la nulidad, que retrotrae las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo, lo cual es, claramente, un supuesto distinto (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080, debe ser revocada en cuanto restituye la vigencia de la ley 24.937, pues se restituye la ley anterior en su totalidad, incluyendo lo que no fue materia de agravio, lo que excede su competencia, ya que los jueces no son legisladores (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La restitución de la ley anterior en aspectos que no han sido materia de agravio implica arrogarse funciones legislativas, algo absolutamente incompatible con la función judicial (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

PODER JUDICIAL

No incumbe a los tribunales el examen de la conveniencia o el acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, ya que aquéllos deben limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La sentencia en recurso que al declarar la inconstitucionalidad de la ley 26.080 pretende derogarla y revivir la vigencia de la ley 24.937 derogada, es claramente contraria al ordenamiento jurídico, pues la ley declarada inconstitucional por el Poder Judicial no es por eso solo extinguida; ella subsiste con todo vigor; y aun en el mismo poder judicial teóricamente, porque un juez inferior puede declarar que una ley es constitucional, aunque la Corte haya declarado que no lo es (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos de nulidad, pues ello contradice los principios básicos del derecho, que no pueden ser ignorados por los magistrados (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

No hay precedentes en el derecho argentino ni antecedentes en el derecho comparado de que, mediante una sentencia, se ponga en vigencia una ley derogada hace dieciséis años (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma pues la ley declarada inconstitucional por el Poder Judicial no es por eso solo extinguida; ella subsiste con todo vigor; y aun en el mismo poder judicial

teóricamente, porque un juez inferior puede declarar que una ley es constitucional, aunque la Corte haya declarado que no lo es (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Toda vez que es necesario prever que el Congreso no pueda aprobar una nueva ley- en relación al Consejo de la Magistratura-, lo que dejaría vigente la ley declarada inconstitucional -26.080- de modo permanente, por ello, siguiendo precedentes de la Corte, es necesario fijar un plazo razonable que no puede superar el año desde la notificación de la sentencia, para que el Congreso la apruebe, transcurrido el cual, la Corte estará en condiciones de decidir la manera de implementar la garantía de la independencia del Poder Judicial (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

FACULTADES DEL PODER JUDICIAL

El presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

No corresponde declarar la inaplicabilidad de la ley 24.937 luego de dieciséis años de ser revocada por la ley 26.080 y confirmada por la Corte en varios aspectos -"Monner Sans" (Fallos: 337:166)- sin afectar la seguridad jurídica; situación que es diferente del caso "Rizzo" (Fallos: 336:760), en el que se trató de una ley recién sancionada (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Corresponde declarar que la autoridad institucional del fallo que declara la inconstitucionalidad de los art. 1 y 5 de la ley 26.080 no privará de validez a los actos cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor, ello es así toda vez que la aplicación en el tiempo de

los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La modificación de la composición del órgano del Consejo de la Magistratura por imperio de una decisión judicial, no puede contemplar la infinidad de situaciones que se pueden producir durante ese trascendente cambio, puede provocar demoras, incertidumbre y nulidades que lleven a la paralización de su actividad, y, consecuentemente, del Poder Judicial, todo lo cual es contrario a la prudencia que ha sostenido la Corte en sus precedentes (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

En razón de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080, resulta necesario que el Congreso legisle sobre el Consejo de la Magistratura, sobre su composición y sobre el modo de funcionamiento, con la finalidad de asegurar la independencia del Poder Judicial; en caso de que ello no suceda en un plazo razonable la Corte procederá a implementar la garantía de independencia del Poder Judicial, en los términos de sus propios precedentes e ínterin, con carácter excepcional, el funcionamiento del Consejo de la Magistratura se regirá por las previsiones de la ley 26.080 (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

PODER JUDICIAL

El Poder Judicial es independiente justamente para poner límites a las decisiones de las mayorías que violen la Constitución Nacional, porque, de lo contrario, se deteriora el derecho si se lo interpreta según los tiempos políticos, o los intereses sectoriales (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución brinda previsibilidad, porque los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsible mudanzas de opinión, sin perjuicio de ello, fueron expresados con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos futuros; así los valores y principios constitucionales tienen una vocación de perdurabilidad y de precisión que los protege contra su desnaturalización, y por ello no debe confundirse la indeterminación lógica con la valorativa (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras, y no es posible que, bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra legitimado toda vez que se cuestiona la reforma al Consejo de la Magistratura introducida por la ley 26.080 que, según la actora, alteró la naturaleza, autonomía funcional e independencia de dicho órgano y porque los colegios de abogados cumplen una función importantísima en la defensa de la Constitución, y en particular del sistema republicano, de la división de poderes y la independencia del Poder Judicial (Disidencia parcial del juez Lorenzetti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1°) Que el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires promovió acción declarativa en la que planteó la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 3°, 5°, 6°, 8°, 10, 14, 15, 21, 22 y 23 de la ley 26.080, con fundamento en que dichas normas no respetaban el “equilibrio” en la representación exigido por los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional para la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Afirmó que el régimen establecido por la ley 26.080 alteró la naturaleza, autonomía funcional e independencia del Consejo de la Magistratura, así como sus competencias institucionales y su funcionalidad.

Enfatizó que el objetivo primordial de la última reforma constitucional fue asegurar y afianzar la independencia del Poder Judicial, finalidad para cuya realización se dispuso un sistema de designación y remoción de magistrados que limita la intervención de los órganos políticos que responden a la elección popular (Poderes Ejecutivo y Legislativo) y la incorporación de la representación de otros sectores que no reflejan —de modo directo al menos— la influencia política propia de aquellos.

Agregó que la integración del Consejo de la Magistratura debe procurar el equilibrio entre tres estamentos o grupos diferentes: el político —resultante de la elección popular—, el de los jueces de todas las instancias y el de los abogados de la matrícula federal. Precisó que el concepto constitucional de equilibrio exigido por el art. 114 supone que ninguna fuerza o sector representado pueda imponerse sobre los restantes o que, en otras palabras, ninguno tenga la posibilidad de adoptar o bloquear decisiones por sí solo sin que para ello sea necesario contar con el respaldo de los otros sectores. Sobre esa base conceptual, cuestionó la reforma introducida por la ley 26.080 por considerar que vino a establecer el predominio del sector político tanto en el Consejo como en el Jurado de Enjuiciamiento, rompiendo de este modo el equilibrio en la representación exigido por la Constitución. Fundó esa conclusión en que el número de representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular (siete sobre un total de trece) alcanza la mayoría absoluta de los integrantes del Consejo, lo que les garantiza *quorum* propio de acuerdo con lo dispuesto por el art. 9° de la ley 26.080 y, a excepción de aquellas materias en las que la norma exige mayorías agravadas, el sector político cuenta con el número de

consejeros necesario para poder imponer las decisiones sin el aval de las otras fuerzas. Criticó, a su vez, la reducción en la representación de los abogados y de personas del ámbito académico o científico y la eliminación de la representación de la Corte Suprema, puesto que la norma constitucional exige la participación de jueces de todas las instancias.

2°) Que la jueza de primera instancia rechazó la acción intentada. Para ello, invocó la autoridad del precedente “Monner Sans” (Fallos: 337:166), el que —en su opinión— habría resuelto en sentido negativo a las pretensiones de la demandante la cuestión constitucional traída a debate. Esta decisión fue apelada por la actora.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia, hizo parcialmente lugar a la acción planteada y declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 26.080, en cuanto dispone una composición del Consejo que vulnera el equilibrio exigido por el art. 114 de la Constitución Nacional. En cambio, rechazó los planteos relativos al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y a las restantes normas de la ley 26.080 cuestionadas en la demanda.

A fin de fundar su decisión, en lo que aquí importa, la cámara consideró que el presente caso era distinguible de “Monner Sans”, en tanto allí se pretendía una representación “igualitaria” de los estamentos referidos en la norma constitucional mientras que aquí se persigue una representación “equilibrada” de estos. Con base en el precedente “Rizzo” (Fallos: 336:760), examinó la integración del Consejo de la Magistratura bajo el esquema previsto en la ley 26.080, como así también las normas relativas a *quorum* y mayorías, y concluyó en que contradicen la manda constitucional.

4°) Que contra esa decisión el Estado Nacional —a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación—, el Honorable Senado de la Nación y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación interpusieron sendos recursos extraordinarios, los que fueron concedidos por la cámara en razón de estar en juego el alcance y la validez de normas federales.

Los apelantes se agravan, centralmente, de que el *a quo* soslayara, según afirman, la conformación “interna” del “estamento político”,

en el que juegan un rol decisivo el origen necesariamente partidario de mayoría y minoría, las ideas y los intereses a los que cada una responde, la disciplina de los partidos políticos, la dinámica parlamentaria interna y su actividad extraparlamentaria, entre otros factores propios del funcionamiento político partidario. Afirman que el “estamento político” está conformado —como máximo— por cinco representantes del gobierno (uno del Poder Ejecutivo y cuatro de la mayoría parlamentaria) y dos de la oposición, lo que obliga a la búsqueda de consensos con integrantes de otros estamentos. Como consecuencia de todo ello, los representantes del gobierno no tienen por sí solos ni el *quorum* ni la mayoría necesarios para adoptar decisiones, de modo que la integración del Consejo regulada en la ley 26.080 no transgrede el equilibrio que exige la Constitución.

5°) Que los recursos deducidos han sido bien concedidos, en tanto en el pleito se han puesto en cuestión distintas normas federales y la decisión del *a quo* ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1°, ley 48).

Cabe recordar que en la tarea de esclarecer el alcance de normas federales, este Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes, ni por los de la sentencia apelada, sino que le corresponde efectuar una declaratoria sobre los puntos federales en discusión, según el alcance que rectamente le otorgue (doctrina de Fallos: 307:1457; 312:417; 325:662; 330:2361, 4713; 338:88, entre muchos otros).

6°) Que, de modo preliminar, corresponde destacar que en el precedente “Monner Sans” esta Corte no se pronunció sobre las cuestiones constitucionales aquí debatidas, razón por la cual esa decisión no resulta en modo alguno dispositiva para el presente caso. Ello es así por dos razones.

En primer lugar, porque en aquella causa los actores —como correctamente señaló el *a quo*— perseguían la declaración de inconstitucionalidad del régimen establecido por la ley 26.080 sobre la base de que esa ley no consagraba una representación “igualitaria” entre los diferentes estamentos contemplados en la Constitución, mientras que aquí la impugnación constitucional no se basa en la necesidad de una representación “igualitaria”, sino en la alegada ausencia de “equilibrio” en la representación de dichos estamentos. El diferente fundamento de las acciones, aunque ambas se hayan dirigido contra la validez de la ley 26.080, demuestra que las cuestiones constitucio-

nales a decidir resultan diversas y, en consecuencia, que la decisión de este Tribunal en “Monner Sans” no resolvió los planteos formulados en el presente caso.

En segundo lugar, en “Monner Sans” esta Corte no realizó análisis alguno acerca de la validez de la ley 26.080, ante la manifiesta falta de fundamentación del planteo de inconstitucionalidad que allí se incoaba. Luego de recordar lo decidido en el precedente “Rizzo”, en torno al alcance de la noción de “equilibrio” representativo y a la exclusión categórica de una interpretación que la equiparase a “representación igualitaria”, este Tribunal señaló que “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 por sobre el otro, omisión argumentativa que deja sin ninguna clase de sostén el planteo constitucional ventilado en el sub lite” (considerando 6°).

En suma, en “Monner Sans” esta Corte solo reafirmó la noción de “equilibrio” que el Tribunal había precisado en “Rizzo”, dejando abierta la posibilidad de analizar la constitucionalidad de la ley 26.080 en el supuesto de que se trajera a su conocimiento una impugnación debidamente fundada, en la que, por alguna razón, se demostrase la ruptura del “equilibrio” exigido por la Constitución Nacional.

7°) Que, en lo que aquí interesa, el art. 114 de la Constitución Nacional dispone que el Consejo de la Magistratura “será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

En primer lugar, el término “equilibrio” procede del latín *aequilibrium* y refiere al resultado que se obtiene de la tensión entre fuerzas contrarias que se contrarrestan o se anulan (Thibon, Gustave; Millán, José Antonio; *El equilibrio y la armonía*, ediciones Rialp, Madrid, 1978, pág. 14).

Equilibrio no es lo mismo que igualdad. Mientras que la igualdad expresa de modo directo la conformidad o correspondencia de fuerzas, el equilibrio implica una tendencia a compensar lo que no es igual, estableciendo una relación en la que los diferentes componentes se articulan para contrarrestar el peso de los demás.

La noción de equilibrio se utiliza en ciencias naturales como la física, donde se remarca que la resultante de la actuación de las fuerzas sobre un cuerpo o una partícula es igual a cero (conf. *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, sexta y séptima acepción del vocablo), pero también en las ciencias sociales, connotando ideas como la armonía, ecuanimidad, mesura y sensatez (confr. *Diccionario* citado, cuarta y quinta acepción).

En su proyección al funcionamiento del Estado, la noción de equilibrio de poder, basado en un sistema de frenos y contrapesos, constituye el principio rector de la teoría de división de poderes sobre la que se afirma el sistema republicano de gobierno. Ello ocurre en nuestro diseño constitucional, en el que cada uno de los poderes controla a los demás: por ejemplo, el Poder Legislativo puede remover a jueces del Máximo Tribunal y al titular del Ejecutivo y a sus ministros; el Poder Ejecutivo puede vetar proyectos de ley sancionados por el Congreso e indultar, incidiendo en este caso sobre lo decidido por los jueces y el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las normas sancionadas por los otros poderes.

El equilibrio no solo se refiere al funcionamiento de los poderes sino a su integración. El Congreso de la Nación es un claro ejemplo de ello: el equilibrio se logra con el funcionamiento de las dos cámaras, que ostentan diferente representación, aunque al menos una de ellas (la Cámara de Senadores) tenga una conformación igualitaria (mismo número de integrantes por provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Ahora bien, en lo que respecta al Consejo de la Magistratura, esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de la noción de "equilibrio" exigida por la Constitución en el mencionado precedente "Rizzo". Allí el Tribunal realizó un análisis minucioso del texto constitucional en cuestión, tomando en cuenta su sentido literal, los objetivos que persiguió la reforma constitucional de 1994 al incorporar el Consejo de la Magistratura a nuestro sistema, las expresiones

del constituyente y, por último, el sentido que lógicamente debe deducirse del contexto constitucional en el que el texto está inserto. Sobre esas bases, este Tribunal concluyó que la norma constitucional busca mantener un “equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de uno 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 al cuerpo” (considerando 25). El equilibrio, tal como lo ha entendido esta Corte, consiste entonces en la imposibilidad de que alguno de los cuatro estamentos pueda llevar adelante acciones hegemónicas o controlar al Consejo por sí y sin necesidad de consensos con otros estamentos.

8°) Que los debates producidos tanto en la Comisión de Coincidencias Básicas como en las sesiones plenarias de la Convención Constituyente dan cuenta de la importancia que asignaron los constituyentes al equilibrio que debe existir entre los distintos estamentos que integran el cuerpo.

Como ejemplo, pueden citarse las expresiones del convencional Arias en los debates de la Comisión de Coincidencias Básicas, donde afirmó que “[e]n cuanto al tema de la composición, de cómo se integra el Consejo de la Magistratura (...) si entregamos una mayoría a los miembros del Poder Judicial, el riesgo real y concreto es el de la politización de la administración de justicia, el desarrollo de una corporación con espíritu de cuerpo. Si por el contrario nos manejamos a través de los partidos políticos con representación en el Parlamento surge el tema de la distribución de los cupos, es decir, el manejo del Poder Judicial como instrumento de reparto y compensaciones entre los partidos dominantes. Y en tercer término, se encuentra lo que se pretende superar, es decir, la absorción del órgano por el Poder Ejecutivo. Señalemos y destaquemos que estas tres formas de cuestionamientos de la institución según sea quien tenga mayor preeminencia, no son producto simplemente de un análisis o una valoración de carácter meramente conceptual. Esto es lo que se recoge de la experiencia de Italia, de Francia y de España, países en los que se ha trabajado con mayor intensidad y donde ha habido una mayor permanencia del instituto”.

Más adelante, el mismo convencional señaló que “[e]n lo que hace a los proyectos presentados, en el orden de los 20, dan distintas composiciones del Consejo de la Magistratura, pero en todos se comparte la

idea de lograr una presencia equilibrada, de que la designación de los magistrados no sea privativa ni de los legisladores, ni de los miembros del Poder Ejecutivo, ni tampoco de la propia familia judicial. ¿Cómo se logra ese equilibrio? Allí surge la discrepancia. Entendemos que tal como ocurre en lo normal de los casos, estas cuestiones de la composición o distribución de los espacios, corresponde que sea desarrollado por la ley orgánica o ley especial que se dicte sobre el particular, y que la estructura sea presentada en los términos que están contenidos tanto en la ley como en el proyecto que suscriben tanto el radicalismo como el justicialismo” (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, T. IV, págs. 3249 y 3250).

Ya en el pleno de la Convención, el miembro informante por la mayoría de la Comisión de Coincidencias Básicas, Enrique Paixao, en oportunidad de informar el proyecto, expresó que “[e]n cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces —cuya misión es la de decidir casos concretos— puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente —por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas— el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos” (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, cit., T. V, pág. 4888).

La doctrina constitucional también ha destacado la trascendencia de este mandato de equilibrio en la integración del cuerpo. Bidart Campos ha escrito que “...la mención del equilibrio entre tales representaciones es muy importante, porque —por ejemplo— quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara

la representación de los jueces y de los abogados que, de algún modo, son pares del candidato por la índole de sus funciones profesionales” (“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1995, tomo VI, pág. 493).

Tampoco puede perderse de vista, al analizar las cuestiones constitucionales planteadas, cuáles fueron las finalidades perseguidas por los constituyentes de 1994 al incorporar el Consejo de la Magistratura a nuestra estructura institucional. Se trató, sin que pueda caber duda alguna al respecto, de despolitizar parcialmente los procedimientos de designación y remoción de magistrados y, de esta manera, aumentar las garantías de independencia judicial.

Así, debe recordarse —tal como se hiciera en el mencionado precedente “Rizzo”— que un grupo de convencionales presentó un proyecto de reforma de la Constitución Nacional cuyos fundamentos expresaban su intención de “vigorizar la independencia del Poder Judicial [...] en este sentido se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados, que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados” (proyecto de los convencionales Raúl R. Alfonsín, Augusto J. M. Alasino, Eduardo Menem, Ramón B. Mestre, Antonio M. Hernández, Alberto M. García Lema, Carlos Corach, Alberto G. Albamonte, Juan C. Maqueda, Aníbal Ibarra, Alberto E. Balestrini, Miguel A. Ortiz Pellegrini, Antonio T. Berhongaray, Enrique Paixao, Jorge E. de la Rúa, Jorge R. Yoma y Juan C. Hitters; *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, cit. T. II, págs. 1922 a 1929, en especial pág. 1928).

En esa misma línea, el discurso de cierre del convencional Raúl R. Alfonsín enfatizó la visión del bloque que presidía respecto de las reformas que seguidamente serían aprobadas, expresando que “[t]oda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la Magistratura [...] aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente” (*Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, cit. T. V, págs. 5155/5156).

El referido proyecto contó con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión de Coincidencias Básicas y fue finalmente aprobado por la Convención Constituyente en pleno, lo que ocurrió en la sesión del 1° de agosto de 1994.

9°) Que, sobre estas bases, debe analizarse si las concretas reglas de integración y funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Nación que aquí se impugnan se ajustan a la exigencia constitucional de procurar el equilibrio entre los estamentos enumerados en el art. 114 o si, por el contrario, la incumplen. El legislador no se encuentra habilitado para consagrar un desbalanceo entre las distintas fuerzas que termine por desnaturalizar el mandato constitucional de equilibrio. El límite en este sentido es claro: si bien pueden existir diferencias en el número de representantes de los distintos estamentos — en tanto no se exige una igualdad aritmética—, esas diferencias no pueden permitir que ninguno de ellos tenga predominio o se imponga sobre los demás pues, en tal caso, se consagraría una composición desequilibrada en favor de ese estamento.

Las nociones de no predominio o no hegemonía constituyen la guía básica que debe orientar el análisis, puesto que representan el umbral que no puede ser transgredido. Hay hegemonía o predominio constitucionalmente vedado si, considerando las funciones asignadas al Consejo de la Magistratura y su importancia relativa, las reglas de integración y funcionamiento arrojan como consecuencia que un estamento pueda imponerse a los otros en las decisiones relevantes.

La hegemonía o predominio pueden presentarse en distintos grados y formas. Así, el control autónomo o total del cuerpo por uno de los estamentos no es otra cosa que la hegemonía o predominio en grado superlativo y, por ello, una hipótesis extrema de desequilibrio. Sin embargo, esa no es la única expresión de tal desequilibrio, ni es necesaria para concluir que existe una violación de la manda constitucional. La simple posibilidad de realización de acciones hegemónicas o del predominio de un sector sobre el resto, aun cuando no se traduzcan en el control autónomo o total del Consejo, constituye por sí misma una transgresión constitucional, ya que supone un desequilibrio en la representación y funcionamiento del Consejo contrario al texto del art. 114.

10) Que debe tenerse presente que el Consejo de la Magistratura se encuentra regulado actualmente por la ley 24.937 y su correctiva

24.939, con las modificaciones introducidas por las leyes 26.080 y 26.855, salvo en lo relativo a la integración del órgano, su régimen de *quorum* y mayorías y composición de las comisiones, puntos en los que resultan aplicables las prescripciones de la ley 26.080, como consecuencia de lo dispuesto en el resolutivo III del precedente “Rizzo”. Es este conjunto de normas el que debe ser analizado y al que se referirá esta sentencia en lo sucesivo.

En lo que aquí interesa, el art. 1° de la ley 26.080 —modificando el art. 2° de la ley 24.937, texto según ley 24.939— establece que “el Consejo estará integrado por trece miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D’Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría.

3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal [...].

4. Un representante del Poder Ejecutivo.

5. Un representante del ámbito académico y científico [...]”.

A su vez, el art. 5° de la misma ley 26.080 modifica la redacción del art. 9° de la ley 24.937 (texto según ley 24.939) y establece que “[e]l quórum [sic] para sesionar será de siete miembros” y que el plenario del Consejo “adoptará sus decisiones por mayoría absoluta de miembros presentes, salvo cuando por esta ley se requieran mayorías especiales”.

11) Que la reseña normativa efectuada respecto del régimen de integración, *quorum* y mayorías en vigencia hace evidente que el estamento político cuenta con el número de integrantes suficientes para

realizar, por sí, acciones hegemónicas o de predominio sobre los otros tres estamentos técnicos, en clara transgresión al equilibrio que exige el art. 114 de la Constitución Nacional.

Así, el estamento político cuenta con un total de siete (7) representantes —seis (6) legisladores y un (1) representante del Poder Ejecutivo—, número que le otorga *quorum* propio y la mayoría absoluta del cuerpo, lo que le permite poner en ejercicio, por sí solo y sin la concurrencia de ningún representante de algún otro estamento, todas aquellas potestades del Consejo para las que no se ha fijado una mayoría agravada, las cuales —consideradas en su conjunto— revisten significativa trascendencia.

12) Que ingresando en el análisis particularizado de las funciones que el estamento político puede ejercer por sí mismo, con absoluta supremacía respecto de los distintos estamentos técnicos, debe señalarse que cuenta con mayoría propia para adoptar las siguientes decisiones: dictar su reglamento general; dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y la ley a fin de garantizar una eficaz prestación del servicio de administración de justicia; designar los integrantes de cada comisión; reglamentar los procedimientos de los concursos públicos para la cobertura de vacantes judiciales; instruir a la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial para que proceda a la convocatoria a concursos con anterioridad a la producción de vacantes; dictar los reglamentos para la subrogancia de jueces; designar a su presidente y vicepresidente; designar y remover al administrador general del Poder Judicial y a otras autoridades del Consejo; aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados; entre otras (art. 7°, ley 24.937).

Resulta de importancia destacar que el sector político puede, al contar con *quorum* y mayoría propios, dictar por sí el reglamento de concursos públicos mediante los cuales se seleccionan los aspirantes a la magistratura (art. 7°, inc. 5°, ley 24.937, texto según ley 26.855, de acuerdo con la mayoría prevista por el art. 5° de la ley 26.080), lo que reviste indudable importancia para la designación de magistrados.

Asimismo, el sector político tiene *quorum* y mayoría propios para imponer sanciones disciplinarias, cuya aplicación reiterada es causal de mal desempeño que puede dar lugar a la remoción de los magistra-

dos en el marco de un procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento (art. 25, inc. 7°, ley 24.937, texto según ley 26.855).

Es decir que el sector político puede tomar por sí mismo decisiones de significativa trascendencia en numerosos aspectos del funcionamiento del Consejo y, en especial, en cuestiones estrechamente vinculadas con los procedimientos de nombramiento y remoción de magistrados.

13) Que, como se enfatizara en los precedentes “Rosza” (Fallos: 330:2361), “Aparicio” (Fallos: 338:284) y “Uriarte” (Fallos: 338:1216), “los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Las disposiciones que rigen esos procedimientos se sustentan, pues, en la aspiración de contar con una magistratura independiente e imparcial”.

Lo mismo cabe decir de los procedimientos vinculados con la eventual remoción de magistrados. No debe perderse de vista que en nuestro esquema constitucional todo lo relativo a la estabilidad y permanencia de los jueces, en tanto garantías de las que los magistrados gozan como forma de asegurar su independencia (conf. “Uriarte”; doctrina también mencionada en Fallos: 314:881; 315:2386; 324:1177; 325:3514, entre otros), ocupa un lugar tan importante como los aspectos vinculados a su nombramiento (arg. de Fallos: 336:760 citado, considerando 41). Procedimientos de designación y garantías de estabilidad y permanencia no son sino dos caras de una misma moneda, orientadas a la realización de aquella aspiración constitucional central de gozar de un Poder Judicial integrado por jueces independientes e imparciales y, de ese modo, afianzar la justicia, de acuerdo con la manda preambular.

En ese marco constitucional, la posibilidad con que cuenta el sector político de realizar acciones hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 de la Constitución Nacional y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma.

14) Que, como se advierte, la interacción entre las normas que regulan la integración del Consejo y aquellas que fijan el régimen de *quorum* y mayorías otorgan al sector político una posición de hegemonía o predominio —en el sentido antes recordado— sobre la totalidad de los estamentos técnicos. Ninguno de los estamentos técnicos por sí, ni todos ellos en conjunto, tiene asegurado *quorum* para sesionar, ni mayoría para tomar decisiones de ningún tipo. Por el contrario, el estamento político puede sesionar por sí y adoptar por sí una gran cantidad de decisiones de relevancia significativa.

Cualquiera que fuera la opinión que en abstracto se tuviera sobre la conveniencia de esta arquitectura institucional, es claro que ella no respeta el mandato constitucional de procurar una integración equilibrada entre los representantes de los distintos sectores que el constituyente creyó necesario integrar al Consejo. Tampoco contribuye a despolitizar parcialmente el proceso de designación y remoción de jueces ni a aumentar el “umbral de garantía de independencia judicial”, objetivos que, como se dijo, fueron expresamente perseguidos por los constituyentes de 1994 mediante la creación del Consejo de la Magistratura y que se ven frustrados por las normas analizadas.

15) Que lo dicho anteriormente no se ve desvirtuado por el argumento de los recurrentes —compartido por el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen— según el cual la ley 26.080 no vulneraría el equilibrio constitucional, en tanto —en ausencia de prueba— no cabría atribuir a los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular una unidad de acción que permita presumir la realización de acciones hegemónicas o el predominio sobre otros sectores que la Constitución, al exigir equilibrio, prohíbe. Ello por cuanto del total de representantes, seis (6) son legisladores que representan a la mayoría y primera minoría de cada cámara y el restante representa al Poder Ejecutivo, resultando de esta manera que los diferentes representantes obedecerían a distintas afiliaciones partidarias e inclinaciones políticas, lo que impediría que se configurase la hegemonía o predominio vedados.

El argumento resulta inadmisibles por cuanto parte de una noción equivocada del equilibrio demandado por la Constitución. El art. 114 exige el equilibrio entre los distintos estamentos enumerados en la norma, con prescindencia de las afiliaciones partidarias o preferencias políticas de los representantes de cada uno de ellos, lo cual se

vincula con el aspecto estático o estructural del órgano. Es decir que basta con que la composición del Consejo sea desequilibrada desde esta perspectiva —que no atiende a la efectiva conformación de mayorías decisionales entre miembros de uno u otro estamento— para que la Constitución sea transgredida. Es la mera posibilidad de que se verifiquen acciones hegemónicas entre los estamentos la que rompe el equilibrio constitucional (arg. Fallos: 336:760 citado, considerandos 25 y 28). Vale aclarar, de todos modos, que no se encuentra en discusión en estos autos la cuestión diferente, aunque vinculada, relativa a si un desequilibrio en el modo de constituir las representaciones de cada uno de los estamentos vulneraría el mandato constitucional.

16) Que lo expuesto hasta aquí es suficiente para declarar la inconstitucionalidad del sistema de integración, *quorum* y mayoría previsto en los arts. 1° y 5° de la ley 26.080. Asimismo, y por necesaria implicancia de la invalidez de dicho sistema, resultan inaplicables los arts. 7°, inc. 3°, de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), 6° y 8° de la ley 26.080, así como todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939).

17) Que decisiones con las repercusiones de la presente no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, brinde una respuesta como cabeza del Poder Judicial de la Nación en la que se establezcan pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el futuro (conf. doctrina de los precedentes “Rosza”, en especial considerando 22; “Rizzo”, en especial considerando 42; y “Uriarte”, en especial considerando 34).

En tales condiciones, atento a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad que aquí se declaran, esta Corte —al igual que ha procedido en otras causas (Fallos: 330:2361; 336:760 y 338:1216 ya citados, entre otras)— establecerá un remedio efectivo para la violación constitucional constatada que concilie, por un lado, la necesidad de respetar las atribuciones del Congreso de la Nación en la tarea de organizar el Consejo de la Magistratura de un modo consistente con la Constitución Nacional y, por el otro, el deber que tiene este Tribunal de propender a la integración y funcionamiento del Consejo de plena

conformidad con la Ley Suprema en el menor tiempo posible y garantizando la seguridad jurídica.

Es por ello que en el presente caso se dispondrá un remedio de igual naturaleza al establecido en el citado precedente “Rizzo” —referido también a la integración del Consejo de la Magistratura—, consistente en que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre vigencia el régimen legal anterior (Fallos: 336:760, considerando 42).

De acuerdo con ello:

1. El Congreso deberá dictar en un plazo razonable una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación.

2. Hasta tanto esa ley sea dictada corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la ley 24.937 y su correctiva 24.939, debiendo tenerse especialmente presente que para aprobar y elevar ternas de candidatos la mayoría requerida es de dos tercios de los miembros presentes (art. 13, apartado c, ley 24.937; Fallos: 336:760 citado, considerando 41; Fallos: 338:1216 citado, considerando 24).

Se fija el plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados a partir de la notificación de la presente sentencia para que el Consejo lleve a cabo las acciones necesarias a fin de cumplir con el sistema de integración del cuerpo, *quorum* y mayorías y con la composición de las comisiones previstos en la ley 24.937 (texto según ley 24.939). A tal efecto, resulta necesario que sean elegidos e incorporados el número de representantes por estamento para completar la composición fijada por el art. 2° de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Los nuevos miembros iniciarán su mandato de manera conjunta y simultánea y lo concluirán —con excepción del presidente, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la ley 24.937— en el momento en que se complete el período del mandato de los consejeros actualmente en ejercicio. Los integrantes del cuerpo podrán ser reelegidos con intervalo de un período (art. 3° de la ley 24.937, texto según ley 26.855). Excepcionalmente, para los nuevos integrantes no se computará la primera elección a los efectos de una eventual reelección consecutiva.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 24.937 (texto según ley 24.939), el Consejo de la Magistratura quedará conformado por veinte (20) miembros (art. 2°), será presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 10), funcionará con el *quorum* de doce (12) miembros (art. 9°) y con las comisiones integradas de conformidad con su art. 12.

3. Transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días sin que se haya cumplido con la integración que aquí se establece, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos.

4. Hasta tanto el Consejo cumpla con el mandato de integración del cuerpo o hasta el vencimiento del plazo máximo de ciento veinte (120) días referido, lo que ocurra primero, continuará rigiendo el régimen de la ley 26.080.

5. A su vez, y por ineludibles razones de seguridad jurídica, se declara la validez de los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura, en cuanto se refieren al sistema aquí examinado (conf. doctrina de Fallos: 319:2151; 330:2361; 338:1216, entre otros).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declaran admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el Ministerio de Justicia, por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación y por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y, con el alcance que aquí se dispone, se confirma la sentencia apelada. En consecuencia, se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 y la inaplicabilidad del art. 7°, inc. 3°, de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), de los arts. 6° y 8° de la ley 26.080, así como de todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939).

II. Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación.

III. Ordenar al Consejo de la Magistratura que, dentro del plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados desde la notificación de la presente sentencia, disponga lo necesario para la inte-

gración del órgano, en los términos de los arts. 2° y 10 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Transcurrido dicho plazo sin que se haya completado la integración mencionada, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos. Desde la notificación de la sentencia y hasta tanto el Consejo cumpla con este mandato o hasta el vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días corridos referido, lo que ocurra primero, regirá el sistema de la ley 26.080.

IV. Comunicar la presente decisión al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a la Federación Argentina de Colegios de Abogados, a la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y al Consejo Interuniversitario Nacional, a los efectos de que tomen la intervención que pudiera corresponderles para llevar adelante los procedimientos de selección de consejeros requeridos para completar la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos dispuestos en el considerando 17 de la presente.

V. Declarar que conservarán su validez los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo expuesto en el considerando 17, punto 5.

VI. Imponer las costas a las recurrentes vencidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI

Considerando:

1°) Que el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires inició demanda con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 3°, 5°, 6°, 7°, 8°, 10, 14, 15, 21, 22 y 23 de la ley 26.080 que, al sustituir las disposiciones establecidas por la ley 24.937 en lo que respecta a la composición y funcionamiento del Consejo de la Magistratu-

ra y Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, quebrantó el equilibrio representativo para la integración de dichas instituciones garantizado en los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó parcialmente la decisión de la anterior instancia que había rechazado la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 26.080 en cuanto reformó la ley 24.937 en lo que respecta a la composición y funcionamiento del Consejo de la Magistratura.

Contra esa decisión, el Ministerio de Justicia de la Nación, la Cámara de Diputados de la Nación y el Honorable Senado de la Nación interpusieron recurso extraordinario federal, los que fueron concedidos.

El Ministerio de Justicia cuestiona principalmente el razonamiento del *a quo* acerca de la conducta de los representantes de los órganos políticos en el seno del Consejo, al asumir que estos actúan en unidad de acción. Sostiene finalmente que la reforma implementada por la ley 26.080 cumple con el estándar de constitucionalidad, con el mandato encomendado por los constituyentes al crear el Consejo de la Magistratura, y con la independencia como finalidad tenida en miras para crearlo.

La Cámara de Diputados, luego de recordar que es el Congreso de la Nación el órgano competente para reglamentar lo atinente al Consejo de la Magistratura, sostiene que la norma respeta el criterio de proporción, y es constitucional en los términos de la Corte Suprema en el fallo “Monner Sans” (Fallos: 337:166).

El Senado de la Nación pide el rechazo porque la sentencia apelada es una intromisión en las tareas del Poder Legislativo, ya que, en los hechos sustituye al legislador en cuanto a la composición del Consejo de la Magistratura.

2°) Que los recursos son admisibles ya que existe un “caso”, porque hay un interés suficientemente directo y concreto en el resultado del pleito (Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 322:528; 326:3007 y 333:1023, entre muchos otros).

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra legitimado porque se cuestiona la reforma al Consejo de la Magistratura introducida por la ley 26.080 que, según la actora, alteró la naturaleza, autonomía funcional e independencia de dicho órgano.

3°) Que, el demandante tiene legitimación porque los colegios de abogados cumplen una función importantísima en la defensa de la Constitución, y en particular del sistema republicano, de la división de poderes y la independencia del Poder Judicial.

La historia argentina revela el coraje y el patriotismo que tuvieron numerosos integrantes de los colegios de abogados en todo el país, en la defensa de los derechos humanos en tiempos en que imperaba el terrorismo de Estado, en la tutela de los derechos sociales, y en particular, del sistema republicano.

Decisiones relevantes de esta Corte Suprema que afirmaron grandes principios constitucionales se basaron en casos promovidos directa o indirectamente por colegios de abogados. La causa “Rizzo” (Fallos: 336:760), vinculada a la ley que es materia de análisis en esta sentencia; la causa “Halabi” (Fallos: 332:111) que habilitó los procesos colectivos y numerosos pedidos de acceso a la información, son muestras cabales del valor que tiene la amplia legitimación de los colegios profesionales en el proceso de construcción democrática y republicana.

Por esta razón, esta Corte estableció una regla general de legitimación, en la defensa del sistema republicano por parte del Colegio de Abogados de Tucumán en una sentencia que dice *“Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé”* (Fallos: 338:249, considerandos 9° y 10).

4°) Que la legitimación reconocida se refiere a una pretensión declarativa de la inconstitucionalidad de los mencionados artículos de la ley 26.080.

Que el objeto procesal fijado por las partes en los recursos se refiere a la noción de “equilibrio” entre los estamentos que establece

la ley 26.080 y a la intervención del Poder Judicial, lo que delimita el juzgamiento que debe hacer esta Corte.

No hay agravio alguno expresado respecto de otras cuestiones.

En particular, no hay agravio respecto de la participación de esta Corte Suprema en la composición del Consejo de la Magistratura, ya que la sentencia en recurso no desarrolla esta cuestión en sus considerandos, ni ha sido materia de impugnación específica por parte de los recurrentes.

5°) Que el primer agravio a considerar es si esta Corte Suprema tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de la ley o si ello es una intromisión en las facultades del Congreso de la Nación.

Esta cuestión ya ha sido respondida por este Tribunal en varios precedentes en el sentido de que el Poder Judicial es independiente justamente para poner límites a las decisiones de las mayorías que violen la Constitución Nacional.

Este principio ha sido sostenido por la Corte de modo coherente, porque, de lo contrario, se deteriora el derecho si se lo interpreta según los tiempos políticos, o los intereses sectoriales.

La Constitución brinda previsibilidad, porque “los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Sin perjuicio de ello, fueron expresados con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos futuros. Los valores y principios constitucionales tienen una vocación de perdurabilidad y de precisión que los protege contra su desnaturalización, y por ello no debe confundirse la indeterminación lógica con la valorativa” (Fallos: 328:566, “Itzcovich”, voto del juez Lorenzetti).

Las partes deberían conocer esta jurisprudencia y no intentar lograr un cambio que no va a suceder, porque los precedentes no permiten dudas sobre su previsibilidad. A modo de ejemplo, y entre muchísimos casos, se ha declarado la inconstitucionalidad de: las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final que impedían juzgar las graves

violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar (“Simón”, Fallos: 328:2056); la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal (“Bazterrica” y “Arriola”, Fallos: 308:1392 y 332:1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad (“Halabi”, Fallos: 332:111); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial (“Rossi”, Fallos: 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos (“Asociación de Trabajadores del Estado”, Fallos: 331:2499). También invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria (“Itzcovich”, Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del art. 14 bis de la Constitución Nacional (“Badaro”, Fallos: 330:4866).

En el sentido indicado, esta Corte ha sostenido que “el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras” (Fallos: 328:175), y no es posible que, bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional (Fallos: 328: 566, “Itzcovich”).

6°) Que, ello aclarado, corresponde considerar la cuestión constitucional planteada por las partes en este proceso, que consiste en determinar si la ley 26.080 es compatible con “el equilibrio entre la representación de los órganos políticos...” y la de los jueces, abogados y representantes del ámbito académico y científico (art. 114 de la Constitución Nacional).

A esos efectos, cabe recordar que el art. 114 de la Constitución Nacional, segundo párrafo, dispone que el Consejo de la Magistratura “*será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley*”.

El art. 1° de la ley 26.080 estableció la integración del Consejo de la Magistratura con 13 miembros (en lugar de los 20 establecidos en la ley anterior), y a los fines de tratar el agravio de las partes, corresponde señalar que la representación del sector “político” está compuesta por 1 representante del Poder Ejecutivo; 6 legisladores, cuya designación queda a cargo de los Presidentes de las Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos (3 por cada cámara, correspondiendo 2 a la mayoría y 1 a la primera minoría). Por otro lado, la representación de los sectores vinculados al Poder Judicial de la Nación está compuesta por 3 jueces; 2 representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por voto directo de los profesionales de esa matrícula, uno de los cuales debe tener domicilio real en cualquier punto del interior del país; 1 representante del ámbito académico y científico.

7°) Que, a los fines de decidir este pleito, esta Corte está limitada por el respeto de sus propios precedentes en relación a este tema.

En un primer precedente esta Corte ha establecido, con relación al art. 114 de la Constitución Nacional, que “...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” (“Rizzo” Fallos: 336:760, voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda, y de la jueza Highton de Nolasco; considerandos 18, último párrafo, y 25). 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”. En el voto del juez Petracchi y de la jueza Argibay se afirmó (considerando 9°) 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”.

8°) Que, en un segundo precedente, esta Corte analizó nuevamente la ley 26.080, en el año 2014, confirmando su constitucionalidad, declarada por la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que a su vez confirmó la sentencia de primera instancia, que había rechazado la demanda (“Monner Sans”, Fallos: 337:166).

En el voto de la mayoría se señaló que, conforme al precedente “Rizzo” ya citado, el equilibrio no equivale a igualdad, y que quien impugna tiene la carga argumentativa de realizar una “demostración concluyente” del apartamiento constitucional (Fallos: 100:318), lo que no ocurrió en el caso (voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda).

La jueza Argibay, señaló que el criterio es que ningún sector tenga predominio sobre el otro y que la representación política también está dividida en sectores, por lo cual no hay inconstitucionalidad.

9°) Que la doctrina de los precedentes citados establece que la noción de equilibrio no equivale a igualdad, que debe existir contrapeso, y ausencia de predominio, de manera 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 Corte ha señalado (“Monner Sans”, considerando 7°) que pesa sobre el demandante la carga de realizar una “demostración concluyente” del apartamiento constitucional (Fallos: 100:318), lo que ha ocurrido en el presente caso, tal como se detalla en el considerando 12 de la presente.

Como lo señala la parte actora, el funcionamiento concreto durante dieciséis años ha mostrado una serie de falencias que ponen seriamente en riesgo la independencia del Poder Judicial en varios aspectos concretos.

10) Que del cotejo de las leyes 24.937 (modificada por la ley 24.939) y 26.080 se desprende que bajo la anterior normativa el estamento político representaba el 45% de la totalidad de los miembros (9 sobre 20), mientras que ahora alcanza un 53,84% (7 sobre 13). Esa circunstancia, aisladamente, no determinaría *per se* la invalidez de la nueva compo-

sición. Sin embargo, el examen debe efectuarse de manera conjunta con otras disposiciones que hacen al objeto del pleito y repercuten, de manera indudable, en la cuestión a dilucidar.

En ese sentido, no puede soslayarse que en el marco de la ley 24.937 (corregida por la ley 24.939) se establecía que el quórum para sesionar era de 12 miembros (sobre los 20 que integraban el cuerpo). Es decir que de ninguna manera alguno de los estamentos que integraban el Consejo de la Magistratura podía lograr, por sí solo, la habilitación para sesionar. Nótese que el mayor número de representantes lo tenía el sector político (9 miembros) y no lograba formar un quórum propio para sesionar y, en su caso, adoptar decisiones. El porcentaje para lograr el *quorum* para sesionar era, entonces, del 60% de la totalidad de los integrantes del Consejo.

Por el contrario, la ley 26.080 estableció que el *quorum* se logra con siete integrantes (sobre un total de 13).

Amén de que con la mentada modificación se redujo la cantidad de miembros necesaria para poder sesionar (se pasó del 60% al 53,84%), lo que resulta verdaderamente objetable es que ese porcentaje o esa cantidad de miembros puedan ser alcanzados con la conformidad de uno solo de los estamentos representados; en este caso, el sector político.

En ese sentido, se advierte que tal como está organizado el sistema, con la sola anuencia del estamento político se conseguiría alcanzar la cantidad de miembros necesaria para sesionar y adoptar las decisiones que no exijan mayorías especiales, que son numerosas e impactan directamente en funciones que hacen al desempeño mismo del Consejo de la Magistratura.

Esta posibilidad de desbalance y quiebre de la regla de “no predominio” se ha dado con frecuencia durante los dieciséis años de vigencia de la ley.

11) Que en nada obsta a lo precedentemente expuesto el hecho de que en el sector político se encuentren representados la mayoría y la primera minoría de las cámaras del congreso puesto que el equilibrio que se vulnera no es el de los distintos partidos integrantes de ese

estamento, sino el que debería existir entre los distintos sectores que integran el Consejo de la Magistratura para que ninguno de ellos, en forma autónoma, pueda tener el control del órgano.

En el sentido indicado se ha expresado Germán Bidart Campos al sostener que el equilibrio exigido por el art. 114 quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara la representación de los jueces y abogados (confr. Bidart Campos, German J., “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, primera reimpresión, 1999, Tomo III, pág. 374).

En el citado precedente de Fallos: 336:760 (“Rizzo”) el Tribunal indicó 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...” (considerando 25 del voto de la mayoría).

12) Que, por otra parte, cabe dejar sentado que lo que aquí se postula no resulta contradictorio con lo decidido en Fallos: 337:166 (“Monner Sans”) pues se trata de pretensiones distintas.

En efecto, en esa oportunidad lo que se perseguía era la representación igualitaria de las representaciones de los órganos políticos, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, lo que no fue admitido por esta Corte. En cambio, en este caso, la actora no pretende una participación igualitaria de todos los estamentos, sino que busca que se respete el equilibrio al que hace referencia el art. 114 de la Constitución Nacional.

Para ello, ha señalado concretamente cuáles son los desfases que se producen con la nueva composición de los estamentos y el *quorum* necesario para sesionar y adoptar decisiones con mayoría no especial.

Así, a fs. 29 vta. postula que “...*los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular cuentan en la nueva composición del Consejo con la mayoría absoluta de sus integrantes, lo*

cual, de acuerdo con el artículo 9 les garantiza quórum propio y, salvo en los pocos casos en los que la ley exige mayorías agravadas, el número necesario para poder imponer las decisiones. Eso demuestra claramente la existencia de un profundo desequilibrio a favor de los órganos políticos, que vulnera el expreso mandato constitucional...”

Además, señala que la reducción del número de representantes de los abogados de la matrícula federal fue muy superior al del estamento político, alcanzando 50%.

13) Que el funcionamiento concreto del Consejo de la Magistratura durante dieciséis años ha mostrado un claro desbalance quebrando la regla de no predominio, lo que funda la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de esta ley.

Que si bien el Consejo de la Magistratura ha mostrado diferentes composiciones y muchos esfuerzos personales de los consejeros, el diseño institucional ha conspirado para que esos propósitos finalmente se frustren.

Ha quedado demostrado que durante ese período hubo una falta de cobertura de cargos importantes por falta de acuerdos que se ha mantenido invariable. Han sido públicas las disputas políticas que originaron esta parálisis con gran desmedro del funcionamiento del Poder Judicial.

La selección de magistrados ha sido motivo de fuertes críticas por parte de las asociaciones profesionales, al alterarse el orden de las listas con apartamiento de las calificaciones.

La administración ha variado constantemente por la intervención de distintos sectores lo que ha motivado la parálisis de obras, el atraso en numerosos proyectos y una crisis de funcionamiento de todo el Poder Judicial.

Está claro que siempre hubo un poder de veto, de predominio, de un sector sobre otro, aunque fueron cambiando los roles.

Asimismo, es evidente que la ley diseña un sistema parlamentario para funciones que son ejecutivas, lo que ha facilitado este poder de veto o predominio.

Es claro que estas deficiencias no son imputables a un sector en particular sino al diseño mismo de la ley, que justamente es lo que debe ser modificado porque contraría los criterios constitucionales según la interpretación de esta Corte.

14) Que, entonces, la ley debe ser declarada inconstitucional, porque hay una “demostración concluyente” de que a lo largo de dieciséis años de vigencia se ha quebrado la regla de no predominio y surgieron falencias que ponen seriamente en riesgo la independencia del Poder Judicial.

Que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos muy relevantes que deben ser cuidadosamente considerados, teniendo en cuenta:

- que es una ley que lleva dieciséis años de vigencia;
- que ha sido declarada constitucional por esta Corte en la ya citada causa “Monner Sans” que, si bien se refiere a otros aspectos, ha generado expectativas sobre su continuidad;
- que su descalificación proviene de ese ejercicio concreto;
- que el Poder Ejecutivo y el Congreso tienen proyectos para corregir esa situación;
- que es necesario fijar pautas para evitar la afectación en la continuidad de la correcta administración de justicia.

15) Que la sentencia en recurso que declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080, debe ser revocada en cuanto restituye la vigencia de la ley 24.937.

La parte actora no pidió la restitución de la vigencia de la ley anterior; lo cual constituye, *per se*, un exceso de jurisdicción. Por otra parte, el Fiscal de Cámara cuestionó en este recurso la decisión de restituir una ley derogada, violando la división de poderes y las facultades del Congreso.

La ley 26.080 dispone que “sustituye” el art. 2° de la ley 24.937, lo que significa que la deroga.

Una ley derogada no puede ser restituida en su vigencia y es lo que se enseña en los primeros cursos de las Facultades de Derecho, con cita de Kelsen: “Una norma cuya vigencia ya fue cancelada por otra norma derogatoria, sólo puede ser vuelta a su vigencia por medio de una norma que tiene el mismo contenido que la derogada” (Kelsen, Hans, “Teoría General de las Normas”, Ed. Trillas, México, pág. 116) y en el mismo sentido la doctrina nacional de modo coincidente (López Olaciregui, en Salvat, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, Tea, Bs. As., T. I).

Ese criterio se basa en el respeto al principio del paralelismo de las competencias ya que debe ser el autor de una norma o de un acto –en el caso, en ejercicio de la competencia constitucionalmente asignada– quien, de estimarlo pertinente, restablezca la vigencia de la norma que derogó (en sentido concordante, Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 95). El Código Civil Español, por otra parte, recoge expresamente este principio (art. 2) “Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

En nuestro sistema jurídico, la declaración de inconstitucionalidad se refiere a un caso, y no tiene efectos generales o “*erga omnes*” (“Thomas” Fallos: 333:1023, considerando 7°; Bidart Campos, op. cit., pág. 168). Por lo tanto, podría haber otro caso u otro Tribunal, que estableciera otra doctrina, si aporta nuevos hechos o nuevos fundamentos. En tal supuesto se encontraría con una situación anómala de dos leyes vigentes. Más aún, cuando la Corte descalifica una ley “para todos los casos”, se encarga de puntualizar que lo hace solo “para el futuro” (Fallos: 319:3148, considerando 34).

De modo que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos para el futuro y no retrotrae sus efectos. En cambio, la sentencia en recurso pareciera darle los efectos de la nulidad, que retrotrae las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo, lo cual es, claramente, un supuesto distinto.

También cabe distinguir la inconstitucionalidad de la inaplicabilidad. Es lo que ocurrió en el caso “Rizzo” citado, en el que se trató de una sentencia casi contemporánea con la reforma, y no como en este caso, que lleva dieciséis años de vigencia. Por eso se declaró la “inaplicabilidad” y luego la “inconstitucionalidad”. La reforma no

llegó a aplicarse, y por eso cobró vigencia la ley anterior, lo que no es aplicable al presente caso.

Ningún tribunal ni la propia Corte Suprema puede legítimamente declarar inaplicable una ley que ha sido derogada hace dieciséis años sin afectar seriamente la seguridad jurídica.

Por otra parte, la restitución de la ley anterior hasta que el Congreso dicte una nueva podría generar un caos, porque de 13 miembros pasa a 20 y luego a 17 (según el proyecto adjuntado a la causa).

La cámara restituye la ley anterior en su totalidad, incluyendo lo que no fue materia de agravio, lo que excede su competencia, ya que los jueces no son legisladores.

La restitución de la ley anterior en aspectos que no han sido materia de agravio implica arrogarse funciones legislativas, algo absolutamente incompatible con la función judicial. La Corte ha dicho que “no incumbe a los tribunales el examen de la conveniencia o el acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, ya que aquéllos deben limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental (Fallos: 312:435)”, “Monges” (Fallos: 319:3148).

En otros casos esta Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertas normas, pero no decidió poner en vigencia la ley anterior derogada, y no se referían a temas institucionales (Fallos: 323:2256 y 333:935).

Desde antiguo se sostiene que la declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma. Bielsa aclara “Por lo demás, la ley declarada inconstitucional por el Poder Judicial no es por eso solo extinguida; ella subsiste con todo vigor, y aun en el mismo poder judicial teóricamente, porque un juez inferior puede declarar que una ley es constitucional, aunque la Corte haya declarado que no lo es...” (Bielsa, Rafael, La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema”; 2da. ed., Depalma, 1958).

De manera que la sentencia en recurso, al declarar la inconstitucionalidad, pretende derogar una ley y revivir una derogada, lo que es claramente contrario al ordenamiento jurídico.

No hay precedentes en el derecho argentino ni antecedentes en el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de Estados Unidos, sobre cuyo modelo se construyó nuestro sistema en el siglo XIX a partir del caso “Marbury vs Madison”. En ningún caso se pone en vigencia una ley derogada hace dieciséis años. Es así porque en el sistema argentino, como en el de Estados Unidos, la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos de nulidad. Lo enseña Díez Picazo, Luis (“La derogación de las leyes”, Civitas, pág. 250) “tampoco parece que en el sistema norteamericano de jurisdicción constitucional difusa quepa la reviviscencia, ya que allí la declaración de inconstitucionalidad no tiene formalmente eficacia anulatoria, sino de mera inaplicación” (En el mismo sentido Modugno, Franco, “Problemi e pseudo-problemi relativi alla CD reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata inconstituzionale” en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972).

En fin, contradice los principios básicos del derecho, que no pueden ser ignorados por los magistrados.

16) Que es necesario considerar la particularidad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes que regulan procedimientos institucionales.

En el caso “Rosza” esta Corte decidió mantener en el ejercicio de sus cargos a los funcionarios designados sobre la base de un régimen que consideró inconstitucional hasta que “el Congreso y el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones, procedan a establecer un sistema definitivo sobre la materia en debate con estricta observancia de los parámetros constitucionales ya examinados” (Fallos: 330:2361, considerando 22 y punto resolutivo 4).

En el caso “Uriarte” debió incluso fijar los criterios de un régimen de transición “hasta tanto el Poder Legislativo sancione un nuevo régimen que se ajuste a las pautas establecidas en este fallo” (Fallos: 338:1216, considerando 34 y punto resolutivo 8), estableciendo reglas generales que comprendían a los recurrentes pero a su vez los trascendían, todo ello a efectos de “evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia”.

En el caso “Bertuzzi” (Fallos: 343:1457) se indicó al Consejo de la Magistratura un curso de acción básico para asegurar la continuidad

del funcionamiento del servicio de justicia y evitar cuestionamientos de las partes litigantes.

Esta decisión es más clara aun en el caso, ya que se han presentado proyectos por parte de distintos sectores parlamentarios en el Honorable Congreso de la Nación referidos a la regulación del Consejo de la Magistratura.

17) Que es necesario prever que el Congreso no pueda aprobar una nueva ley, lo que dejaría vigente la ley declarada inconstitucional de modo permanente. Por esta razón, siguiendo precedentes de esta Corte, es necesario fijar un plazo razonable que no puede superar el año desde la notificación de esta sentencia, para que el Congreso la apruebe, transcurrido el cual, esta Corte estará en condiciones de decidir la manera de implementar la garantía de la independencia del Poder Judicial.

Que, por otra parte, a los fines prácticos, la solución adoptada por la Cámara, demorará un tiempo de implementación cercano al año, mientras que la que aquí se propone, durará un tiempo similar respetando los precedentes de esta Corte en materia de división de Poderes.

En diversas oportunidades esta Corte ha dictado sentencias ante la omisión de legislación (Fallos: 330:4866, “Badaro”) y ha dispuesto medidas muy específicas (Fallos: 332:111, “Halabi”, considerandos 15 y 16). Se sostuvo que “...Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...” (“Halabi”, considerando 15, cit.).

En este caso se encuentra en juego la garantía de independencia del Poder Judicial.

18) Que, por último, se deja sentado que la autoridad institucional de este fallo no privará de validez a los actos cumplidos de conformi-

dad con las normas consideradas en vigor (conf. doctrina de Fallos: 319:2151 “Barry” y sus citas; 328:566 “Itzcovich”). Ello es así toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (Fallos: 330:2361 “Rosza”).

19) Que a modo de conclusión corresponde afirmar:

1. Que la ley 26.080 debe ser declarada inconstitucional, porque hay una “demostración concluyente” de que a lo largo de dieciséis años de vigencia se ha quebrado la regla de no predominio y surgieron falencias que ponen seriamente en riesgo la independencia del Poder Judicial;

2. Que la sentencia en recurso que declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080, debe ser revocada en cuanto restituye la vigencia de la ley 24.937, porque una ley derogada no puede ser restituida en su vigencia. No hay precedentes en el derecho argentino ni antecedentes en el derecho comparado de que, mediante una sentencia, se ponga en vigencia una ley derogada hace dieciséis años;

3. Que tampoco corresponde declarar la inaplicabilidad de la ley 24.937 luego de dieciséis años de ser revocada por la ley 26.080 y confirmada por esta Corte en varios aspectos (“Monner Sans” cit.) sin afectar la seguridad jurídica; situación que es diferente del caso “Rizzo” en el que se trató de una ley recién sancionada;

4. Que la modificación de la composición del órgano del Consejo de Magistratura por imperio de una decisión judicial, no puede contemplar la infinidad de situaciones que se pueden producir durante ese trascendente cambio, puede provocar demoras, incertidumbre y nulidades que lleven a la paralización de su actividad, y, consecuentemente, del Poder Judicial, todo lo cual es contrario a la prudencia que ha sostenido esta Corte en los precedentes citados;

5. Que esta Corte ha sido respetuosa de las facultades del Congreso de la Nación en todos los precedentes de carácter institucional;

6. Que es necesario que el Congreso legisle sobre el Consejo de la Magistratura, sobre su composición y sobre el modo de funcionamiento, con la finalidad de asegurar la independencia del Poder Judicial;

7. Que si el Congreso no legisla en un plazo razonable (considerandos 15 y 17), esta Corte procederá a implementar la garantía de independencia del Poder Judicial, en los términos de sus propios precedentes. Ínterin, con carácter excepcional, el funcionamiento del Consejo de la Magistratura se regirá por las previsiones de la ley 26.080;

8. Que este fallo no privará de validez a los actos cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declaran admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el Ministerio de Justicia, por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación y por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y, con el alcance que aquí se dispone, se confirma parcialmente la sentencia apelada en cuanto se declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080 y se la revoca en cuanto restituye la aplicación inmediata de la ley anterior;

En consecuencia, se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080;

II. Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos de los considerandos 15, 17 y 19;

III. Declarar la validez de los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura durante la vigencia de la ley 26.080.

Imponer las costas a las recurrentes vencidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese a las partes. Póngase en conocimiento del Consejo de la Magistratura y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recursos extraordinarios interpuestos por el **Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, representado por el **Dr. Alejandro A. Castelló**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Norberto S. Bisaro y Sergio Ricardo M. Landín**; por el **Honorable Senado de la Nación**, representado por los **Dres. Juan Carlos Salerni y Graciela M. L. Mazalán**; y por la **Honorable Cámara de Diputados de la Nación**, representada por el **Dr. Eduardo Omar Magri**, con el patrocinio letrado del **Dr. Jorge Adrián Álvarez**.

Traslados contestados por el **Dr. Alberto D. Q. Molinario**, con el patrocinio de la **Dra. G. Ariel Irizar**.

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° 3**.

PERALTA, CRISPÍN ANTONIO c/ **EN –M INTERIOR– DNM –**
RESOL 111/12 (EX 814477/06 80160/09) s/ RECURSO DIRECTO DNM

MIGRACIONES

Resulta razonable interpretar que, en ejercicio de la facultad del Estado de decidir acerca del ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, el legislador, al sancionar el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, dispuso que la comisión de un delito referido a cualquiera de las etapas del proceso de tráfico de estupefacientes (almacenamiento, transporte, tenencia con fines de comercialización, etc.) configure una causal de impedimento para la permanencia en el país, independientemente del monto de la condena, teniendo en miras el riesgo que esa actividad representa para la salud pública y la seguridad común.

MIGRACIONES

Es razonable sostener una interpretación del artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 según la cual se configura la causal de impedimento para

permanecer en el país por la existencia de una condena por tráfico de estupefacientes, más allá del monto de la pena, si el delito se refiere a uno de los eslabones de esa actividad, tomando como referencia para su definición a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

MIGRACIONES

Corresponde confirmar la sentencia que declaró válida la decisión de la Dirección Nacional de Migraciones respecto de la expulsión y prohibición de ingreso al país del extranjero por la causal prevista en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, toda vez que el migrante había sido condenado por la comisión, en grado de tentativa, de un delito vinculado con el proceso de tráfico de estupefacientes, configurándose así la causa de impedimento para permanecer en el país.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El remedio federal es procedente pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (artículo 29 de la ley 25.871) y la decisión de la cámara de apelaciones resulta contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ella (conf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Peralta, Crispín Antonio c/ EN –M Interior- DNM – resol 111/12 (ex 814477/06 80160/09) s/ recurso directo DNM”.

Considerando:

1°) Que la Dirección Nacional de Migraciones, mediante la disposición SDX 80031, del 21 de julio de 2009, declaró irregular la permanencia en el país de Crispín Antonio Peralta, de nacionalidad paraguaya, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso con carácter permanente. Esa decisión fue confirmada

mediante la disposición SDX 2233/2010 y la resolución 111/2012 del Ministerio del Interior.

2°) Que el migrante promovió recurso judicial directo en los términos del artículo 84 de la ley 25.871. Alegó la procedencia de la dispensa por razones de reunificación familiar; la ausencia de defensa oficial y la errónea interpretación del artículo 29, inciso c, de la ley 25.871. Además, planteó la aplicación de los principios *pro homine* y *non bis in idem*.

3°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la jueza de primera instancia que había rechazado el recurso judicial directo interpuesto por el migrante.

Para así decidir, el tribunal sostuvo que la Dirección Nacional de Migraciones no actuó de forma ilegítima o arbitraria, sino que aplicó la normativa migratoria ejerciendo las potestades allí otorgadas.

Señaló que el migrante fue condenado a dos (2) años y tres (3) meses de prisión de ejecución condicional como partícipe secundario penalmente responsable del delito de tentativa de contrabando calificado de estupefacientes.

En cuanto al requisito del monto de la condena establecido en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, remitió a lo decidido en un precedente análogo, en el que sostuvo que no resulta necesaria una cuantificación de la pena a efectos de establecer la expulsión dado que para disponer esa medida solo se requiere que el particular haya sido condenado, circunstancia que se corroboraba en el caso.

Asimismo, con respecto al rechazo de la dispensa a la expulsión por razones de reunificación familiar; sostuvo que el recurrente no logró rebatir lo decidido por la magistrada de grado, en el sentido de que no se demostró la arbitrariedad de esa decisión.

4°) Que contra esa sentencia el actor interpuso recurso extraordinario federal, el que fue concedido a fs. 415/415 vta.

En síntesis, el recurrente alegó que la decisión del tribunal *a quo*: a) realizó una interpretación del artículo 29, inciso c, de la ley

25.871 contraria al principio *pro homine*, el principio de inocencia y el derecho penal de acto, como manifestación del principio de culpabilidad, b) vulneró el principio de reunificación familiar, c) omitió el test de razonabilidad.

5°) Que el remedio federal es procedente pues en el *sub examine* se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (artículo 29 de la ley 25.871) y la decisión de la cámara de apelaciones resulta contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ella (conf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

6°) Que, en primer término, corresponde señalar que en el artículo 29 de la ley 25.871, se establece que “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

7°) Que para la solución de la controversia resulta menester determinar si se configura la causal de impedimento para permanecer en el país reseñada precedentemente. A tal efecto es preciso dilucidar si el delito en el que se fundó la condena, de contrabando calificado de estupefacientes, en grado de tentativa y participación secundaria, debe considerarse equivalente, a los fines migratorios, al de “tráfico de [...] estupefacientes” previsto en aquella norma. Ello porque, conforme lo dispuesto en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, la condena por tráfico de estupefacientes configura una causal de expulsión, más allá de su monto (confr. Fallos: 341:500, considerando 6°, último párrafo).

8°) Que, en este orden de ideas, resulta pertinente mencionar que según la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, aprobada por ley 24.072 el 11 de marzo de 1992 y ratificada por nuestro país el 28 de junio de 1993, el tráfico de estupefacientes es una expresión abarcadora de una amplia gama de conductas que van desde la producción a la entrega de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (véase artículo 1°, inciso m y párrafos 1 y 2 del artículo 3° de la referida Convención).

En ese sentido, en materia de extradiciones, esta Corte ha sostenido que el tráfico ilícito de estupefacientes, cometido por pluralidad de intervinientes en forma organizada, consume los injustos realizados en el *iter criminis*, en razón de tratarse de las que se denominan “infracciones progresivas” en las que el proceder del agente va recorriendo diferentes infracciones jurídicas de creciente gravedad y respecto de las cuales la punición del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos (Fallos: 330:261).

También en la causa CSJ 539/2010 (46-A)/CS1 “Albornoz, Juan Carlos s/ detención preventiva con fines de extradición (asociación ilícita destinada al tráfico de drogas art. 110 del Código Penal Italiano y arts. 73, 74 y 80 de la Ley de Drogas Italiana n° 309/09)”, fallada el 27 de diciembre de 2012, el Tribunal reconoció que el delito se compone de distintas acciones ilícitas, susceptibles, incluso, de desarrollarse en diversas jurisdicciones.

9°) Que, por otra parte, no hay dudas de que la legislación argentina ha valorado como de altísima importancia el bien jurídico protegido por la norma que establece el tipo penal bajo examen. Incluso en el debate parlamentario previo a la sanción de la ley 25.871 se hizo referencia al flagelo del tráfico de drogas. En ese sentido, es preciso tener en consideración que el tráfico de estupefacientes representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos, y menoscaba las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad; además de involucrar compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de represión del narcotráfico.

En ese marco, resulta razonable interpretar que, en ejercicio de la facultad del Estado de decidir acerca del ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, el legislador, al sancionar el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, dispuso que la comisión de un delito referido a cualquiera de las etapas del proceso de tráfico de estupefacientes (almacenamiento, transporte, tenencia con fines de comercialización, etc.) configure una causal de impedimento para la permanencia en el país, independientemente del monto de la condena, teniendo en miras el riesgo que esa actividad representa para la salud pública y la seguridad común.

10) Que, por ello es razonable sostener una interpretación del artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 según la cual se configura la causal

de impedimento para permanecer en el país por la existencia de una condena por tráfico de estupefacientes, más allá del monto de la pena, si el delito se refiere a uno de los eslabones de esa actividad, tomando como referencia para su definición a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

11) Que atento a que en el *sub examine* el migrante ha sido condenado por la comisión, en grado de tentativa, de un delito vinculado con el proceso de tráfico de estupefacientes, corresponde tener por configurada la causa de impedimento para permanecer en el país.

12) Que los agravios del recurrente vinculados a la aplicación al caso de la dispensa contemplada en el último párrafo del artículo 29 de la ley 25.871 encuentran acabada respuesta en la doctrina asentada en los autos “Barrios Rojas, Zoila Cristina” (Fallos: 343:990), a cuyos fundamentos cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Crispín Antonio Peralta**, actor en autos, representado por el **Dr. César Augusto Balaguer**, cotitular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

Traslado contestado por la **Dirección Nacional de Migraciones**, demandada en autos, representada por el **Dr. Luis Alejandro Guasti**.

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° 5**.

DÁVILA, LUIS CÉSAR c/ ARCÁNGEL, MAGGIO S.A. Y OTRO S/
ACCIDENTE - ACCIÓN CIVIL

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Corresponde rechazar el recurso deducido contra la sentencia que admitió la acción civil y condenó a la empresa demandada al pago de una reparación integral por la enfermedad profesional que incapacitó al actor, pues la cámara analizó las pericias médica y psicológica y las declaraciones testimoniales a la luz de la sana crítica y, sobre esa base, concluyó que las labores realizadas constituyeron una actividad riesgosa que guardaba relación de causalidad adecuada con el daño que padece (Voto de los jueces Rosatti y Rosenkrantz).

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

-El juez Lorenzetti, en su voto, consideró inadmisibles el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

ENFERMEDADES PROFESIONALES

Cabe rechazar el recurso deducido contra la sentencia que admitió la acción civil y condenó a la empresa demandada al pago de una reparación integral por la enfermedad profesional que incapacitó al actor, pues respecto del monto de condena, la Cámara indicó que la reparación debe ser integral y plena teniendo en cuenta el valor de la vida humana en sus múltiples aspectos, por lo cual la decisión sobre el punto, más allá de su grado de acierto o error, luce fundada (Voto de los jueces Rosatti y Rosenkrantz).

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

-El juez Lorenzetti, en su voto, consideró inadmisibles el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

ENFERMEDADES PROFESIONALES

Corresponde rechazar el recurso deducido contra la sentencia que admitió la acción civil y condenó a la empresa demandada al pago de una reparación integral por la enfermedad profesional que incapacitó al actor, si el a quo realizó una interpretación de los elementos probatorios y de las normas de derecho común aplicables al caso que no resulta irrazonable, sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un

supuesto que amerite la apertura del recurso en virtud de la doctrina de arbitrariedad de sentencias (Voto de los jueces Rosatti y Rosenkrantz).

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

-El juez Lorenzetti, en su voto, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta bien denegado pues los agravios referidos a la acreditación del nexo causal entre la afección y la prestación de tareas, la cuantificación del daño y la atribución de responsabilidad derivada de una enfermedad profesional remiten al examen de cuestiones fácticas y de derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial.

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

-El juez Lorenzetti, en su voto, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art.280 CPCCN)-

SENTENCIA ARBITRARIA

La doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia de primera instancia que

había admitido la acción civil y condenado a Arcángel Maggio SA al pago de una reparación integral por la enfermedad profesional que incapacitó al actor en el 12,95% de la total obrera (fs. 846/851 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

Consideró que la prueba testimonial obrante en la causa acredita que el actor realizaba tareas repetitivas de carga y descarga de pliegos de papel, manipulando diariamente y durante más de tres años un peso aproximado de 10 kilogramos por carga. Sobre esa base, afirmó que dicha labor constituyó la actividad riesgosa a la que se refiere el artículo 1757 del Código Civil y Comercial.

Agregó que surge de la pericia médica que la dolencia física que presenta es atribuible a las tareas de esfuerzo invocadas. Entendió que correspondía otorgarle pleno valor probatorio a ese dictamen pues, teniendo en cuenta la competencia del perito y los principios científicos y técnicos en que se funda, los argumentos del empleador dirigidos a cuestionarlo no logran conmover sus fundamentos.

A su vez, estimó razonable la determinación de la incapacidad psicológica realizada por el juez de grado que se apartó del porcentaje dispuesto en la pericia con fundamento en que, si bien la prestación de tareas agravó las patologías físicas, estas reconocían un origen anterior.

Por último, confirmó el monto de condena, con base en el principio de la reparación integral y las circunstancias del caso, así como la procedencia del daño moral, pues sostuvo que, en este punto, los agravios no constituían una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia impugnada.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, Arcángel Maggio SA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 853/864) que fue replicado (fs. 868/876) y denegado (fs. 878), lo que dio origen a la presente queja (fs. 76/80 del cuaderno respectivo).

La recurrente se agravia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad.

Por un lado, sostiene que la sentencia en crisis se limitó a reiterar las conclusiones del juez de grado sin ponderar las probanzas de autos y los agravios de la recurrente. En ese sentido, arguye que la cámara no tuvo en cuenta la existencia de concausas en el origen de las patologías que presenta el actor y que no se encuentra probada la relación de

causalidad entre el daño y las tareas realizadas por aquel. Agrega que, por el contrario, se encuentra acreditado que cumplió con los deberes de seguridad a su cargo. Sobre esa base, afirma que no se configuró en el caso su responsabilidad civil.

Por otro lado, señala que el monto indemnizatorio es antojadizo, pues el *a quo* no explica el modo en que fue calculado y, además, resulta elevado con respecto a las pautas que esa misma cámara fijó en los precedentes “Méndez” y “Vuotto”. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

-III-

Considero que el recurso fue bien denegado pues los agravios referidos a la acreditación del nexo causal entre la afección y la prestación de tareas, la cuantificación del daño y la atribución de responsabilidad derivada de una enfermedad profesional remiten al examen de cuestiones fácticas y de derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa. y ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 310:860, “Gramajo”; 330:4770, dictamen de la Procuración General in re CNT 47538/2010/CS1-CA1, “Baranowski, Sabrina Elisabet c/ Tetrafarm SA y otro s/ accidente-acción civil”, del 9 de agosto de 2017); máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (Fallos: 334:13, “Banco Hipotecario SA”; dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte en el precedente registrado en Fallos: 330:4721, “Dadón”, entre muchos otros).

Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 310:2277, “Vidal”; 311:786, “Brizuela”; 312:246, “Collinao”, entre otros).

En el caso, la cámara analizó las pericias médica y psicológica (fs. 669/672 y 437/441, 498/499, 522/523, 703) y las declaraciones testimoniales (fs. 368/369, 383/384, 465/467, 492/493, 495/497 y 544/546) a la luz de la sana crítica y, sobre esa base, concluyó que las labores realizadas por el actor para la demandada constituyeron una actividad riesgosa que guarda relación de causalidad adecuada con el daño que padece.

En ese sentido, consideró acreditado que dentro de las tareas diarias del trabajador se encontraba la carga y descarga manual de 10 kilogramos de papel y que dicha labor importaba una tarea de esfuerzo repetida desarrollada durante más de tres años. Concluyó que esa actividad riesgosa provocó o agravó la dolencia del actor -lumbalgia crónica con alteraciones funcionales- y lo incapacitó en un 6,7% de la total obrera, incluyendo los factores de ponderación. En cuanto a la afección psicológica -depresión moderada a severa-, si bien la pericia estimó una incapacidad del 25%, estimó que solo un 6,25% era atribuible a la prestación de tareas. Sobre esa base, el *a quo* confirmó la decisión de primera instancia.

En cuanto al monto de condena, indicó que la reparación debe ser integral y plena por lo que debe tenerse en cuenta el valor de la vida humana en sus múltiples aspectos. En ese sentido, resaltó el porcentaje de incapacidad que padece el actor, la remuneración percibida, su corta edad -35 años- y la imposibilidad de reinserirse en el mercado laboral. Por esos fundamentos, confirmó la suma de \$388.500 -que incluye el daño moral-. En consecuencia, la decisión sobre el punto, más allá de su grado de acierto o error, luce fundada.

En conclusión, entiendo que el *a quo* realizó una interpretación de los elementos probatorios y de las normas de derecho común aplicables al caso que no resulta irrazonable, sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto que amerite la apertura del recurso en virtud de la doctrina de arbitrariedad de sentencias.

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde rechazar la queja. Buenos Aires, 4 de diciembre de 2019. *Víctor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada, en la causa Dávila, Luis César c/ Arcángel Maggio S.A. y otro s/ accidente-acción civil”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones propuestas por la apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

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

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por **Arcángel Maggio S.A.**, parte demandada, representado por el **Dr. Daniel Nasroulah**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 37**.

GCBA c/ DIRECTAMOINT S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que declaró parcialmente verificado el crédito insinuado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires toda vez que el incidentista llevó a conocimiento de la cámara una serie de agravios entre los que se destaca, por su conducencia para incidir en el resultado del proceso, el concerniente a la imposibilidad de revisar los actos determinativos que no habían sido cuestionados judicialmente y que, por ende, se encontraban firmes; y el a quo omitió toda consideración al respecto.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que declaró parcialmente verificado el crédito insinuado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pues la posición adoptada en la sentencia en recurso constituye, en definitiva, el reemplazo del procedimiento de impugnación previsto legislativamente, sin fundamentación que lo sustente, supliendo de esa manera la inactividad o falta de diligencia de los interesados, en tanto en las anteriores instancias se expidieron acerca de la legalidad y del procedimiento de determinación de las deudas tributarias pese a reconocer que se encontraban firmes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa GCBA c/ Directamoint S.A. s/ concurso preventivo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que en el concurso preventivo de Directamoint S.A., el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) inició un inci-

dente de verificación de crédito por: a) \$ 550.421,17, con carácter de privilegio general (art. 246, inc. 2°, de la ley 24.522), correspondiente al importe nominal del impuesto sobre ingresos brutos (en adelante, ISIB), que había sido determinado mediante las resoluciones 944/DGR/2006 y 3967/DGR/2006; b) \$ 335.340,54, con carácter quirografario, correspondiente a intereses; y, c) \$ 223.527,65, también con carácter quirografario, por multas impuestas por omisión fiscal.

2°) Que el señor juez de primera instancia admitió parcialmente la insinuación efectuada por el GCBA, declarando verificado un crédito de \$ 132.859,02 con privilegio especial y general (art. 246, inc. 4°, ley 24.522, v. fs. 383/387 de los autos principales).

Para así decidir, sostuvo que, de la prueba contable producida en el expediente, surgía que efectivamente la concursada realizaba otras actividades que escapaban a la alícuota del 15% en el ISIB, y que de allí se desprendería que el tributo fue mal liquidado, sin que obstara a ello el trámite administrativo previo, pues la circunstancia de haberse decidido en sede administrativa la aplicación de la alícuota aquí puesta en entredicho no obstaba su revisión.

A su vez, agregó que ello era así desde que no era invocable en la justicia ordinaria el concepto de “cosa juzgada” respecto de las decisiones dictadas en sede administrativa, en tanto en el sistema jurídico tal cualidad solo era eficiente respecto de las sentencias firmes dictadas por un tribunal judicial o arbitral.

Asimismo, entendió que se encontraba reñido con reglas elementales de justicia pretender cobrar una alícuota que no correspondía estrictamente a la actividad que se desarrollaba, debiendo el tributo ser determinado de conformidad con las actividades efectivamente realizadas.

3°) Que, a su turno, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia de la instancia anterior (fs. 437/439).

Para resolver en ese sentido, indicó que los litigantes tenían la carga de probar los presupuestos que invocaban como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, sin que ello dependiera de la calidad

de actor o demandado, sino de su situación procesal. En lo particular, advirtió que cuando de revisar o verificar en los términos de los arts. 37 o 56 de la ley de concursos se trata, la carga de la prueba de los hechos específicamente concernientes al crédito insinuado pesaba, en principio y salvo escasas excepciones, sobre el incidentista (art. 273, inc. 9°, de la ley 24.522).

Aclaró que tales reglas no resultaban ajenas a la situación en que se encontraban los organismos recaudadores públicos, dado que –por sí mismas– las constancias fiscales unilaterales emitidas no hacían plena fe en el proceso concursal. Insistió en que, aun en esos casos, sobre el insinuante continuaba pesando la carga de demostrar la verdadera causa, extensión y privilegio del crédito pretendido.

Sentado ello, precisó que en su pedido de verificación la incidentista no había explicado detalladamente de qué modo se había originado y cuantificado la deuda por ISIB, ni tampoco había indicado cuál era el sustento fáctico concreto de las boletas de deuda que a tal efecto había acompañado. Señaló que recién ante la impugnación de la concursada respecto del origen y del modo de determinación de la deuda en cuestión, frente a la pericia contable que no favoreció su pretensión, y en oportunidad de presentar su memorial, la incidentista había realizado algunas pocas precisiones que, de todos modos, no permitían justificar *in totum* la insinuación (arts. 377, 386 y 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y arts. 273, inc. 9°, y 278 de la ley 24.522). En esa línea de razonamiento, alegó que ello había evidenciado un incumplimiento de la carga de invocar y probar, entre otros aspectos, la causa de la obligación, lo cual justificaba el rechazo de la pretensión recursiva del GCBA.

Agregó que no debía soslayarse el hecho de que el organismo recaudador se encontraba en condiciones de indagar acerca de la verdadera existencia del hecho imponible (lo cual, en el caso, implicaba investigar adecuadamente sobre las verdaderas actividades de la concursada y las alícuotas que las gravarían) y de acreditar la entidad, causa y extensión de la deuda (arts. 273, inc. 9°, y ccs. de la Ley de Concursos y Quiebras).

Concluyó en que ante un juicio de carácter universal como el concurso preventivo debía probarse la causa de la obligación que originaba el crédito, no bastando a tal efecto el mero acompañamiento de

constancias de índole administrativa, ya que aquel contenía reglas adjetivas y sustantivas propias que imponían demostrar lo alegado ante el pretense deudor, pero también ante el resto de los acreedores, en tanto la sentencia de verificación haría cosa juzgada en sentido material con relación a todos ellos.

4°) Que, contra este pronunciamiento, la incidentista interpuso recurso extraordinario a fs. 451/466 vta., cuya denegación dio origen a la queja en examen.

5°) Que la recurrente sostiene que la sentencia en crisis resulta arbitraria pues se aparta de la correcta interpretación de la normativa que considera aplicable –arts. 145, 150, 151 y ss. y cctes. del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, T.O. 2016; art. 7° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, y art. 25 de la ley 19.549– y omite la consideración de extremos conducentes a la resolución de la causa. En ese sentido, argumenta que la alzada desconoció el sistema normativo que regula la materia y, erróneamente se arrogó competencia para revisar lo actuado en sede administrativa.

Asimismo, indica que se produce una afectación a los derechos constitucionales tutelados por los arts. 18, 19 y 129 de la Constitución Nacional y que se configura un supuesto de gravedad institucional.

Agrega que el *a quo* desconoció lo resuelto por esta Corte en la causa “Casa Marroquín S.R.L.” (Fallos: 310:719), entre otras, donde el Tribunal señaló que no constituía acto judicial válido el fallo que había omitido la específica consideración de los efectos de la cosa juzgada administrativa.

Concluyó en que si la concursada había considerado ilegítimo lo actuado en el transcurso de la determinación de oficio, debía haber recurrido a la vía judicial, extremo que –afirma– no fue realizado.

6°) Que el recurso extraordinario -cuya denegatoria originó el presente recurso de hecho- es admisible en los términos en que ha sido promovido, pues si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la apreciación de cuestiones de hecho y prueba y de derecho local son ajenas por principio a esta vía de excepción, cabe admitir su procedencia

en supuestos en los que el *a quo* ha dado un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, al omitir pronunciarse respecto a cuestiones relevantes para su decisión o apartarse de constancias comprobadas de la causa (doctrina de Fallos: 325:1511; 326:3734; 327:5438; 330:4983; 339:290, entre muchos otros).

7°) Que tal situación se configura en el *sub lite*, toda vez que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires llevó a conocimiento de la cámara una serie de agravios entre los que se destaca, por su conducencia para incidir en el resultado del proceso, el concerniente a la imposibilidad de revisar los actos determinativos que no habían sido cuestionados judicialmente y que, por ende, se encontraban firmes; y el *a quo* omitió toda consideración al respecto.

En este sentido, cabe precisar -de modo concordante con la doctrina de Fallos: 310:719- que atribuir al fuero concursal facultades de revisión de la validez intrínseca del título invocado en sustento del crédito importa tanto como prescindir inmotivadamente de las disposiciones del Código Fiscal y del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, que constituyen la regulación procesal específica y en los que se prevén las vías impugnatorias que el contribuyente tiene a su alcance para cuestionar los actos determinativos y plazos para ejercerlas, vencidos los cuales, adquieren firmeza.

La posición adoptada en la sentencia en recurso constituye, en definitiva, el reemplazo del procedimiento de impugnación previsto legislativamente, sin fundamentación que lo sustente, supliendo de esa manera la inactividad o falta de diligencia de los interesados.

En efecto, las anteriores instancias se expidieron acerca de la legalidad y del procedimiento de determinación de las deudas tributarias pese a reconocer que se encontraban firmes.

8°) Que, en consecuencia, es dable concluir en que el criterio de la sentencia impugnada se aparta de las normas conducentes para la debida solución de la causa, lo que impide considerarla como un acto jurisdiccional válido e impone que sea dejada sin efecto.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia en cuanto fue ma-

teria de apelación. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de queja interpuesto por el **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, representado por la **Dra. Beatriz Fabiana Puente**, con el patrocinio letrado del **Dr. Ramón E. Páez**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 25**.

SOSA, FERNANDO PABLO c/ MONDELEZ ARGENTINA S.A.
s/ DESPIDO

DESPIDO

Toda vez que la disminución de la base indemnizatoria del actor por aplicación del tope previsto en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo representaría un 21,33%, lo que constituye un porcentaje inferior al límite señalado por la doctrina de la Corte Suprema en el precedente “Vizzoti” (Fallos: 327:3677), no corresponde la declaración de invalidez de la norma.

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

DESPIDO

Corresponde revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 245, párrafos segundo y tercero, de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, en cuanto impone un tope a la base de la indemnización por antigüedad, pues si bien la cámara sostuvo que la aplicación del tope del citado artículo por su remisión al promedio de la escala convencional, resta eficacia al sistema previsto para reparar el despido arbitrario respecto de los trabajadores de mayores ingresos, vulnerando la garantía del artículo 14 bis y el artículo 16 de la Constitución Nacional, no brindó

suficientes argumentos que evidencien que la fórmula diseñada por el Congreso de la Nación -en ejercicio de facultades que le son propias- con los resguardos de validez impuestos por la Corte, resulta lesiva de las garantías constitucionales que invoca.

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

DESPIDO

Corresponde revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 245, párrafos segundo y tercero, de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, en cuanto impone un tope a la base de la indemnización por antigüedad, pues el tribunal debió demostrar que la restricción impuesta por el legislador y la distinción establecida respecto de los trabajadores de mayores ingresos resultaba arbitraria, desproporcionada y carecía de una justificación objetiva y razonable, ello así, especialmente frente a la constante jurisprudencia del máximo tribunal federal en la materia que, en reiteradas ocasiones, dispuso que no resultaba irrazonable el módulo indemnizatorio previsto en la ley y, con posterioridad, puntualizó en qué supuestos su aplicación podía redundar en la vulneración de los derechos de los trabajadores.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta bien concedido en cuanto se encuentra bajo estudio la validez de una ley del Congreso -art. 245 de la ley de contrato de trabajo- y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inciso 1, ley 48).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó la sentencia de grado y, en consecuencia, elevó el monto de condena por despido sin causa a \$1.034.357,60 (fs. 248/251).

En lo que aquí interesa, declaró la inconstitucionalidad del artículo 245, párrafos segundo y tercero, de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT) en cuanto impone un tope a la base de la indemnización por antigüedad equivalente a 3 veces la remuneración mensual promedio del convenio colectivo aplicable al trabajador, por estimarlo violatorio del principio protectorio y de la garantía de igualdad (arts. 14 *bis* y 16 de la Constitución Nacional).

Por un lado, sostuvo que el juez de primera instancia omitió pronunciarse sobre la validez de esa norma a pesar de que el actor lo había planteado en la demanda. Por otro, afirmó que la norma genera condiciones de inequidad con respecto a otros trabajadores que perciben salarios inferiores o iguales al tope y que tiene por fin disminuir la indemnización del empleado calificado, favoreciendo al empleador. Agregó que esa reducción irrazonable de la indemnización vulnera la protección que la Constitución le otorga al trabajador, tendiente a equilibrar la disparidad de fuerzas entre las partes.

Sobre esa base, consideró inválido el tope y calculó la indemnización por antigüedad tomando como base la remuneración acreditada, sin reducción alguna.

-II-

Contra esa decisión, la demandada dedujo recurso extraordinario (fs. 252/268), que fue contestado (fs. 271/272), y concedido solo respecto de los agravios que cuestionan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 245 de la LCT (fs. 275).

Sostiene que el tope previsto en esa norma es parte de un régimen tarifario creado por el legislador que resulta razonable y acorde a la protección contra el despido arbitrario dispuesta en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Agrega que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional por lo que la afectación debe ser manifiesta, clara e indudable.

Afirma que la sentencia en crisis resulta arbitraria pues no dio adecuados fundamentos que justifiquen la tacha de invalidez y se apartó de la doctrina de la Corte Suprema emitida sobre el punto en cuestión. En ese sentido, remarca que en Fallos: 320:2665, “Villarreal”; 322:995, “Mastroiani”, 1017, “Ranzuglia”, esa Corte declaró la constitucionalidad del tope previsto en el artículo 245 de la LCT.

A su vez, cuestiona la condena al pago de las multas previstas en el artículo 1 de la ley 25.323, impuesta por la deficiencia en el registro del

contrato de trabajo, y en el artículo 45 de la Ley 25.345, fundada en la falta de entrega de los certificados que ordena el artículo 80 de la LCT.

-III-

Considero que el recurso extraordinario fue bien concedido en cuanto se encuentra bajo estudio la validez de una ley del Congreso -art. 245 de la LCT- y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inciso 1, ley 48).

Por el contrario, los agravios que cuestionan la imposición de las multas previstas en el artículo 1 de la ley 25.323 y en el artículo 45 de la ley 25.345 fueron rechazados expresamente por la cámara y la recurrente no presentó queja, por lo que no corresponde su tratamiento (fs. 275, punto 3).

-IV-

En primer lugar, considero pertinente señalar que, si bien la cámara afirmó que la sentencia de grado había omitido tratar el planteo de invalidez de la norma, por el contrario, esa decisión se pronunció expresamente sobre la cuestión debatida (ver fs. 193/194, punto X). En tal sentido, el juez de primera instancia analizó su constitucionalidad conforme el criterio jurisprudencia sentado en Fallos: 327:3677, "Vizzotti. En ese marco, y a la luz de las constancias de la causa, estimó que en el caso no se configuraba tal afectación y, en consecuencia, el tope resultaba válido y aplicable.

En línea con ello, estimo que asiste razón a la recurrente.

En efecto, el artículo 245 de la LCT -modificado por ley 25.877, art. 5-, en lo que aquí interesa, establece: "En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio

resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno”.

Al respecto, si bien en Fallos: 320:2665, “Villarreal”; 322:995, “Mastroiani”, entre otros, la Corte revocó las declaraciones de inconstitucionalidad sobre el tope en cuestión con base en que este no resulta irrazonable ni vulnera la protección contra el despido arbitrario, luego, en Fallos: 327:3677, “Vizzoti” (cit.), declaró su invalidez y fijó parámetros cuantitativos para determinar en qué supuestos su aplicación podría provocar una afectación al principio protectorio y al derecho de propiedad del trabajador. En ese sentido, la Corte sostuvo que “...no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, ‘la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos”.

Agregó que “Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (Fallos: 209:114, 125/126 y 210:310, 320, considerando 6°, entre muchos otros). Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la Constitución Nacional” (Considerando 11°).

En el presente caso, arriba firme a esta instancia que la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor era de \$38.170,19 y el tope previsto en el convenio colectivo aplicable -CCT 244/75, trabajadores de la industria de la alimentación- a la fecha del despido era de \$30.028,26. Es decir, la disminución de la base indemnizatoria del actor por aplicación del tope representaría un 21,33%, lo que

constituye un porcentaje inferior al límite señalado por la doctrina de la Corte Suprema, por lo que, no corresponde la declaración de invalidez de la norma.

Adicionalmente, si bien la cámara sostuvo que la aplicación del tope del artículo 245 de la LCT, por su remisión al promedio de la escala convencional, resta eficacia al sistema previsto para reparar el despido arbitrario respecto de los trabajadores de mayores ingresos, vulnerando la garantía del artículo 14 bis y el artículo 16 de la Constitución Nacional, no brindó suficientes argumentos que evidencien que la fórmula diseñada por el Congreso de la Nación - en ejercicio de facultades que le son propias - con los resguardos de validez impuestos por la Corte, resulta lesiva de las garantías constitucionales que invoca. En efecto, el tribunal debió demostrar que la restricción impuesta por el legislador y la distinción establecida respecto de los trabajadores de mayores ingresos resulta arbitraria, desproporcionada y carece de una justificación objetiva y razonable. Ello así, especialmente frente a la constante jurisprudencia del máximo tribunal federal en esta materia que, como se expresó, en reiteradas ocasiones dispuso que no resultaba irrazonable el módulo indemnizatorio previsto en la ley y, con posterioridad, puntualizó en qué supuestos su aplicación puede redundar en la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En suma, por los motivos expresados, considero que corresponde revocar, en este punto, el fallo recurrido.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario, revocar la decisión apelada y devolver los autos al tribunal de origen a sus efectos. Buenos Aires, 30 de octubre de 2019. *Víctor Abramovich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Sosa, Fernando Pablo c/ Mondelez Argentina S.A. s/ despido”.

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance que surge del aludido dictamen. Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión traída (art. 68 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Mondelez Argentina SA**, demandada en autos, representada por el **Dr. Raúl Horacio Alzuarte**.

Traslado respondido por **Fernando Pablo Sosa**, actor en autos, representado por el **Dr. Juan A. Confalonieri**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de primera Instancia del Trabajo n° 63**.

TORDAY, MATÍAS NEHUÉN S/ INCIDENTE DE INCOMPETENCIA

COMPETENCIA FEDERAL

La justicia de excepción debe conocer respecto del encubrimiento del hurto del dispositivo celular y su aprovechamiento posterior con ánimo de lucro (artículos 12 y 13, inciso a), de la ley 25.891), pues la disposición del artículo 15 de la ley 25.891 establece la competencia federal para todos los supuestos que contempla esa normativa, que importan la afectación de la prestación del servicio público interjurisdiccional de telecomunicaciones.

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

JUECES NACIONALES

Los conflictos de competencia suscitados entre los magistrados nacionales ordinarios y los federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires corresponde que sean resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

JUECES NACIONALES

El órgano legalmente facultado para dirimir la contienda de competencia suscitada entre magistrados nacionales ordinarios y los federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, es la cámara que reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció (Disidencia del juez Rosenkrantz).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Sin perjuicio del criterio expuesto por esta Procuración General en el dictamen emitido el 15 de marzo de 2016 en la causa CFP 9688/2015/1/CA1-CS1, “José Mármol 8 ocupantes de la finca s/ incidencia de incompetencia”, en virtud de la vista conferida y en razón de lo resuelto por V.E. el 12 de junio de 2018 en el referido incidente, corresponde que me pronuncie en la presente contienda negativa de competencia trabada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 61, y el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 12, ambos de Capital Federal, en las actuaciones iniciadas con motivo de la denuncia formulada por Damián Leonardo P, referida a que mientras viajaba en un colectivo por esta ciudad, dos individuos sustrajeron su teléfono celular e inmediatamente descendieron por la puerta trasera. Pocos días después, advirtió que el dispositivo se ofrecía a la venta en un sitio de internet, por lo que se contactó con el vendedor, quien inmediatamente le envió fotografías que le permitieron constatar que era el suyo.

Una vez concertado un encuentro entre ambos, este último se identificó como Matías Nehuén T, quien luego de exhibirle el dispositivo a P, fue detenido por agentes policiales que acudieron al lugar (fs. 6).

El juez nacional de instrucción luego de comprobar que el bien era propiedad de P “ calificó los hechos en las figuras de los artículos 12 y 13, inciso a), de la ley 25.891, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, que establece la competencia federal, remitió las actuaciones a ese fuero (fs. 114/115 vta.).

El titular de este último, por su parte, no aceptó esa asignación por prematura. En tal sentido, consideró que no se habían efectuado las medidas dirigidas a descartar la posible participación de T en la sustracción. Señaló, además, que la configuración del artículo 12 de la aludida disposición legal, a su entender, no implicaría la asignación automática de la competencia a ese fuero, dado que ello solo correspondería en aquellos casos en que se verificase que la especial motivación del autor hubiera estado dirigida a facilitar la comisión de otro delito, dado que esa habría sido la motivación del legislador al sancionar la ley 25.891, por lo que, según su parecer, el bien jurídico protegido por dicha norma sería distinto al del simple encubrimiento de la sustracción de un aparato móvil (fs. 129/131/vta.).

Radicadas nuevamente las actuaciones ante el juzgado nacional de instrucción, su titular, en esta oportunidad, sostuvo que resultaba imposible vincular a T con la sustracción, en tanto el damnificado afirmó que debido a la rapidez del arrebato de su dispositivo no había llegado a ver sus rostros, por lo que le imputó haberlo recibido a sabiendas de su procedencia ilícita con el objeto de obtener un beneficio económico a través de la venta.

Así, dio por trabada la contienda y la elevó a V.E. (fs. 145/148 vta.).

En mi opinión, la resolución de insistencia del titular del juzgado nacional de instrucción (cf. fs. 145/148/vta.) significó el auto de mérito exigido por la jurisprudencia de V. E. en esta materia (Competencia N° 35, L. XL VIII, *in re* “Romero, Pablo s/ encubrimiento”, resuelta el 29 de mayo de 2012).

Por lo tanto, advierto que en el caso se ha dado cumplimiento a la doctrina del Tribunal relativa a la alternatividad existente entre la sustracción y la infracción prevista en esa norma de carácter federal, que es asimilable a la figura de receptación dolosa tipificada en el artículo 277, inciso 1°, apartado e), del Código Penal (cf. Andrés José D’ Alessio y Mauro A. Divito, Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, Tomo III, Leyes Especiales Comentadas, pág. 1599, 2da. Ed., Buenos Aires 2011, y Fallos: 325:950 y 326:1693).

Ahora bien, según lo que plantea el magistrado federal, la conducta descrita en el artículo 12, de la ley 25.891, quedaría exceptuada

de su exclusiva competencia por cuanto protegería un bien jurídico distinto al encubrimiento de una sustracción (cf. fs. 129/131 vta). A mi modo de ver, su interpretación es desacertada en tanto que prescinde de la disposición del artículo 15 de la ley 25.891, que establece la competencia federal para todos los supuestos que contempla esa normativa, que importan la afectación de la prestación del servicio público interjurisdiccional de telecomunicaciones (cf. D'Alessio y Divito, ob. cit. pág. 1604 y 1605, Y Fallos: 318:2381).

Sobre la base de esas consideraciones, en tanto se comprobó que el dispositivo hallado en poder de T se correspondía en sus características y código de identificación IMEI con el que había sido sustraído a P (cf. fs. 29/30, 31/35 Y 68/69), opino que la justicia de excepción debe conocer respecto del encubrimiento del hurto del dispositivo y su aprovechamiento posterior con ánimo de lucro (artículos 12 y 13, inciso a), de la ley 25.891). Buenos Aires, 5 de noviembre de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en la Competencia “José Mármol 824 (ocupantes de la finca)”, Fallos: 341:611, los conflictos de competencia suscitados entre los magistrados nacionales ordinarios y los federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como ocurre en el *sub examine*, corresponde que sean resueltos por esta Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 12, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 61.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*)–
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) Que los jueces del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 61 y del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 12, respectivamente, se declararon incompetentes para conocer en la causa en la que se originó el presente incidente.

2°) Que, como lo sostuve en mi voto en disidencia en la Competencia “José Mármol 824 (ocupantes de la finca)” (Fallos: 341:611), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la cual reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció.

3°) Que, en las condiciones expresadas, no corresponde la intervención de esta Corte en el caso.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que deberá enviarse el presente incidente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a sus efectos.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDÓN Y OSSE c/
AFIP s/ COBRO DE PESOS

REPETICION DE IMPUESTOS

Es procedente la repetición solicitada por la municipalidad actora con relación a sumas indebidamente ingresadas en concepto de IVA en razón del servicio de agua corriente que había prestado a sus habitantes y que éstos habían abonado mediante el pago de una tasa, pues la modificación introducida en el art. 81 de la ley 11.683 por la ley 25.795 -en cuanto a que los impuestos indirectos sólo pueden ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando éstos acrediten que no trasladaron el impuesto al precio, o bien cuando lo trasladaron, acrediten su devolución en la forma y condiciones establecidas por la AFIP- no resulta aplicable al caso de autos, pues la citada ley 25.795 es posterior tanto a los pagos cuya repetición pretende la accionante, como a la resolución administrativa que rechazó el reclamo formulado por el municipio y al recurso planteado ante el Tribunal Fiscal.

-Del precedente “Municipalidad de Monte Cristo” (Fallos: 335:2117) al que la Corte remite-

REPETICION DE IMPUESTOS

Siendo la actora de la acción de repetición, un municipio -ente estatal con sustento territorial y de carácter público, cuyo patrimonio está destinado íntegramente a los fines públicos que justifican su existencia-, aun si por hipótesis se participara del criterio de que incluso antes de su consagración legislativa por la ley 25.795 la acreditación del “empobrecimiento” era un recaudo exigible para la procedencia de la repetición de impuestos -como lo estableció el Tribunal en el precedente “Mellor Goodwin” (Fallos: 287:79)- no podría hacerse valer tal exigencia frente a un ente municipal, en tanto la totalidad de sus recursos están destinados por vía del gasto público en beneficio de su población, que sería la que mediante el pago de la respectiva tasa habría soportado la carga del tributo cuya repetición se persigue, por lo que en razón de la naturaleza del sujeto que promovió las actuaciones, se estaría frente a un supuesto en el cual “el empobrecimiento cabe razonablemente inferirlo del solo hecho del pago.

-Del precedente “Municipalidad de Monte Cristo” (Fallos:335:2117) al que la Corte remite-

REPETICION DE IMPUESTOS

Toda vez que el patrimonio de la coactora está destinado en forma íntegra a la satisfacción de necesidades esenciales de la comunidad del Municipio de General Pueyrredón; y es en el cumplimiento de dichos cometidos públicos en los que esa sociedad estatal encuentra la razón de su existencia, carece de sustento exigir la acreditación del empobrecimiento del contribuyente -a los fines de la repetición del IVA en razón del servicio de agua corriente que había prestado a sus habitantes -, por cuanto en primer lugar no cabe invocar un principio “ético” o la “buena fe” a favor del enriquecimiento del Estado Nacional en desmedro de la sociedad municipal; y, en segundo término, es evidente que la recurrente debe emplear las sumas objeto de reclamo, inexorablemente, en beneficio de la propia comunidad local, destinataria directa del servicio público, es decir tomando en consideración la peculiar naturaleza de la entidad coactora, se estaría frente a un sujeto en el cual el empobrecimiento cabe razonablemente inferirlo por el solo hecho del pago (Voto del juez Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Corresponde enfatizar que el organismo recaudador nacional debe orientar su proceder con extrema prudencia, compatibilizando sus posturas tributarias con la finalidad pública que anima la actividad desarrollada por el ente descentralizado actor -Obras Sanitarias de Mar del Plata S.E.-, en tanto no puede pasarse por alto que el citado ente está llamada a satisfacer intereses comunitarios, de manera que la pauta para apreciar su conducta no debe ser necesariamente la misma que si se tratara de intereses particulares (Voto del juez Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución Nacional reconoce a los municipios el carácter de sujetos inexorables del régimen federal argentino (artículos 5° y 123); y establece para todos ellos el status jurídico de la autonomía, derivando a cada provincia la especificación del contenido y sus alcances en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (Voto del juez Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Los municipios -al igual que sucede con los restantes estados del régimen federal argentino- se valen de diversos medios organizativos e instrumentales para cumplir con su cometido que es atender las necesidades más concretas, inmediatas e indispensables de las comunidades locales (Voto del juez Rosatti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A mi modo de ver, las cuestiones que se plantean en el *sub lite* son sustancialmente análogas a las ya examinadas y resueltas por el Tribunal en su sentencia del 30 de octubre de 2012 *in re* M.282, L.XLVI, “*Municipalidad de Monte Cristo c/ DGI*”, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razones de brevedad en lo que resulte pertinente.

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 5 de febrero de 2019. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “*Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP s/ cobro de pesos*”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los términos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo allí dictaminado, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)- CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que, en noviembre de 2002, el Municipio de General Pueyrredón (Provincia de Buenos Aires) y Obras Sanitarias de Mar del Plata S.E. (OSSE), promovieron demanda contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), en la que solicitaron la devolución del impuesto al valor agregado (IVA) ingresado durante los años 1995 a 2001 inclusive (fs. 60/91).

Argumentaron que las sumas cuya restitución persiguen se originaron de tres modos:

i) Por pagos directos realizados al fisco nacional en función de saldos de las declaraciones juradas;

ii) Por retenciones practicadas por terceros (computadas en las declaraciones juradas); y

iii) Por vía de percepciones incluidas en las facturas de los proveedores, también consideradas como pagos directos (fs. 61/61 vta.).

En lo sustancial, tras reseñar los antecedentes del caso, puntualizaron que -a los fines de esclarecer la situación de OSSE frente al IVA- se realizó una consulta vinculante a la AFIP, de la que obtuvieron respuesta mediante nota 141/02 (de fecha 17 de enero de 2002); en ella el organismo recaudador sostuvo que el Municipio de General Pueyrredón -a través de la sociedad del Estado- brindaba un servicio público por el cual percibía una tasa, de manera que no existía base

legal para aplicar el tributo mencionado (fs. 69/69 vta.; vale señalar que a fs. 230 de las actuaciones administrativas 254784/2001 obra copia de dicha nota).

2º) Que, a fs. 395/401, el juez de primera instancia -al admitir la defensa de falta de legitimación activa deducida por la AFIP- rechazó la demanda porque “...la *traslación del impuesto* [impedía] *al reclamante* *peticionar por su devolución, salvo que* [acreditase] *en la causa un quebranto en el contribuyente de derecho, lo que no* [había] *caecido en estos actuados...*” (fs. 400).

Apelada la sentencia por los actores, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó lo resuelto en la anterior instancia (fs. 503/515).

Para hacerlo, en primer lugar, sostuvo que no era de aplicación al caso la doctrina de las causas “Municipalidad de Monte Cristo” (Fallos: 335:2117) y “Fundación Emprender” (Fallos: 336:220), pues “... [resultaba] *indudable que la acción de repetición de impuestos -institución propia del derecho tributario- tiene su fundamento y origen en el principio de que ‘nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro’, regla ética de proyección patrimonial que no sólo alcanza a los particulares sino también al Estado...*” (fs. 510/510 vta.).

Asimismo, consideró que si bien la actividad de la parte actora no era de naturaleza comercial y que se trataba de un ente municipal sin fines de lucro destinado a satisfacer las necesidades de la comunidad, ello no ameritaba dejar de lado la teoría del enriquecimiento sin causa (fs. 510 vta./511).

Sobre tales bases, señaló que en el supuesto de hacer lugar a la demanda de repetición se produciría un enriquecimiento injustificado en cabeza del contribuyente de derecho (OSSE), toda vez que no se encontraba controvertido que el impuesto ingresado a la AFIP por la provisión del servicio de agua había sido soportado por los usuarios, o sea, los contribuyentes de hecho.

De este modo, dijo: “...*si el pago del contribuyente de hecho (usuario del servicio) benefició en cierta medida a OSSE (quien trasladó el impuesto y lo recuperó), el acto realizado es válido justamente por-*

que lo benefició en su patrimonio, es decir le representó una utilidad que estuvo dada por el recupero por parte de aquél de la gabela pagada al Fisco, en tal sentido, no sería susceptible de repetición respecto de [e]ste último..." (fs. 511 vta.).

3°) Que contra dicho pronunciamiento OSSE interpuso recurso extraordinario a fs. 517/536 vta., que fue correctamente concedido por la cámara con los alcances que da cuenta la resolución de fs. 562/565 vta.

4°) Que la apelante se agravia porque la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata se apartó de la doctrina de la Corte en la citada causa "Municipalidad de Monte Cristo".

En particular, argumenta que el fundamento de este Tribunal para hacer lugar a la acción de repetición en la causa antes mencionada, consistió en que cuando se trata de un municipio la totalidad de sus recursos se encuentran destinados a la atención de las necesidades de la población; de ahí que resulte improcedente sostener un supuesto de enriquecimiento (fs. 529 vta.).

Puntualiza que con la demanda de repetición OSSE no pretende cobrar dos veces lo pagado puesto que su objetivo ha sido siempre *"...que la AFIP restituya el impuesto indebidamente percibido, en la convicción de considerar ser la más idónea para generar un mecanismo de devolución hacia el usuario contribuyente de hecho"*. Y agregó: *"[a]sí lo entendió la Corte Suprema de Justicia al reconocer legitimación y consecuente repetición a la Municipalidad de Monte Cristo con fundamento en que, por su condición de ente municipal, bien puede devolver a los vecinos lo pagado en su oportunidad mediante el gasto público"* (fs. 532 vta.).

5°) Que al contestar el traslado del recurso extraordinario (fs. 537 y 538/552), la AFIP, en síntesis, expresa que: *i) a diferencia con lo resuelto por la Corte en "Municipalidad de Monte Cristo", su mandante no ha reconocido la exención al IVA por el precio abonado en concepto de servicios sanitarios y cloacales; ii) la consulta vinculante que formuló la actora "...ha sido objeto de discusión en Primera Instancia; [n]o obstante ello si el pago del IVA ha sido indebido, ello no habilita a repetirlo al sujeto que no ha soportado el pago..."* (fs. 545, ver también fs. 549); *iii) devolver el IVA a OSSE "...implica que no se los reintegre a los usuarios, sino que lo utilizaría para obras, sin que se fiscalice*

el destino que se le adjudicarían a los fondos...” (fs. 546 vta.); y *iv*) un pronunciamiento adverso tendría consecuencias patrimoniales negativas para su parte.

6°) Que el asunto sobre el que está llamada a pronunciarse esta Corte consiste en establecer si la recurrente -Obras Sanitarias de Mar del Plata Sociedad del Estado- debe acreditar su empobrecimiento como presupuesto a los fines de acceder a la devolución de las sumas ingresadas a la AFIP por IVA.

De este modo, ante esta instancia, no son objeto de controversia los pagos efectuados por la coactora en concepto de IVA (fs. 510 vta.); tampoco resulta pertinente para dirimir la contienda examinar el texto del artículo 81 de la ley 11.683 en su redacción según la ley 25.795, publicada en el Boletín Oficial de fecha 17 de noviembre de 2003 (cf. Fallos: 335:2117, considerando 9°).

En definitiva, la resolución del pleito exige analizar dos temas: i) en primer lugar, cuál es la naturaleza jurídica de la coactora OSSE; y ii) en segundo término, determinar si corresponde exigirle que acredite su empobrecimiento o, dicho en otras palabras, que la devolución de lo reclamado no constituye un enriquecimiento sin causa.

7°) Que, con relación al primer punto propuesto, cabe señalar inicialmente que la Constitución Nacional reconoce a los municipios el carácter de sujetos inexorables del régimen federal argentino (artículos 5° y 123); y establece para todos ellos el status jurídico de la autonomía, derivando a cada provincia la especificación del contenido y sus alcances en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (arg. doct. Fallos: 343:1389).

Los municipios -al igual que sucede con los restantes estados del régimen federal argentino- se valen de diversos medios organizativos e instrumentales para cumplir con su cometido que es atender las necesidades más concretas, inmediatas e indispensables de las comunidades locales. En lo que al caso importa, a través de la ordenanza 7445 (cuya copia se encuentra agregada a fs. 223/226 vta.), el Municipio de General Pueyrredón instituyó a Obras Sanitarias de Mar del Plata bajo el régimen de las sociedades del Estado -leyes 20.705 y 19.550-, siendo su único accionista el propio municipio (artículo 1°, fs. 223).

Dicho ente descentralizado tiene a su cargo “...la prestación, administración, explotación, mantenimiento, control, ampliación, renovación, construcción, estudios, investigación y aplicación de nuevas tecnologías de los servicios de provisión de agua potable, desagües domiciliarios, cloacales, industriales y/o de cualquier otro carácter y en general de saneamiento básico en el Partido de General Pueyrredón, así como la explotación, captación y utilización de las aguas destinadas a tal fin...” (artículo 2º, fs. 223).

El artículo 8º, por su parte, dispone que la sociedad en cuestión ejerce “...por delegación...”, “...aquellas funciones de policía sanitaria necesarias para el mejor cumplimiento del servicio a su cargo...” (fs. 224).

El capital de la sociedad se integra, fundamentalmente, con el patrimonio que le transfirió el municipio y con las partidas presupuestarias asignadas (artículos 3º y 4º, fs. 223 vta.). Asimismo “[p]or intermedio del Departamento Ejecutivo, la Sociedad [somete] al tratamiento y decisión del Honorable Concejo Deliberante su plan de Acción y su Presupuesto General de Erogaciones y Cálculo de Recursos...” (artículo 13, fs. 225).

Finalmente, en sintonía con lo dispuesto en el art. 5º de la ley 20.705, la sociedad no puede ser declarada en quiebra y su liquidación solo puede ser resuelta por la Asamblea, que -en definitiva- es el propio municipio (ordenanza 7446, agregada a fs. 227/232, artículos 15 y 20).

Se concluye que OSSE es una organización que -si bien posee individualidad jurídica y funcional distinta al municipio- procura atender una necesidad pública de vital importancia como es el acceso al agua y los servicios sanitarios de la población del Municipio de General Pueyrredón.

8º) Que sobre la base de lo expuesto, corresponde dar respuesta al segundo tema planteado; esto es, si frente a la peculiar fisonomía jurídica de la peticionaria se debería exigir que compruebe su empobrecimiento como recaudo para la procedencia de la devolución de las sumas que habrían sido incorrectamente ingresadas a la AFIP en concepto de IVA.

Para dilucidar el asunto vale tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial en la que se basa la decisión de la anterior instancia, requiere que quien solicita la repetición de un impuesto indirecto compruebe su empobrecimiento por la imposibilidad de trasladarlo. Esa jurisprudencia tiene su origen en la teoría del enriquecimiento sin causa y se apoya -según lo dijo esta Corte- “...en una clara regla *ético jurídica*...”, pues si en realidad el impuesto no fue soportado por quien pretende repetir, este estaría percibiendo dos veces el mismo concepto por dos vías distintas, extremo que se entendió contrario a la buena fe (Fallos: 287:79).

9º) Que resulta evidente la inaplicabilidad de la línea jurisprudencial reseñada en el considerando anterior al caso que nos ocupa.

En rigor, tal como sostuvo este Tribunal en Fallos: 335:2117, el patrimonio de la coactora, OSSE, está destinado en forma íntegra a la satisfacción de necesidades esenciales de la comunidad del Municipio de General Pueyrredón; y es en el cumplimiento de dichos cometidos públicos en los que esa sociedad estatal encuentra la razón de su existencia.

Al ser ello así, carece de sustento exigir en esta causa la acreditación del empobrecimiento del contribuyente, por cuanto -en primer lugar- no cabe invocar un principio “ético” o la “buena fe” a favor del enriquecimiento del Estado Nacional en desmedro de la sociedad municipal; y, en segundo término, es evidente que la aquí recurrente debe emplear las sumas objeto de reclamo, inexorablemente, en beneficio de la propia comunidad local, destinataria directa del servicio público.

En tal sentido, tomando en consideración la peculiar naturaleza de la entidad coactora, se estaría frente a un sujeto en el cual el empobrecimiento cabe razonablemente inferirlo por el solo hecho del pago (arg. doct. de Fallos: 294:20, considerando 4º; cit. Fallos: 335:2117).

10) Que, en resumen, no cabe sostener en este pleito la eventual existencia de un enriquecimiento en la actora. La propia naturaleza jurídica del ente en cuestión y la finalidad pública a la que se encuentra subordinado su quehacer, descartan dicho extremo y tornan carente de sustento acudir a construcciones jurisprudenciales ideadas para otros escenarios jurídicos, manifiestamente disímiles e incompatibles con el que nos ocupa.

Es que la organización societaria -de la que se sirve el municipio para prestar el servicio público mencionado- únicamente puede dar a las sumas objeto de litigio un solo destino, a saber: el de satisfacer el interés de la comunidad local, beneficiaria del servicio público que gestiona OSSE.

11) Que para concluir, corresponde enfatizar que el organismo recaudador nacional, en este tipo de supuestos, debe orientar su proceder con extrema prudencia, compatibilizando sus potestades tributarias con la finalidad pública que anima la actividad desarrollada por el ente descentralizado actor. Así, no puede pasarse por alto que OSSE está llamada a satisfacer intereses comunitarios, de manera que la pauta para apreciar su conducta no debe ser necesariamente la misma que si se tratara de intereses particulares (arg. doctrina “Consortio de Empresas Mendocinas Potrerillos SA” -Fallos: 340:1513-).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Obras Sanitarias Mar del Plata S.E.**, representada por la **Dra. Raquel Leonarda Pioletti**.

Traslado contestado por la **AFIP - DGI**, representada por la **Dra. Liliana Raquel Núñez**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Mar del Plata**.

PAOLI, GASTÓN ALEJANDRO s/ INCIDENTE DE INCOMPETENCIA

COMPETENCIA

Toda vez que el juzgamiento del delito previsto en el artículo 205 del Código Penal no se haya atribuido a la justicia federal en las diver-

sas normas que determinan la competencia del fuero de excepción (artículo 3° de la ley 48, artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación y artículo 11 de la ley 27.146, de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal), en tales condiciones, según lo establece el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, se encuentra a cargo de las autoridades locales conocer, como principio, de los hechos que en esta materia cayeron bajo sus respectivas jurisdicciones.

COMPETENCIA FEDERAL

La lectura de los artículos 121, 116 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional indica que el diseño institucional en materia jurisdiccional se erige sobre el principio de que la competencia federal se encuentra acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal, de ahí que, desde su instalación, es inveterada la jurisprudencia de la Corte que sostiene que la competencia de los tribunales federales es restrictiva.

COMPETENCIA LOCAL

Constituye deber indeclinable de la Corte el salvaguardar la jurisdicción provincial de aquellas restricciones indebidas, impidiendo que se desnaturalice la jurisdicción del juez federal por convertirlo en un magistrado del “fuero común” y el asegurar que la justicia estadual cumpla la misión que le es propia.

COMPETENCIA FEDERAL

La atribución de competencia a la jurisdicción federal ha sido establecida por ley, esta será tenida por válida siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en las presentes actuaciones se verifica un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de Garantías de Chajarí, Provincia de Entre Ríos, y el Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de Concepción del Uruguay, que corresponde que dirima esta Corte Suprema en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/1958.

2°) Que en el marco de esta causa se investiga lo ocurrido en horas de la madrugada del día 18 de abril de 2020, cuando la policía local de la Provincia de Entre Ríos (Jurisdicción Federación), procedió a detener a Gastón Alejandro Paoli, quien se hallaba supuestamente circulando por la vía pública sin tener el correspondiente permiso habilitante, en infracción a las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio instrumentadas en el decreto 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, prorrogado mediante el decreto 325/2020.

Concretamente, en el expediente se le imputó al señor Paoli la presunta comisión del delito normado en el artículo 205 del Código Penal de la Nación.

3°) Que, corrida la pertinente vista a la Procuración General de la Nación, el señor Procurador General de la Nación interino dictaminó en las actuaciones.

Allí, en primer lugar, manifestó que al momento de dictarse el decreto 297/2020, ese Ministerio Público Fiscal entendió que los agentes fiscales pertenecientes a dicha órbita debían intervenir en los casos que llegaran a su conocimiento por infracción al artículo 205 del Código Penal, relacionados con las normas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, aunque aclarando que la observancia de tal criterio no importaba cuestionar la continuación en el fuero local de las causas ya iniciadas ante los jueces de provincia.

Sin embargo, admitió luego que con el transcurso del tiempo cada una de las distintas jurisdicciones, dentro del marco de su pro-

pia autonomía y en ejercicio de sus poderes originarios en materia de salud pública, según el prudente margen de apreciación que las normas nacionales permiten a cada una de ellas, han dictado reglas y establecido protocolos y estrategias para controlar el cumplimiento de las medidas de prevención, de acuerdo a la evolución de su propia situación sanitaria y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 10 del ya citado decreto, donde se reconocen sus facultades concurrentes en la materia.

Concluyó, en el concreto escenario normativo descripto, que las autoridades locales deben entender respecto de los hechos de esta naturaleza ocurridos en sus jurisdicciones.

4°) Que este Tribunal ha señalado, en el precedente registrado en Fallos: 342:667, que la lectura de los artículos 121, 116 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional indica que el diseño institucional en materia jurisdiccional se erige sobre el principio de que la competencia federal se encuentra acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal. De ahí que, desde su instalación, es inveterada la jurisprudencia de la Corte que sostiene que la competencia de los tribunales federales es restrictiva (Fallos: 1:170; 327:3886; 328:1810; Competencia FCB 8630/2014/CS1 “Viale, Claudio Horacio s/ pedido de inhibitoria en autos SAC 230928 Barbero, José Luis y otros - estafa procesal y otro s/ estafa procesal, asociación ilícita y falsedad ideológica”, sentencia del 11 de agosto de 2015, entre muchos otros).

5°) Que, en tal inteligencia, cabe recordar también que sobre la base de la literalidad del referido texto constitucional, esta Corte ha sostenido desde antaño que constituye su deber indeclinable el salvaguardar la jurisdicción provincial de aquellas restricciones indebidas, el impedir que se desnaturalice la jurisdicción del juez federal por convertirlo en un magistrado del “fuero común” y el asegurar que la justicia estadual cumpla la misión que le es propia (Fallos: 113:263; 117:146; 248:781; 271:206; 300:1159; entre muchos otros).

En efecto, en línea con esos principios se ha remarcado incluso que, cuando la atribución de competencia a la jurisdicción federal ha sido establecida por ley, esta será tomada por válida “siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos”.

mos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad” (“Castillo”, Fallos: 327:3610 y sus citas).

6°) Que, bajo dicha comprensión analítica, el juzgamiento del delito previsto en el artículo 205 del Código Penal no se haya atribuido a la justicia federal en las diversas normas que determinan la competencia del fuero de excepción (artículo 3° de la ley 48, artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación y artículo 11 de la ley 27.146, de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal).

En tales condiciones, según lo establece el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, se encuentra a cargo de las autoridades locales conocer, como principio, de los hechos que en esta materia cayeron bajo sus respectivas jurisdicciones.

7°) Que, de conformidad con lo expresado y en ausencia de alguna otra circunstancia que en el actual estado del proceso haga surtir la jurisdicción federal, de naturaleza excepcional y restrictiva (Fallos: 342:667 y sus citas), corresponde que sea la justicia local de la Provincia de Entre Ríos la que investigue el hecho por el cual se trabó la presente contienda negativa de competencia, sin perjuicio de lo que resulte de la investigación posterior (Fallos: 329:2358; 331:1231 y 1674, entre otros).

Por ello, en sentido concorde con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que deberá conocer en las actuaciones el Juzgado de Garantías de Chajarí, Provincia de Entre Ríos, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de Concepción del Uruguay.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

ASOCIACIÓN CIVIL POR LA JUSTICIA AMBIENTAL Y OTROS C/
ENTRE RÍOS, PROVINCIA DE Y OTROS S/ AMPARO AMBIENTAL

ACCION DE AMPARO

Corresponde afirmar que las pretensiones son conexas, y que entre unas y otras existe una relación de continencia que determina la acumulación de los expedientes en los términos de los artículos 4° de la ley 16.986 y 188 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que los procesos de amparo colectivo ambiental iniciados, tienen el mismo objeto (cese de las quemadas de pastizales y recomposición del daño ambiental) y la misma causa de pedir (afectación de los habitantes de la ciudad de Rosario y degradación del medio ambiente).

ACUMULACION DE PROCESOS

La acumulación de procesos se justifica si existe necesidad de conjurar el riesgo de decisiones contradictorias y el consiguiente escándalo jurídico que originaría el tratamiento autónomo de pretensiones que se encuentran vinculadas por el objeto y la causa, situación que es la que se presenta en la causa frente a la certeza de que la decisión final que se adopte en cualquiera de los expedientes, tendrá efecto de cosa juzgada en las otras causas, en virtud de la íntima conexidad existente entre las cuestiones sometidas a decisión de la Corte.

ACUMULACION DE PROCESOS

No obsta a la acumulación de procesos de amparo ambiental ordenada, la disposición contenida en el 2do párrafo del artículo 30 de la Ley 25.675 General del Ambiente, pues la jurisdicción originaria de la Corte Suprema prevista en la Constitución Nacional se halla fuera de su alcance, en razón de que no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna, en tanto a la Corte no se le puede 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 aquella, guardián último de las garantías superiores de las personas y participe en el sistema republicano de gobierno.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada, restringida mediante normas legales, por limitaciones de orden procesal, ni de otra naturaleza.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que las niñas Ú. W., F. B., G. V. M., y los niños A. F. A. y Á. W. -vecinos de la ciudad de Rosario, representados por sus respectivas/os madres o padres-, la Asociación Foro Ecologista de Paraná -personería inscripta otorgada por la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Entre Ríos, bajo el registro 3228- representada por su presidente -Lucía Ibarra Bouzada-, todos ellos con el patrocinio de la doctora María Aldana Sassia, y la Asociación Civil por la Justicia Ambiental, personería jurídica otorgada por la Inspección General de Justicia (IGJ), por resolución 1509/2016, representada por su presidenta María Marta Fernández Benetti, con el patrocinio del doctor Jonatan Baldivezo, promovieron por vía digital, una acción de amparo ambiental colectivo.

Dirigen la acción contra la Provincia de Entre Ríos y el Municipio de Victoria “por las omisiones e incumplimientos en relación al deber de preservar la integridad de los humedales del Delta del Paraná”, que se evidencian en los más de tres mil focos ígneos producidos a raíz de la quema indiscriminada de pastizales, y contra la Provincia de Santa Fe y la Provincia de Buenos Aires “en virtud del Principio de Cooperación en relación al tratamiento conjunto de la mitigación y emergencias ambientales de efectos transfronterizos”.

2º) Que precisan que si bien promueven la acción a raíz de las quemas e incendios ruinosos que hubo en los últimos seis meses en las Islas de Victoria, no puede escindir-se este evento del resto de las amenazas que acechan al Delta del Paraná, el que merece una protec-

ción totalizante. Sin perjuicio de ello, expresan que en esta acción se evidencia la omisión de la Provincia de Entre Ríos, por ser la extensión del Delta bajo su jurisdicción, la de mayor afectación por la carencia de medidas para la evitación del daño de las quemas mencionadas.

Tras exponer minuciosamente los antecedentes del conflicto, explican que las autoridades competentes, a sabiendas de que cada año se suceden las quemas y proliferaciones de focos ígneos -muchas veces en áreas naturales protegidas-, estando en vigencia el programa PIECAS desde el año 2008, teniendo conocimiento de alertas constantes de incendios por denuncias de vecinos y de organizaciones no gubernamentales, y pese a toda la normativa de protección ambiental vigente, perpetuaron una gestión gubernamental ausente, omisa y obsecuente con la destrucción aberrante del Delta del Paraná.

Que en consecuencia, demandan al Estado provincial por haber violado el legado de confianza depositado, que tiene que ver con la confianza que los ciudadanos le entregaron a la autoridad gubernamental para que tome decisiones acordes a las expectativas mínimamente esperadas o asumidas.

Solicitan al Tribunal que:

1) Declare sujeto de derecho al “Delta del Paraná”, ecosistema esencial para la mitigación y adaptación al cambio climático, en la totalidad de su superficie que alcanza a los 22.587 km², que abarca territorio de las Provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe.

2) Ordene a las provincias demandadas, con la participación del Gobierno Nacional, la elaboración e implementación de un Ordenamiento Territorial Ambiental y un Plan de regulación de los usos del suelo en el territorio insular, como correlato de la declaración de este ecosistema “en riesgo ante el cambio climático” y de la necesidad de su protección para nuestras generaciones presentes y futuras, de manera coordinada por las autoridades de la región, que compartan este valioso ecosistema que no reconoce límites políticos.

3) Designe, bajo la órbita del Estado Nacional, la figura de un “guardián” del sujeto Delta del Paraná, a fin de controlar la conser-

vación y uso sustentable del humedal en su integridad, el que deberá designarse con la previa conformación de un pacto intergeneracional con cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias.

4) Disponga la urgente participación ciudadana en la toma de decisiones a futuro, que garantice en los términos del Acuerdo de Escazú la participación amplia y efectiva desde las instancias iniciales de los procesos de toma de decisión, dando especial participación a las asambleas y organizaciones que vienen siendo acérrimos defensores del Delta del Paraná, desde largo tiempo, con notorios conocimientos empíricos y científicos de la temática.

3º) Que los actores se presentan en el carácter de afectados, y fundan su legitimación en el artículo 43 de la Constitución Nacional, el artículo 30 de la ley 25.675, y en el caso de las organizaciones sociales, en lo previsto en sus respectivos estatutos.

Afirman que “el derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho colectivo, por lo tanto, la legitimación de las niñas y niños presentados en estas actuaciones no debería significar mayores complicaciones, ellos como cualquier otro afectado podrían presentarse, puesto que son damnificados. Máxime si tenemos en cuenta que son estos niños los que se presentan a solicitar la mayor protección para este Sujeto Delta del Paraná fundados en la necesidad de la mayor protección que merecen los humedales, ya que los mismos son un gran sistema de captura de carbono, tienen capacidad de retención y regulación del agua, jugando un rol relevante en la mitigación y adaptación al cambio climático”.

Entienden que los niños y niñas que promueven la acción, sufren el impacto ocasionado sobre el ambiente, la alteración de su integridad física y en algunos casos daños sobre su salud, y que son ellos quienes “...en la mayor parte de su vida deberán tolerar las consecuencias de las decisiones no tomadas en el presente en las que hoy no pueden participar ni influir” (pto. 3 de la demanda). Citan en ese sentido, la Declaración de Río de Janeiro 1992, principio 3, y la Convención Marco de Cambio Climático, artículo 3, que se refieren a la equidad intergeneracional.

Más adelante, señalan el principio 10 de la Declaración de Río 1992, en cuanto expresa que “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda”.

4º) Que sostienen que “estamos ante un claro planteamiento de amenaza de derechos fundamentales como consecuencia de la crisis socio-ambiental generada en el Delta del Paraná, evidenciada hoy por el avance catastrófico de los focos ígneos principalmente en las islas de la ciudad de Victoria”.

Expresan que con el daño al ecosistema del Delta del Paraná se afecta la garantía de gozar de un ambiente sano de las generaciones futuras, por la función ecosistémica que cumple el humedal y, fundamentalmente, por el rol que el mismo desempeña en la adaptabilidad de la región al cambio climático.

5º) Que demandan por la aplicación del principio de equidad intergeneracional y el principio de solidaridad.

Plantean que, “las generaciones futuras son un sujeto de derecho colectivo, inexistentes actualmente, pero sujetos transtemporal y transespacialmente representados. Son titulares de derechos, son acreedores de las generaciones presentes, quienes, en virtud del principio de equidad intergeneracional, art. 4 ley 25.675, deben transmitirle un volumen patrimonial de bienes equivalente al que recibieron”.

6º) Que atento la trascendencia de este caso, que en su opinión debe considerarse como un “litigio climático”, solicitan se modifique el nombre de la carátula de la causa y que en la misma consten los mismos niñas y niños, los que acuden en defensa de sus propias prerrogativas e intereses y no en representación de un tercero.

Expresan que están legitimados para actuar en causa propia, toda vez que solicitan el amparo de sus derechos a gozar de un ambiente sano, vida y salud.

7º) Que sostienen que la vía elegida (amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional y del artículo 32 de la Ley General del Ambiente) es el sendero idóneo en procura de la protección del medio ambiente.

te dañado y su derivación en derechos humanos fundamentales como la vida, la salud y la integridad física.

Afirman que la cuestión planteada debe quedar radicada en la jurisdicción originaria de la Corte.

8º) Que solicitan se declare sujeto de derecho al organismo vivo Delta del Paraná, por la necesidad urgente de salvaguarda y no solamente por la subsistencia del ser humano, ya que alberga una enorme biodiversidad, con una gran riqueza de especies (algunas de ellas amenazadas), que presentan diferentes adaptaciones a las variaciones del régimen hidrológico. Asimismo, destacan en términos de vegetación, la existencia de 20 comunidades, integradas por no menos de 58 especies dominantes. Por último, en relación a la fauna silvestre, se estima para el Delta Superior y Medio, 200 aves, 36 mamíferos, 29 reptiles y 141 peces.

Resaltan el “reconocimiento que posee la naturaleza en el bloque internacional de protección”, con referencia a la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas, resolución 37/7 del 28 de octubre de 1982, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de la ONU 1992, Preámbulo, que reconoce el valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, de la Convención RAMSAR ley 23.919 que en su Preámbulo reconoce la interdependencia del hombre y de su medio ambiente, la Convención CITES 1973, ley 22.344, que reconoce a la fauna como un elemento irremplazable de los sistemas naturales.

Mencionan antecedentes en el derecho comparado, en especial de la Constitución Política de Ecuador 2008; la Ley 71 sobre derechos de la Madre Tierra, del Estado de Bolivia. La ley de marzo de 2017, de Nueva Zelanda que otorgó personalidad jurídica al Río Whanganui. De la jurisprudencia ambiental, de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-622, reconoció al río Atrato como sujeto del derecho, sentencia STC3872-2020, del 18 de junio de 2020. El fallo de la Corte Provincial de Justicia de Loja, Ecuador, en sentencia del 30 de marzo de 2011, que reconoció derechos al río Vilcabamba, por alteración de su cauce. La decisión judicial de 2017 del Tribunal del Estado de Uttarkhand del norte de India, que reconoció como entidades legales y vivientes que tienen personería legal, los ríos Ganges y Yamuna. Finalmente, citan la encíclica Laudato Si, en la que el Papa Francisco, habla de nuestra hermana la madre tierra, equiparándola a un miembro de nuestra familia.

9°) Que ponen de resalto las omisiones del Gobierno de Entre Ríos, como las del Municipio de Victoria, en violación a los artículos 41 de la Constitución Nacional y 22 y 83 de la Constitución provincial, que no garantizaron la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, prevención, utilización racional, de equidad intergeneracional, progresividad y responsabilidad, como tampoco tuvieron en cuenta que la provincia tiene a su cargo la gestión y uso sustentable de las cuencas hídricas y los sistemas de humedales (artículo 85, Constitución provincial); por ser además, garante de la protección de las islas del Departamento Victoria, y la consecuente violación de los derechos a la salud, a la vida, a la integridad física de los ciudadanos, de la región del Delta y de Rosario.

Destacan que por ordenanza municipal 2185/03, según ley 8967 de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia de Entre Ríos, 376.000 hectáreas de estas islas fueron especialmente protegidas y poseen la categoría de reserva de usos múltiples pero que no se han “acreditado gestiones y acciones asertivas por parte de las autoridades para controlar los niveles de deforestación, quemas, sobreexplotación, rellenos y terraplenados que degradan día a día nuestro ecosistema”.

10) Que invocan la ley 26.562 de Quemadas, en especial los artículos 4° y 5°; la ley 9868 de Manejo y Prevención del Fuego en áreas rurales y forestales, en especial el artículo 7°, inciso b, que ordena elaborar un mapa de información del uso actual de la tierra, a fin de zonificar las áreas de riesgo potencial de incendios.

Denuncian que las resoluciones de la Secretaría de Ambiente de la provincia (res. 577/15, 3/16, 185/17, 62/18, 139/18, 441/18, 532/19) solo se limitaron a “la prohibición estacional en épocas de verano”, en protección de las plantaciones forestales –sin que se mencione el monte nativo-, que “evidentemente no fue acompañada con un poder de policía acorde y un activismo de denuncias contra los propietarios de los fundos que provocan las quemadas”. De la misma manera, cuestiona el informe estadístico de 2013 sobre autorizaciones de quema, porque “si se observa” el mapa, vemos que las escasas solicitudes son en tierras altas correspondientes a los departamentos sobre la costa del Uruguay (Concordia y Colón). Pero paradójicamente, las infracciones por proliferación de quemadas irregulares, las encabeza el Departamento de Victoria.

11) Que destacan la omisión del Estado entrerriano en dar cumplimiento a la ley 26.331 de Bosques Nativos, porque de conformidad con el Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos de la Provincia de Entre Ríos 10.284, que arrojó 1.861.328 hectáreas de Monte Nativo entrerriano, el área de la región Delta está caracterizada con el color rojo de categoría I, clasificación que lo ubica como monte de gran valor de conservación, que no debe transformarse por su valor biológico, para protección de cuencas y que ameritan su conservación a perpetuidad.

Dicen que abundan las ausencias y negligencias del Gobierno provincial, que acreditan la mala gestión: una de ellas es la ausencia de información pública, “como por ejemplo sucedió cuando Nación quiso intervenir días atrás sobre los incendios, y no pudieron las provincias informar los titulares de los predios en llamas”. Amplían, señalando que “hay una omisión crucial en la no conformación de la Comisión Provincial de Monte Nativo (art. 6 de la Ley), tampoco está acreditada la implementación del programa de ordenamiento territorial de bosque nativo previsto en el art. 17”.

12) Que señalan que el artículo 25 de la ley provincial prohíbe específicamente la realización de la quema de pastizales en zonas de monte nativo y en el artículo 26 se anexa otro requisito que es la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) para cualquier intento de modificación del uso del suelo. En el artículo 34 está expresamente prevista la remediación ambiental. Se quejan además de la sorpresiva finalización del Segundo Inventario de Bosque Nativo, el 30 de junio de 2020.

Advierte como una irregularidad, que pasados trece años de la vigencia de la ley 9757/07, que regula los comités de cuenca y consorcios de agua, no hayan sido determinados, ni convocados por el CORUFA Autoridad de Aplicación de gestión conforme la ley 9172.

13) Que indican una serie de antecedentes previos a la “catástrofe actual”, que arrancan el 18 de febrero de 2020, con una reunión del intendente de Rosario con su par municipal de Victoria, por el avance indiscriminado del fuego que se repite cada año, y el 3 de marzo de 2020, fecha en la que el intendente de Rosario, denuncia por ante la Fiscalía Federal de Victoria, la presencia de focos ígneos en la zona de islas del Alto Delta del Paraná.

Pasan revista luego de los antecedentes de los extensos incendios de pajonales que llegaron a comprometer más de 170.000 hectáreas del Delta del Paraná, en abril de 2008, entre ellos, que en diciembre de 2011, la Provincia de Entre Ríos, sanciona la “polémica” ley 10.092, que crea la S.A. Arroz del Delta Entrerriano, modificando los regímenes de uso del suelo en islas del Delta.

14) Que expresan que las islas del Delta entrerriano, se queman por la consolidación de la expansión ganadera, por la expulsión de la actividad del territorio provincial por la gran invasión del monocultivo de todas las extensiones de nuestros campos, lo que implicó el traslado de la ganadería a las islas, con la anuencia inaceptable de los gobiernos.

Que una de las grandes omisiones, afirman en la demanda, deviene de la ley 9603/2004, de arrendamientos de tierras fiscales del Delta entrerriano, que legitimó el proceso de ocupación en curso de los humedales, aunque por decisiones de la justicia local, derivó en un cambio del régimen legal, a partir del decreto 1186/2010, de las tierras fiscales, por las que se dan por finalizados los arrendamientos, se dispone adjudicar lotes del Departamento de Victoria, bajo la figura del “permiso de uso” y en carácter gratuito.

15) Que la situación de la quema de pastizales, expresan las demandantes, es “una práctica arraigada en los pobladores de las zonas isleñas y de zonas ganaderas de campos bajos”. Pero, “hace 20 años, estas quemas producían bajo impacto” debido a la menor escala que caracterizaba la actividad productiva de la “comunidad isleña y un tejido social enlazada a las mismas”: consistente en “ganadería de baja escala, apicultura y pesca”.

El crecimiento de la actividad agrícola a gran escala que provocó el desplazamiento de las actividades ganaderas “a gran escala” a terrenos bajos.

Denuncian que “durante los meses que llevan transcurridos en este año se registraron 3.000 focos de incendio, lo que implica aproximadamente 250 kilómetros cuadrados”. La quema de pastizales, con la consiguiente quema del monte nativo, expresa un desastre ambiental de innumerables consecuencias sobre el Delta del Paraná: a la emisión de gases de efecto invernadero, se suma la quema de biomasa proveniente de prácticas agrícolas, una fuente de liberación de dioxinas.

16) Que destacan que la ganadería intensiva es una fuente constante de amenaza para el cambio climático, por la emanación de gases de efecto invernadero que esta genera. El sector ganadero es responsable del 9% del CO₂ procedente de las actividades humanas. La mayor parte de este gas procede del estiércol. Por otra parte, es responsable del 37% de todo el metano producido por la actividad humana, que se origina en su mayor parte en el sistema digestivo de los rumiantes y del 64% del amoníaco, que contribuye de forma significativa a la lluvia ácida.

Por último, ponen de relevancia que la ganadería utiliza hoy en día el 30% de la superficie terrestre del planeta, que en su mayor parte son pastizales, pero que ocupa también el 33% de toda la superficie cultivable. La tala de bosques para crear pastos, es una de las principales causas de deforestación de América Latina.

17) Que señalan que en la Provincia de Entre Ríos existe la ley 10.284/2004, que comprende los humedales dentro del sistema provincial de áreas protegidas y establece que toda intervención en el bosque nativo requiere de un estudio de impacto ambiental previo (artículos 2° y 26).

Que las leyes 9092 y 9466 declaran al río Paraná y cursos de agua de la provincia de especial interés para su cuidado y conservación y aprovechamiento sostenible y declaran de interés provincial todo proyecto de recuperación o conservación en zonas aledañas a los ríos.

Por último, se refieren a la función ecológica de la propiedad de las Islas del Delta como fundamento de la modificación del uso del suelo, con fundamento en los artículos 17 y 28 de la Constitución Nacional, los artículos 10, 14, 240, 241 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Concluyen con esta afirmación: En el estado actual, ya no es suficiente limitar y gestionar, sino que estamos frente al gran desafío de poder RESTAURAR el ecosistema altamente degradado.

18) Que solicitan del Tribunal, como medida cautelar y con carácter urgente:

1) Disponga la creación de un Comité de Emergencia en cambio Climático Interjurisdiccional del Delta del Paraná, que tenga como

facultad la gestión y el monitoreo del área, con el necesario seguimiento de la Corte Suprema, hasta tanto se declare a todo el Humedal Delta del Paraná en riesgo por el cambio climático, considerándolo en su integridad como un ecosistema esencial para las posibilidades de adaptación al cambio climático por parte de las poblaciones que viven en toda la región.

2) Ordene la prohibición y suspensión de cualquier actividad de quema, desmonte, remoción de suelos, obras e intervención humana que altere el ecosistema del Delta del Paraná, para evitar en lo sucesivo la reiteración de daños ambientales y hasta tanto se determine un nuevo ordenamiento en el uso del suelo de la región, que salvaguarde el ecosistema.

3) Ordene la generación, en el perentorio plazo de 90 días, de la información catastral y dominial completa que detalle los titulares de los predios privados e individualice las parcelas públicas en el Delta del Paraná, especificando en todos los casos quiénes están en posesión de estas y qué tipo de actividades se están realizando. En el caso de parcelas públicas, se ordene la sistematización de los permisos de usos vigentes y el destino productivo de cada parcela.

Requieren que no se establezca contracautela y, para el caso que se entienda que resulta necesaria, solicita que se disponga una caución juratoria, pues -en su opinión- la imposición de otro tipo de caución implicaría una innecesaria restricción de su derecho de acceso a la justicia. En atención a la urgencia que pone de manifiesto, deja en el escrito de inicio prestada la caución juratoria.

19) Que solicitan en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 de la ley 25.675, se plasme la gratuidad en este proceso. Dice que “la imposibilidad de afrontar costos y costas nunca puede ser óbice para la efectiva protección de nuestro ambiente”, que se procura mediante un proceso que no involucra reclamos pecuniarios, sino que apela a la máxima protección de un ecosistema vital para la mitigación del cambio climático. Finalmente, invoca el artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor, que prevé el beneficio de la justicia gratuita y entien- de se inspira en principios similares (pto. 13 de la demanda).

20) Que ofrecen prueba documental, proponen prueba de informes, solicitan la convocatoria a una audiencia pública de carácter in-

formativo (acordada 30/2007), con la finalidad de que se escuche a las partes (principalmente a los niños), terceros interesados, expertos en diversidad y cambio climático, y ciudadanos en contacto directo con el humedal.

Formulan reserva de ocurrir ante los Tribunales Internacionales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Naciones Unidas, en cumplimiento y violación de derechos convencionales).

21) Que el 20 de julio de 2020, se presentan en este expediente, en carácter de terceros adherentes, la Asociación Conciencia Ecológica, representada por su Presidenta, un grupo de 8 personas que dicen ser miembros del movimiento de auto convocados “El Paraná No se Toca - EPNS”, de 24 personas que dicen pertenecer a la agrupación Auto Convocada Guardianes de Victoria, por lo que piden una urgente decisión judicial en materia cautelar “denuncia[n] hechos nuevos por parte de los actores iniciales”, porque sostienen que “la dañosidad de las quemas ha ampliado su margen de actuación y ya no es el único escenario el delta en la zona de Victoria, Entre Ríos, sino que hay incendios actuales en la zona de la capital entrerriana, Paraná, en la capital santafecina, ciudad de Santa Fe, en amplias zonas de la Provincia de Buenos Aires”.

22) Que el 14 de agosto de 2020, se presentan como terceros la Fundación Amigos de la Tierra, la Organización Unidos por la Vida y el Ambiente del partido de Ramallo, la Asociación Civil Soluciones Tecnológicas Sustentables de Rosario, la Asamblea de Vecinos de Villa La Ñata y Dique Luján por los Humedales, Grupo de Conservación Ambiental El Talar, y la Asociación Civil por la Justicia Ambiental (actora en estos autos), para presentarse como terceros adherentes, acompañan el informe técnico realizado por el doctor José Vesprini, “en el cual se evidencia la situación de padecimiento de este ecosistema y la necesidad de su urgente protección”.

Además denuncian un hecho nuevo: la inminente sanción de una ley en la Provincia de Entre Ríos, presentada bajo el proyecto 13.649, de regulación del uso de la tierra pública, que “en su art. 8 deja sin efecto todo permiso de uso y comodato existente sobre los mencionados terrenos”, que según los presentantes, sería un artilugio para desentenderse “de toda responsabilidad sobre los hechos denunciados”. Finalmente, solicitan “acumulación de procesos”, y que “se amplíe el

objeto de la cautelar dictada en relación al petitorio de la causa a la que nos presentamos”.

23) Que el 17 de septiembre de 2020, se presentan como terceros interesados, 25 personas, entre ellos dos adolescentes, habitantes de la ciudad de San Nicolás, “expresan que padecemos sistemáticamente al igual que el conjunto de la población, las consecuencias de las quemadas en las islas del Delta”, para formular adhesión a los términos del amparo en curso. Acompañan como pruebas notas periodísticas.

24) Que la Asociación Civil por la Justicia Ambiental, y la Asociación Foro Ecologista de Paraná, presentaron una denuncia de hechos nuevos, y reiteraron el pedido de la medida cautelar solicitada en la demanda, correspondientes a los incendios del 4 de julio de 2020, ocurrido en las islas entre Paraná y Santa Fe, del río Paraná, y del 6 de julio de 2020, en el que se volvieron a registrar focos ígneos en las islas entrerrianas frente a la ciudad de Rosario; asimismo denuncian que el 9 de julio de 2020, se visibilizaron nuevas quemadas de gran magnitud a la altura de la naciente del río Pavón, del departamento Victoria, frente a la localidad de Villa Constitución, Provincia de Santa Fe, y el domingo 12 de julio de 2020 en el que se registra un frente de fuego en las islas Villegas, punto sur de la intersección con el arroyo Timbocito, calculándose unas 400 hectáreas afectadas.

25) Que el 23 de septiembre de 2020, estas mismas entidades, acompañan copia de recortes periodísticos, con la pretensión de acreditar que los incendios en las islas no cesan y el humo vuelve a intoxicar el aire en Rosario, como asimismo de la lucha de los brigadistas por combatir el fuego, de la intervención con avión hidrante el 22 de septiembre de 2020, y que levantan un terraplén ilegal en el Delta.

Asimismo, reiteran el pedido de cautelar, al mismo tiempo que solicitan se ordene lo requerido al punto 3 de la medida cautelar, para que se genere en un plazo perentorio, información catastral completa, que detalle los titulares de los predios privados e individualice las parcelas públicas en el Delta del Paraná, con fundamento en el hecho que “mientras las organizaciones ambientales, ciudadanos, niños y niñas reclaman por distintos medios, los propietarios y empresas siguen su camino constante de la destrucción, sin que a la fecha se cuente con información catastral de los poseedores o titulares dominiales de todas estas tierras”.

Que el 19 de agosto de 2020, la Procuración General de la Nación produjo dictamen en favor de la competencia originaria de la Corte, por ser parte tres provincias en una causa de manifiesto contenido federal, pues se trata de un supuesto de problemas compartidos por más de una jurisdicción.

26) Que del análisis de esta causa y las caratuladas: CSJ 468/2020 “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”; FRO 11327/2020/CA1-CS1 “Peyrano, Marcos Lisandro c/ Provincia de Entre Ríos s/ amparo colectivo”; CSJ 487/2020 “Cesanelli, Valentín y otros c/ Entre Ríos, Provincia de s/ amparo ambiental”; CSJ 1578/2020 “Asociación Civil con Personería Jurídica Objetivos Rosario c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ amparo” y FRO 70952/2018/CS1 “Favario, Iván Leopoldo y otro c/ Provincia de Entre Ríos y otro s/ medidas preliminares”, se demuestra que las pretensiones son conexas, y que entre unas y otras existe una relación de continencia que determina su acumulación en los términos de los artículos 4° de la ley 16.986, 188 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, estos procesos de amparo colectivo ambiental, tienen el mismo objeto (cese de las quemadas de pastizales y recomposición del daño ambiental) y la misma causa de pedir (afectación de los habitantes de la ciudad de Rosario y degradación del medio ambiente).

27) Que la presente acción de amparo colectivo ambiental, reviste una singularidad, desde el punto de vista de la legitimación activa de obrar, en cuanto está iniciada por un grupo de niños y niñas de la ciudad de Rosario -representados por sus padres y madres- y la Asociación Civil por la Justicia Ambiental y la Asociación Foro Ecologista de Paraná, dos entidades ambientalistas de Entre Ríos.

Que la presente causa está dirigida contra la Provincia de Entre Ríos y el Municipio de Victoria y las Provincias de Santa Fe y Buenos Aires, las primeras, “por las omisiones e incumplimientos en relación al deber de preservar la integridad de los humedales del Delta del Paraná”, que se evidencian en los más de tres mil focos ígneos producidos a raíz de la quema indiscriminada de pastizales, y las últimas provincias, “en virtud del Principio de Cooperación en relación al tratamiento conjunto de mitigación y emergencias ambientales de efectos transfronterizos”.

28) Que dicho efecto acumulativo y tramitación por separado, para dictar finalmente una única sentencia, regirá para la presente causa y las causas CSJ 468/2020 “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”; FRO 11327/2020/CA1-CS1 “Peyrano, Marcos Lisandro c/ Provincia de Entre Ríos s/ amparo colectivo”; CSJ 487/2020 “Cesanelli, Valentín y otros c/ Entre Ríos, Provincia de s/ amparo ambiental”; CSJ 1578/2020 “Asociación Civil con Personería Jurídica Objetivos Rosario c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ amparo” y FRO 70952/2018/CS1 “Favario, Iván Leopoldo y otro c/ Provincia de Entre Ríos y otro s/ medidas preliminares”.

Que la acumulación de procesos se justifica en este caso, por la necesidad de conjurar el riesgo de decisiones contradictorias y el consiguiente escándalo jurídico que originaría el tratamiento autónomo de pretensiones que se encuentran vinculadas por el objeto y la causa, situación que es la que se presenta en el *sub lite* frente a la certeza de que la decisión final que se adopte en cualquiera de los expedientes, tendrá efecto de cosa juzgada en las otras causas, en virtud de la íntima conexidad existente entre las cuestiones sometidas a decisión del Tribunal (artículo 33, ley 25.675; Fallos: 326:75) (conf. lo resuelto en causa CSJ 853/2008 (44-M)/CS1 “Municipalidad de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo (daño ambiental)”, sentencia del 9 de diciembre de 2009).

29) Que no obsta a la solución de acumulación de las sucesivas presentaciones que se adopta, la disposición contenida en el 2º párrafo del artículo 30 de la Ley 25.675 General del Ambiente, pues la jurisdicción originaria de esta Corte Suprema prevista en la Constitución Nacional se halla fuera de su alcance, en razón de que no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna.

En efecto, a esta Corte no se le puede 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 aquella, guardián último de las garantías superiores de las personas y participe en el sistema republicano de gobierno (Fallos: 329:2316). 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 mediante normas legales, por limitaciones de orden procesal, ni de otra naturaleza (Fallos: 323:1192; 328:3609, entre otros), ni modificada por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 250:774; 271:145; 284:20; 302:63; 311:872; 312:425; 316:965; 323:3859, entre otros).

Por ello y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I- Declarar la competencia del Tribunal para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional; II- Disponer la acumulación de este proceso a las causas individualizadas en el considerando 28 precedente. Los expedientes tramitarán por separado y se dictará una única sentencia; III- Requerir a las demandadas Provincias de Santa Fe, Entre Ríos, y Buenos Aires y Municipalidad de Victoria, el informe circunstanciado que prevé el artículo 8° de la ley 16.986, que deberá ser contestado en el plazo de treinta días.

Para su comunicación a los señores Gobernadores de las Provincias de Santa Fe, Entre Ríos, y Buenos Aires, a los respectivos Fiscales de Estado provinciales, y a la Municipalidad de Victoria, librense los oficios correspondientes (artículo 341 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por intermedio de los juzgados federales en turno, de las ciudades de Santa Fe, Paraná y de La Plata, respectivamente. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Parte actora (única presentada): **Ú. W., F. B., G. V. M., A. F. A. y Á. W.**, representados por sus respectivas/os madres o padres y la **Asociación Foro Ecologista de Paraná**, con el patrocinio de la **Dra. María Aldana Sassia**, y la **Asociación Civil por la Justicia Ambiental**, con el patrocinio del **Dr. Jonatan Emanuel Baldiviezo**.

Parte demandada: **Provincia de Entre Ríos, Provincia de Santa Fe, Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de Victoria.**

COMUNIDAD QOM POTAE NAPOCNA NAVOGOHO c/
FORMOSA, PROVINCIA DE Y OTRO S/ AMPARO LEY 16.986

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

El hecho de que las omisiones denunciadas en la acción de amparo en las que habría incurrido el Estado provincial -procedimiento adecuado de consulta y participación-, tengan influencia en las garantías que la Constitución Nacional le ha reconocido a las comunidades indígenas, no transforma a la cuestión planteada en una que pueda ser calificada como predominante o exclusivamente federal, pues no solo es facultad local, sino que en orden a la previsión contenida en el art. 5 de la Ley Fundamental, también es deber de las jurisdicciones provinciales, el proveer normativas tendientes a garantizar los derechos reconocidos en la cláusula constitucional referida, desde que cada provincia debe dictar para sí una constitución de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y naturalmente las leyes locales necesarias para facilitar la operatividad de la garantía de los pueblos indígenas.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción de amparo iniciada por una comunidad indígena, pues no se advierte cuáles han sido las omisiones que se imputan a la Nación en orden a la previsión constitucional contenida en el art. 75, inc. 17, y, particularmente la relación que guardarían tales omisiones con el objeto principal de la demanda, que es la implementación del procedimiento de consulta y participación, en tanto se vincula a actividades desarrolladas en territorio comunitario por autoridades provinciales y serían los organismos provinciales respectivos los que deberían realizar las consultas pertinentes a la comunidad, lo cual aparta al Estado Nacional del proceso.

CONSTITUCION NACIONAL

La consagración constitucional de facultades concurrentes en materia de derechos de los pueblos indígenas entre la Nación y las provincias (art. 75, inc. 17), no solo tiene raigambre histórica, pues desde la organización nacional fueron los estados locales los que se ocuparon en primer término de las cuestiones indígenas, e incluso el proceso

legislativo de reconocimiento de tales derechos tuvo su origen en las provincias que sancionaron una serie de leyes específicas, sino que además responde a los lineamientos básicos de un régimen federal equilibrado, que no puede prescindir de las múltiples y variadas realidades locales, con mayor razón en materia aborigen, por el íntimo encuentro entre los distintos pueblos y cada una de las tierras que habitan (arg. decreto PEN 700/2010).

PUEBLOS INDIGENAS

Tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal, en tanto el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 64/81 el señor Félix Díaz, por derecho propio y en representación de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh, promovió acción de amparo ante el Juzgado Federal n° 2 de Formosa contra el Estado Nacional - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y la Provincia de Formosa - Ministerio de Gobierno, Justicia, Seguridad y Trabajo, Ministerio de Planificación, Inversión, Obras y Servicios Públicos, Ministerio de la Comunidad - Instituto de Comunidades Indígenas y Ministerio de Desarrollo Humano, y cualquier otro organismo provincial que pudiere estar involucrado, a fin de que se les ordene a los demandados la inmediata implementación de un procedimiento adecuado de consulta y participación, con consentimiento libre previo

e informado de la comunidad indígena actora, con relación a las políticas planeadas e implementadas en su territorio comunitario -construcción de un centro de salud, trabajos realizados por la Dirección Provincial de Vialidad en los caminos internos de su territorio y la construcción y adjudicación de viviendas en territorio comunitario por parte del Instituto Provincial de la Vivienda-.

Describió las condiciones que debería reunir el procedimiento de consulta y participación a fin de garantizar, no solo la consumación de los planes y su ejecución de acuerdo a sus necesidades comunitarias particulares, sino también de gestionar la supervisión de la efectiva prestación de los servicios de que se trata y su continuidad.

Señaló que las autoridades provinciales realizaron actividades inconsultas -y ni siquiera informadas- dentro de su territorio, y que, frente al inicio de las obras y actividades ya indicadas, les requirió que informen -mediante la entrega de la documentación respectiva- acerca de todos los aspectos relativos a las obras que se estaban llevando a cabo.

Sostuvo que, si bien las autoridades locales se comprometieron a dar respuesta al requerimiento, tal compromiso fue incumplido, ya que, si bien se realizó una reunión, la documentación y la información entregada no resultó adecuada para garantizar el derecho de consulta libre, previa e informada de la comunidad.

Expuso que la reforma constitucional de 1994 incorporó como facultades concurrentes que pueden ser ejercidas por las provincias junto con la Nación, las relativas a los derechos de los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17), y por ello destacó que, en el caso, al no respetarse el derecho a la consulta y participación, se configura una situación violatoria de los estándares federales mínimos consagrados en la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Añadió que dicha situación se ve agravada por la falta de regulación de un procedimiento adecuado y específico sobre la consulta tanto a nivel provincial como nacional, lo que deriva en un vacío normativo que lleva indefectiblemente a tener que recurrir al art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional y en especial al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) -incorporado a nuestro ordenamiento por la ley 24.071- por ser esta la única regulación específica en la materia.

Afirmó que la cuestión planteada comprende de modo primordial la violación a los derechos de los pueblos indígenas en general y, en particular, los de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh, y que el Estado Nacional, en su carácter de garante del Convenio 169 de la OIT, sería el responsable primario de que se cumpla con la garantía del pleno y adecuado ejercicio del derecho invocado por la comunidad en los asuntos que le conciernen, responsabilidad que no habría cumplido al no haber implementado el procedimiento respectivo, a través del órgano que considera con atribuciones específicas para hacerlo: el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

Señaló que la responsabilidad de la Provincia de Formosa surge de su pretensión de llevar adelante diversas obras de diferente naturaleza dentro del territorio comunitario, sin haber regulado y asegurado el debido y adecuado mecanismo de consulta y participación, es decir, sin haber recabado el consentimiento comunitario.

Solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene: a) otorgar a la comunidad -en su territorio y en forma directa a sus autoridades, establecidas en el Estatuto Qom, y con la presencia de todos los interesados- vista y acceso a copias de las carpetas técnicas, expedientes administrativos y toda otra documentación sobre las obras que se estén realizando en su territorio, así como la correspondiente explicación por personal especializado para una comprensión integral de ellas, y b) a la Provincia de Formosa la suspensión de los trabajos preparatorios para la construcción de la obra edilicia ubicada en las cercanías del Centro Integrador Comunitario, así como de los realizados por las máquinas de vialidad provincial sobre los caminos intracomunitarios y de la realización de toda obra dentro del territorio comunitario hasta tanto se haya garantizado su derecho de información, consulta y participación por medio de un procedimiento adecuado a los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Asimismo, pidió que sea la Gendarmería Nacional el organismo designado para garantizar la protección de los miembros de la comunidad y el cumplimiento efectivo de la medida cautelar solicitada.

A fs. 86/91 la titular del Juzgado Federal n° 2 de Formosa se declaró incompetente para conocer en las actuaciones y ordenó remitirlas a la justicia provincial. Apelada dicha decisión por la actora a fs. 92/96, la

Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia revocó la resolución de fs. 86/91 y ordenó la remisión del proceso a esta Corte, por considerar que corresponde a su jurisdicción originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional (fs. 121/125).

2°) Que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria, toda vez que, de otro modo, en tales ocasiones quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional (Fallos: 307:1379; 311:489, 810 y 2154; 313:127; 320:1093; 322:190, 1387, 1514 y 3122; 323:2107 y 3326, entre otros).

Por lo tanto, la cuestión radica en determinar si en el *sub lite* se configuran los requisitos que habilitan la tramitación de esta causa en la instancia originaria del Tribunal.

3°) Que en tal sentido cabe destacar que la consagración constitucional de facultades concurrentes en materia de derechos de los pueblos indígenas entre la Nación y las provincias (art. 75, inc. 17), no solo tiene raigambre histórica, pues desde la organización nacional fueron los estados locales los que se ocuparon en primer término de las cuestiones indígenas, e incluso el proceso legislativo de reconocimiento de tales derechos tuvo su origen en las provincias que sancionaron una serie de leyes específicas, sino que además responde a los lineamientos básicos de un régimen federal equilibrado, que no puede prescindir de las múltiples y variadas realidades locales, con mayor razón en materia aborigen, por el íntimo encuentro entre los distintos pueblos y cada una de las tierras que habitan (arg. decreto PEN 700/2010).

4°) Que tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal.

Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener

en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino (Fallos: 336:2271 y 341:1148).

5°) Que, en ese marco, es preciso destacar que el hecho de que las omisiones denunciadas en las que habría incurrido el Estado provincial, tengan influencia en las garantías que la Constitución Nacional le ha reconocido a las comunidades indígenas, no transforma a la cuestión planteada en una que pueda ser calificada como predominante o exclusivamente federal.

En efecto, no solo es facultad local, sino que en orden a la previsión contenida en el art. 5° de la Ley Fundamental, también es deber de las jurisdicciones provinciales, el proveer normativas tendientes a garantizar los derechos reconocidos en la cláusula constitucional referida, desde que cada provincia debe dictar para sí una constitución “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional” y naturalmente las leyes locales necesarias para facilitar la operatividad de la garantía de los pueblos indígenas (cfr. causa CSJ 1133/2009 (45-C) “Comunidad de San José - Chustaj Lhokwe y Comunidad de Cuchuy c/ Salta, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, sentencia del 15 de octubre de 2013).

Al respecto cabe poner de resalto que el art. 79 de la Constitución de la Provincia de Formosa es casi una transcripción del art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional y dispone: “La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos aborígenes que la habitan. El Estado reconoce y garantiza: 1) Su identidad étnica y cultural. 2) El derecho a una educación bilingüe e intercultural. 3) La personería jurídica de sus comunidades. 4) La posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 5) Su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que la afecten”.

6°) Que descartada entonces la competencia originaria del Tribunal *ratione materiae* por no tratarse de una cuestión exclusivamente federal, resta determinar si corresponde *ratione personae*, en cuyo caso solo resultaría justificada si se llegase a la conclusión de que el Estado Nacional debe ser parte en el proceso, extremo que exige entrañar si, más allá de que ha sido nominalmente demandado, cabe considerarlo parte sustancial en la cuestión planteada.

En este aspecto, cabe señalar que no se advierte cuáles han sido las omisiones -por cierto genéricas- que se imputan a la Nación en orden a la previsión constitucional contenida en el art. 75, inc. 17, y, particularmente la relación que guardarían tales omisiones con el objeto principal de la demanda (conf. Fallos: 328:3555; causas CSJ 4022/2005 (41-C)/CS1 “Comunidad Indígena del Pueblo Guaraní Kuña Piru II c/ Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/ demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena, escrituración, y daños y perjuicios” y CSJ 4024/2005 (41-C)/CS1 “Comunidad Aborigen de Tekoa Ama y de Kapii Yutae c/ Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/ demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y daños y perjuicios”, sentencias del 21 de marzo de 2006).

En efecto, la implementación del procedimiento de consulta y participación pretendido, se vincula a actividades desarrolladas en territorio comunitario por autoridades provinciales, cuales son, la construcción de un centro de salud, los trabajos realizados por la Dirección Provincial de Vialidad en los caminos internos y la construcción y adjudicación de viviendas en territorio comunitario por parte del Instituto Provincial de la Vivienda.

De tal manera, no aparece configurada la exigencia de que el Estado Nacional sea parte en sentido sustancial, en la medida en que no se advierte que se le pueda atribuir una vinculación con la cuestión que surja manifiesta de la realidad jurídica más allá de las expresiones formales usadas por las partes (arg. Fallos: 313:1681; 316:2705), ya que, en todo caso, serían los organismos provinciales respectivos los que deberían realizar las consultas pertinentes a la comunidad. Estas consideraciones llevan a apartar al Estado Nacional de este proceso.

7°) Que, sin perjuicio de lo expuesto, cabe poner de resalto que en el marco de la causa “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros”, Fallos: 338:837, esta Corte resolvió en relación a la obra denominada “Construcción Centro de Salud – Colonia La Primavera – Laguna Naick-Neck – Formosa”, que no se había aportado elemento alguno de juicio que recomiende impedir la continuación de la obra, máxime cuando, sobre la base de los fundamentos expuestos en esa oportunidad, se consideró que el procedimiento de consulta al pueblo interesado fue apropiado, dado que se llegó a un acuerdo con los representantes de los distintos sectores

de la comunidad y se logró su consentimiento acerca de las medidas propuestas (cfr. art. 6° del Convenio 169 de la OIT).

8°) Que, frente a la incompetencia definida precedentemente, las actuaciones deberán continuar su trámite ante la jurisdicción local. En su caso el art. 14 de la ley 48 permitirá la consideración de las cuestiones federales que puedan comprender este tipo de litigios, y consolidará el verdadero alcance de la jurisdicción provincial, preservando así el singular carácter de la intervención de este Tribunal, reservada para después de agotada la instancia local (arg. Fallos: 180:87; 255:256; 258:116; 259:343; 283:429; 311:2478; 312:606; 318:992; 319:1407; 322:617, conf. causa “Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida c/ San Luis, Provincia de y otros”, Fallos: 329:2469).

Sin perjuicio de ello, en mérito a la naturaleza de la acción promovida, habrá de disponerse la remisión de estas actuaciones al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa para que decida lo concerniente al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación (arg. causas CSJ 2611/2017 “Vera, Mabel Celia c/ Catamarca, Provincia de y otra s/ amparo”, sentencia del 26 de diciembre de 2017, “Rodríguez, Roberto y otro” (Fallos: 343:283), Competencia CSJ 1719/2019/CS1 “Sama, Roberto c/ Camuzzi Gas Pampeana s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 8 de julio de 2020, entre otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que esta causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. Disponer la remisión de las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa a los efectos indicados en el considerando 8°. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y a la Defensoría Oficial y, oportunamente, cúmplase con la remisión ordenada.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Parte actora: Félix Díaz, por derecho propio y en representación de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh, con el patrocinio letrado de la señora Defensora Oficial ante los Juzgados Federales de Formosa, doctora Rosa María Córdoba, y de los doctores Javier Azzali y Paula Barbieri, defensores ad hoc de la Defensoría General de la Nación.

Parte demandada: **Provincia de Formosa y Estado Nacional-Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).**

HOPE CASILLA, ERVIN s/ BENEF. DE LITIGAR S/G

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine el pedido de concesión del beneficio de litigar sin gastos del actor, pues ante la marcada singularidad del procedimiento sumarísimo especial migratorio contemplado en la ley 25.871, las divergencias interpretativas que surgirían de los artículos 78 y 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -apuntadas por la cámara- no podrían válidamente formularse en el marco de dicho trámite en la medida en que, concretamente, en él no se contempla la realización de una audiencia preliminar ni la posibilidad de declarar la causa como de puro derecho (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y voto del juez Rosenkrantz).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine el pedido de concesión del beneficio de litigar sin gastos del actor, pues el a quo debió, cuanto menos, considerar que la Corte ha admitido la posibilidad de que el juez del proceso principal pueda conceder el beneficio de litigar sin gastos al solo efecto de eximir al recurrente del deber de integrar el depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con lo cual el rechazo de la petición ocasiona un dispendio de jurisdicción que no condice con el principio de economía procesal y se desatiende de la finalidad del instituto invocado por el recurrente (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Aun cuando la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos, en razón de su carácter provisional y de que no causa estado, no constituye sentencia definitiva a los fines del remedio federal,

cabe hacer excepción a ello cuando se desatienden las circunstancias concretas del caso y se resuelve sobre la base de un principio procesal dogmáticamente enunciado y no se ponderan los gastos que podría cubrir el beneficio o bien cuando la decisión incurre en defectos graves de fundamentación que redundan en menoscabo de los derechos constitucionales invocados y origina un agravio no susceptible de reparación ulterior (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti)

INTERPRETACION DE LA LEY

Es deber de los magistrados conciliar el alcance de las normas aplicables, dejándolas con valor y efecto, evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones destruyendo las unas por las otras (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y voto del juez Rosenkrantz).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Aun cuando, por regla, la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos, en razón de su carácter provisional y de que no causa estado, no constituye sentencia definitiva a los fines del remedio federal, corresponde hacer excepción a ello cuando, a tenor de las particulares circunstancias del caso, puede originar un agravio de difícil reparación ulterior; situación que se configura en la causa por cuanto al deducir el recurso de hecho en la causa principal, el actor expresamente aludió al trámite del beneficio para no integrar el depósito del artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto del juez Rosatti).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Toda vez que la Corte ha admitido la posibilidad de que al tiempo de interponer la queja, el recurrente pueda deducir por ante el juez del proceso principal el beneficio de litigar sin gastos al solo efecto de eximirlo de integrar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar al planteo del actor circunscripto a la obtención del beneficio de litigar sin gastos a los fines de no abonar el depósito exigido por el citado artículo 286 con motivo del recurso de queja deducido para cuestionar el rechazo de su demanda, so pena de frustrar una vía apta para la defensa de sus derechos habida cuenta de las consecuencias definitivas que se derivan de una solución contraria (Voto del juez Rosatti).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Aun cuando la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos no constituye, como regla, sentencia definitiva a los efectos del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando resulta claro que la pretensión del actor no puede ser planteada nuevamente ni los agravios podrían disiparse con posterioridad (Voto del juez Rosenkrantz).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Aun cuando la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos no constituye, como regla, sentencia definitiva a los efectos del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando la sentencia recurrida desatiende las circunstancias del caso al resolver el incidente sobre la base de un principio procesal dogmáticamente enunciado y omite ponderar los gastos que podría cubrir el beneficio, tales como las costas procesales de la alzada y la suma correspondiente al depósito de una eventual queja ante la Corte frente a la perspectiva de una decisión adversa en la cámara (Voto del juez Rosenkrantz).

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Cabe dejar sin efecto el rechazo in limine el pedido de concesión del beneficio de litigar sin gastos, pues ante la marcada singularidad del procedimiento sumarísimo especial migratorio, las divergencias interpretativas que surgirían de los artículos 78 y 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -apuntadas por la cámara- no podrían válidamente formularse en el marco de dicho trámite en la medida en que, concretamente, en él no se contempla la realización de una audiencia preliminar ni la posibilidad de declarar la causa como de puro derecho, sin que obste a dicha conclusión la aplicación supletoria de las normas generales que regulan el proceso sumarísimo (artículo 69 undecies de la ley 25.871), que prevén la declaración de la causa como de puro derecho o bien la realización de la audiencia preliminar del artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en tanto tal como surge del citado artículo 69 septies, en el procedimiento migratorio la administración se limita a elevar el recurso del migrante con un informe frente a lo cual el juez debe expedirse sobre la habilitación de la instancia y sobre el fondo del planteo en un plazo brevísimo (Voto del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Hope Casilla, Ervin s/ benef. de litigar s/g”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar la decisión de la jueza de primera instancia, rechazó *in limine* el pedido de concesión del beneficio de litigar sin gastos del actor, este interpuso la apelación extraordinaria federal cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que para adoptar esa decisión el tribunal *a quo* sostuvo que la solicitud había sido efectuada “con posterioridad a las oportunidades previstas” en el artículo 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, destacó que el interesado no había alegado la existencia de circunstancias sobrevinientes al dictado de la sentencia definitiva de primera instancia que justificaran el otorgamiento del beneficio requerido y que la divergencia interpretativa que se genera entre los artículos 78 y 84 (texto según ley 25.488) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación debe ser resuelta en el sentido de que la previsión relativa a que el beneficio puede ser solicitado “en cualquier estado del proceso” tiene que interpretarse en armonía con la disposición del párrafo tercero del mencionado artículo 84 que determina que “ello es así hasta el límite máximo de la fecha de la audiencia preliminar o la declaración de puro derecho, salvo que se alegue y acrediten circunstancias sobrevinientes”. Finalmente, concluyó en que “no es posible admitir que el beneficio de litigar sin gastos pueda ser resuelto en cualquier etapa del proceso, sino que la decisión que lo admita o lo deniegue debe ser previa al dictado de la sentencia definitiva correspondiente al principal, en tanto ambas partes pretenden la imposición de costas a su contraria”.

3º) Que aun cuando la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos, en razón de su carácter provisional y de que no causa estado, no constituye sentencia definitiva a los fines del re-

medio federal, cabe hacer excepción a ello cuando se desatienden las circunstancias concretas del caso y se resuelve sobre la base de un principio procesal dogmáticamente enunciado y no se ponderan los gastos que podría cubrir el beneficio (Fallos: 322:2259) o bien cuando la decisión incurre en defectos graves de fundamentación que redundan en menoscabo de los derechos constitucionales invocados y origina un agravio no susceptible de reparación ulterior.

4°) Que tal circunstancia se verifica en el caso. En efecto, debe tenerse en consideración que en el marco de la causa principal -que originó la pretensión que aquí se examina- el señor Ervin Hope Casilla impugnó judicialmente, con arreglo al procedimiento especial sumarísimo establecido en la ley 25.871, los actos administrativos por medio de los cuales la Dirección Nacional de Migraciones decidió cancelar su residencia permanente, declarar irregular su permanencia, expulsarlo de la República Argentina y prohibir su regreso. Dicha pretensión fue desestimada en ambas instancias, por lo que el interesado interpuso recurso extraordinario federal y, simultáneamente, solicitó la concesión del beneficio de litigar sin gastos cuya denegación motiva la intervención del Tribunal.

5°) Que al rechazar dicho requerimiento el *a quo* omitió considerar la singularidad del “procedimiento migratorio especial sumarísimo” contemplado en la ley 25.871 con arreglo al cual tramitó la pretensión sustancial del actor. Conforme dicho procedimiento, contra el acto que agota la instancia administrativa podrá –en el plazo de tres días hábiles desde su notificación- interponerse recurso judicial ante la Dirección Nacional de Migraciones, la que deberá remitir las actuaciones dentro de los tres días hábiles subsiguientes al juez federal competente. Junto con dicha elevación, la mencionada Dirección deberá presentar un informe circunstanciado sobre la procedencia de la habilitación de instancia y acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. Presentadas las actuaciones, el juez, previo a todo trámite, dará vista al fiscal por el término de dos días, para que se expida sobre la habilitación de instancia. El magistrado tiene un día hábil para decidir esa cuestión y tres para resolver el recurso sobre la expulsión dictada y la procedencia de la retención solicitada (confr. artículo 69 *septies*).

Asimismo, el artículo 69 *undecies* de aquella norma determina la aplicación supletoria de las disposiciones del proceso sumarísimo previsto en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6°) Que una sostenida jurisprudencia de esta Corte Suprema establece que es deber de los magistrados conciliar el alcance de las normas aplicables, dejándolas con valor y efecto, evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones destruyendo las unas por las otras (Fallos: 310:195 y 1715; 312:1614; 321:793; 330:1910; 341:500, causa CSJ 113/2012 (48-O)/CS1 “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa n° 2739/12”, pronunciamiento del 10 de julio de 2014, entre muchos otros).

7°) Que, desde esa perspectiva, ante la marcada singularidad del procedimiento sumarísimo especial referido, las divergencias interpretativas que surgirían de los artículos 78 y 84 del código procesal —apuntadas por la cámara— no podrían válidamente formularse en el marco de dicho trámite en la medida en que, concretamente, en él no se contempla la realización de una audiencia preliminar ni la posibilidad de declarar la causa como de puro derecho.

8°) Que, por otra parte, el *a quo* debió, cuanto menos, considerar que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que el juez del proceso principal pueda conceder el beneficio de litigar sin gastos al solo efecto de eximir al recurrente del deber de integrar el depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 322:2259; 324:1105; 326:267; 327:15, entre otros), con lo cual el rechazo de la petición ocasiona un dispendio de jurisdicción que no condice con el principio de economía procesal y se desatiende de la finalidad del instituto invocado por el recurrente.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Sin costas en razón de la ausencia de contradictorio. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI (*según su voto*)- CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*)- JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el 6 de febrero de 2018, en el marco de un proceso en el que se discute una orden de expulsión del territorio nacional dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones, Ervin Hope Casilla solicitó que se le concediese beneficio de litigar sin gastos. El tribunal de primera instancia rechazó *in limine* ese pedido, porque se había promovido después de dictada sentencia definitiva en la causa principal (17 de noviembre de 2017); esto es, fuera de las oportunidades autorizadas en el artículo 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Apelada esa resolución, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de primera instancia por análogas razones (fs. 2/5 vta., 15 y 21/22, expediente CAF 67383/2017/1/1/RH2, al que se alude en lo sucesivo).

2°) Que contra dicha decisión, la parte actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, motivó la presentación directa ante este Tribunal (fs. 25/39 vta., 41/41 vta. y 21/26 CAF 67383/2017/1/1/RH2).

Sostiene que la resolución de la sala lo priva de acceder ante esta Corte para obtener la revisión de la sentencia que rechazó su demanda. En tal sentido, argumentó que contra este último pronunciamiento dedujo recurso extraordinario federal; y que frente a la eventualidad de tener que ocurrir en queja ante este Tribunal solicitó la concesión del beneficio en cuestión, pues carece de los medios económicos necesarios para cumplir con el depósito del artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

También expresó que el artículo 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta inaplicable al procedimiento sumarísimo especial incorporado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017.

3°) Que aun cuando, por regla, la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos, en razón de su carácter provisional y de que no causa estado, no constituye sentencia definitiva a los fines del remedio federal, corresponde hacer excepción a ello cuando, a tenor de las particulares circunstancias del caso, puede originar un

agravio de difícil reparación ulterior. Tal supuesto se configura en la especie, por cuanto al deducir el recurso de hecho en la causa principal, el actor expresamente aludió al trámite de este beneficio para no integrar el depósito del artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CAF 67383/2017/2/RH1, fs. 46 vta.).

4°) Que así reseñado el asunto, cabe recordar que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que al tiempo de interponer la queja, el recurrente pueda deducir por ante el juez del proceso principal el beneficio de litigar sin gastos al solo efecto de eximirlo de integrar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arg. doctrina de Fallos: 322:2259; 324:1105, entre otros). Con tal comprensión, corresponde hacer lugar al planteo del actor circunscripto -según surge de los términos de su recurso extraordinario federal- a la obtención del beneficio de litigar sin gastos a los fines de no abonar el depósito exigido por el citado artículo 286 con motivo del recurso de queja deducido para cuestionar el rechazo de su demanda (expediente CAF 67383/2017/2/RH1); so pena de frustrar una vía apta para la defensa de sus derechos habida cuenta de las consecuencias definitivas que se derivan de una solución contraria.

5°) Que, en las condiciones señaladas, media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48). Por esa razón, debe dejarse sin efecto la solución a la que arribó el tribunal de la anterior instancia.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con los alcances indicados y se deja sin efecto la sentencia apelada. Sin costas en razón de la ausencia de contradictorio. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

HORACIO ROSATTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de primera instancia que había rechazado la impugnación judicial planteada contra la disposición SDX 19533/2016 de la Dirección Nacional de Migraciones —confirmada por la disposición SDX 138163/2017— que canceló la residencia permanente otorgada al señor Ervin Hope Casilla, declaró irregular su permanencia en el país y ordenó su expulsión.

Contra esa decisión el actor planteó recurso extraordinario cuya denegatoria dio lugar al recurso de queja CAF 67383/2017/2/RH1, que se encuentra pendiente de decisión.

2º) Que pocos días antes de que planteara el recurso extraordinario mencionado en el punto anterior, el actor pidió un beneficio de litigar sin gastos. La jueza de primera instancia rechazó *in limine* ese pedido, decisión que fue confirmada por la Sala III de la cámara citada.

Para así decidir, el tribunal de alzada sostuvo que la solicitud había sido efectuada “con posterioridad a las oportunidades previstas” en el artículo 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, destacó que el interesado no había alegado la existencia de circunstancias sobrevinientes al dictado de la sentencia definitiva de primera instancia que justificaran el otorgamiento del beneficio requerido y que la divergencia interpretativa que se genera entre los artículos 78 y 84 (texto según ley 25.488) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación debe ser resuelta en el sentido de que la previsión relativa a que el beneficio puede ser solicitado “en cualquier estado del proceso” tiene que interpretarse en armonía con la disposición del párrafo tercero del mencionado artículo 84 que determina que “ello es así hasta el límite máximo de la fecha de la audiencia preliminar o la declaración de puro derecho, salvo que se alegue y acrediten circunstancias sobrevinientes”.

Finalmente, concluyó en que “no es posible admitir que el beneficio de litigar sin gastos pueda ser resuelto en cualquier etapa del pro-

ceso, sino que la decisión que lo admita o lo deniegue debe ser previa al dictado de la sentencia definitiva correspondiente al principal, en tanto ambas partes pretenden la imposición de costas a su contraria”.

3°) Que el actor interpuso un nuevo recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a la presente queja.

En síntesis, el recurrente se agravia porque la decisión de la cámara le impone una carga de imposible cumplimiento, como es el pago del depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Alega que de ese modo se lo priva de acceder a la instancia de revisión ante la Corte respecto de la orden de expulsión resuelta por la Dirección Nacional de Migraciones y confirmada por dos instancias judiciales. Y afirma que el artículo 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no resulta aplicable al procedimiento migratorio especial regulado en el decreto 70/2017.

4°) Que aun cuando la resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos no constituye, como regla, sentencia definitiva a los efectos del artículo 14 de la ley 48, en este caso parece claro que la pretensión del actor no puede ser planteada nuevamente ni los agravios podrían disiparse con posterioridad (doctrina de Fallos: 322:2259, considerando 6°).

Por otro lado, tal como se decidió el precedente citado, la sentencia recurrida desatiende las circunstancias del caso al resolver el incidente sobre la base de un principio procesal dogmáticamente enunciado y omite ponderar los gastos que podría cubrir el beneficio, tales como las costas procesales de la alzada y la suma correspondiente al depósito de una eventual queja ante la Corte frente a la perspectiva de una decisión adversa en la cámara.

5°) Que en efecto, debe tenerse en cuenta que en el marco de la causa principal —que originó la pretensión que aquí se examina— el señor Ervin Hope Casilla impugnó judicialmente, con arreglo al procedimiento especial sumarisimo establecido en la ley 25.871 los actos administrativos por medio de los cuales la Dirección Nacional de Migraciones decidió cancelar su residencia permanente, declarar irregular su permanencia, expulsarlo de la República Argentina y prohibir su regreso. Dicha pretensión fue desestimada en ambas instancias, por lo que el interesado interpuso recurso extraordinario federal y, si-

multáneamente, solicitó la concesión del beneficio de litigar sin gastos cuya denegación motiva la intervención del Tribunal.

6°) Que al rechazar dicho requerimiento, el *a quo* omitió considerar la singularidad del “procedimiento migratorio especial sumarísimo” contemplado en la ley 25.871 (texto según el decreto 70/2017, derogado por el decreto 138/21) con arreglo al cual tramitó la pretensión sustancial del actor. Conforme dicho procedimiento, contra el acto que agota la instancia administrativa podrá —en el plazo de tres días hábiles desde su notificación— interponerse recurso judicial ante la Dirección Nacional de Migraciones, la que deberá remitir las actuaciones dentro de los tres días hábiles subsiguientes al juez federal competente. Junto con dicha elevación, la mencionada dirección deberá presentar un informe circunstanciado sobre la procedencia de la habilitación de instancia y acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. Presentadas las actuaciones, el juez, previo a todo trámite, dará vista al fiscal por el término de dos días, para que se expida sobre la habilitación de instancia. El magistrado tiene un día hábil para decidir esa cuestión y tres para resolver el recurso sobre la expulsión dictada y la procedencia de la retención solicitada (confr. artículo 69 *septies*).

Asimismo, el artículo 69 *undecies* de aquella norma determina la aplicación supletoria de las disposiciones del proceso sumarísimo previsto en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

7°) Que una sostenida jurisprudencia de esta Corte Suprema establece que es deber de los magistrados conciliar el alcance de las normas aplicables, dejándolas con valor y efecto, evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones destruyendo las unas por las otras (Fallos: 310:195 y 1715; 312:1614; 321:793; 330:1910; 341:500, causa CSJ 113/2012 (48-O)/CS1 “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa n° 2739/12”, pronunciamiento del 10 de julio de 2014, entre muchos otros).

8°) Que, desde esa perspectiva, ante la marcada singularidad del procedimiento migratorio referido, las divergencias interpretativas acerca de la oportunidad para plantear el beneficio de litigar sin gastos que surgirían de los artículos 78 y 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —apuntadas por la cámara— no

podrían válidamente formularse en el marco de dicho trámite en la medida en que, concretamente, en él no se contempla la realización de una audiencia preliminar ni la posibilidad de declarar la causa como de puro derecho.

No obsta dicha conclusión la aplicación supletoria de las normas generales que regulan el proceso sumarísimo (artículo 69 *undecies* de la ley 25.871), que prevén la declaración de la causa como de puro derecho o bien la realización de la audiencia preliminar del artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ver artículo 498, inciso 4, del código citado). Ello es así pues, tal como surge del artículo 69 *septies* de la ley 25.871, en el procedimiento migratorio la administración se limita a elevar el recurso del migrante con un informe frente a lo cual el juez debe expedirse sobre la habilitación de la instancia y sobre el fondo del planteo en un plazo brevísimo. Esto, por cierto, se ve corroborado por el trámite llevado a cabo en este mismo pleito pues de las constancias de las actuaciones principales obrantes en el sistema Lex 100 no surge que el juzgado haya declarado la causa como de puro derecho o convocado a una audiencia preliminar (ver en especial, providencias del 9 de octubre y del 2 de noviembre de 2017, que dieron trámite a la causa).

A ello se suma que la realización de una audiencia preliminar resulta incompatible con el procedimiento especial diseñado por el legislador en materia migratoria, en la medida en que una de las finalidades principales de dicha audiencia es lograr una conciliación (ver artículo 360, inciso 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

9°) Que, por otra parte, cabe recordar que esta Corte ha admitido la posibilidad de que el juez del proceso principal pueda conceder el beneficio de litigar sin gastos al solo efecto de eximir al recurrente del deber de integrar el depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 322:2259; 324:1105; 326:267; 327:15, entre otros).

10) Que, en tales condiciones, media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Sin costas en razón de la ausencia de contradictorio. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Ervin Hope Casilla**, actor en autos, representado por el **doctor César Augusto Balaguer**, cotitular de la **Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación**.

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° 10**.

REYNAL, ALEJANDRO S/ INCIDENTE DE RECURSO EXTRAORDINARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las decisiones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no resultan, por regla, revisables en la instancia extraordinaria, pues no ponen fin al proceso ni impiden su continuación, corresponde hacer excepción a dicha regla cuando la resolución impugnada, por sus efectos, es susceptible de generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, por lo que se requiere su tutela inmediata.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El auto apelado configura una situación excepcional a la regla según la cual las decisiones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no resultan, por regla, revisables en la instancia extraordinaria, ya que de quedar firme lo resuelto, quedarían sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal en las que el imputado quedó desvinculado definitivamente -con base en la causal de

prescripción de la acción penal- ya que, a partir de la doctrina sentada en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), la cosa juzgada quedaría ipso jure removida con la categorización de los hechos como de lesa humanidad que se entiende declaró el auto apelado.

SENTENCIA EQUIPARABLE A DEFINITIVA

Revisten el carácter de equiparable a sentencia definitiva aquellas decisiones que, pese al tenor de la parte resolutive, las argumentaciones efectuadas en los considerandos, deciden de modo definitivo la pretensión del recurrente.

SENTENCIA EQUIPARABLE A DEFINITIVA

Cabe equiparar el auto apelado a sentencia definitiva ya que, en tanto lo resuelto supuso admitir la configuración en el caso del delito de lesa humanidad, el agravio del imputado que recurre aparece vinculado al respeto de la cosa juzgada con el fin de lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por la Corte y que quedaría comprometido de quedar firme una categorización en términos de lo resuelto.

RECURSO DE CASACION

Es inadmisibile el agravio del recurrente que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, puso en tela de juicio la habilitación que la casación hizo de su competencia, si los términos en que está formulado ese cuestionamiento resultan generales, desvinculados de las particularidades del caso y no rebaten los concretos fundamentos por los que se justificó la apertura de esa instancia, evidenciando en forma palmaria que la parte ha obviado cumplir, como era menester, con el reiterado criterio de la Corte según el cual para la procedencia del recurso extraordinario no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien lo atinente al alcance de la competencia de los tribunales de alzada cuando conocen por vía de los recursos deducidos ante ellos no constituye, en razón de su carácter fáctico procesal, cuestión federal que justifique el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ello es así con excepción de supuestos de arbitrariedad en la inteligencia de que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien lo atinente al alcance de la competencia de los tribunales de alzada cuando conocen por vía de los recursos deducidos ante ellos no constituye, en razón de su carácter fáctico procesal, cuestión federal que justifique el otorgamiento de la apelación extraordinaria, cabe apartarse de ello si se tiene en cuenta que el reproche que le endilgó el a quo a la cámara de apelaciones por tergiversar los términos de la acusación del querellante particular y omitir analizar las circunstancias allí planteadas, solo es producto de una lectura arbitraria -por incompleta- de la resolución sometida a su control, como con acierto se agravia la parte recurrente.

RECURSO DE CASACION

Es arbitrario el decisorio que, al controlar lo resuelto por la alzada, entendió que solo se había pronunciado sobre la supuesta inexistencia de un plan sistemático contra empresarios judíos omitiendo tratar los extremos ventilados en la causa, toda vez que una compulsal de la decisión de la cámara de apelaciones revela que, contrariamente al reproche formulado por el a quo, aquella sí se había pronunciado sobre esa hipótesis ponderando que no surgía la existencia de un plan sistemático aplicado por la dictadura en lo económico, es decir le reprochó a la cámara de apelaciones una omisión que no era tal, y que solo era producto de prescindir del contenido y alcance de lo que esa última había resuelto.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Corresponde descalificar lo decidido por el a quo en cuanto a la categorización del caso como de lesa humanidad que hizo valer al acoger la pretensión del querellante particular sobre que la prueba reunida resultaba suficiente para proceder de acuerdo a su pretensión, toda vez que lo resuelto solo es producto de una afirmación dogmática sin una mínima argumentación sobre las razones de hecho y de derecho en que se sustenta, y sin ponderar las diversas razones por las cuales la cámara de apelaciones había entendido -más allá de su acierto o error- que la prueba reunida era insuficiente para acoger la categorización pretendida por el querellante particular.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Corresponde descalificar lo decidido por el a quo en cuanto a la categorización del caso como de lesa humanidad que hizo valer al acoger la pretensión del querellante particular, pues el auto apelado denota un apego -de modo exclusivo y excluyente de otras consideraciones- a la “pretensión” del querellante particular con base a referencias harto vagas que tampoco incluyen una mínima delimitación de su contenido y alcance ni del modo en que lo resuelto incidiría en ello.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Corresponde descalificar el pronunciamiento de la cámara de casación en cuanto a la categorización del caso como de lesa humanidad, pues no cumplió con la exigencia que demanda que las sentencias constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas de la causa, sin que ello importe adoptar una posición acerca de si corresponde, o no, caracterizar a los delitos investigados en la causa como de lesa humanidad.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Debe rechazarse de plano toda pretensión según la cual la mera pertenencia a una categoría -por ejemplo, la de civil- pueda impedir, por sí misma, la posibilidad del reproche penal que corresponda por la comisión de delitos de lesa humanidad.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

La decisión de descalificar el pronunciamiento de la cámara de casación en cuanto a la categorización del caso como de lesa humanidad por no cumplir con la exigencia que demanda que las sentencias constituyan una derivación razonada del derecho vigente, en modo alguno puede implicar tolerar o fomentar que se empleen subterfugios para amparar cualquier forma de impunidad, sino simplemente que resulta indudable que la punición estatal -que en el caso conlleva la obligación de determinar si, como sostiene el querellante, los hechos investigados pueden ser calificados como de lesa humanidad-, tiene que ser asegurada cumpliendo también con las normas constitucionales y convencionales que obligan a la Corte a velar por el respeto de las garantías judiciales establecidas en la Constitución Nacional.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Reynal, Alejandro s/ incidente de recurso extraordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que, mediante la resolución de fecha 6 de julio de 2018, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar, sin costas, al recurso interpuesto –en su calidad de querellante- por Eduardo Ezra Saiegh y anuló la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en cuanto confirmó lo resuelto por la jueza de grado, al rechazar el planteo de nulidad por cosa juzgada írrita interpuesto por esa parte con el fin de privar de efectos al sobreseimiento definitivo, por prescripción de la acción penal, dispuesto respecto de Alejandro Fabián Reynal el 4 de julio de 2000, en el marco de la causa n° 6279/97 –ex 1662/82- iniciada el 5 de noviembre de 1982 y que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 (fs. 241/247 del agregado CFP 1875/2009/15/RH3 que corre por cuerda).

2º) Que, contra dicha resolución, la defensa de Alejandro Fabián Reynal interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio

lugar a esta queja (conf. fs. 9/26 y 47, respectivamente, del agregado CFP 1875/2009/15/1 “Reynal, Alejandro s/ incidente de recurso extraordinario” que corre por cuerda y fs. 44/48 de esta queja).

En esta instancia, el señor Procurador General de la Nación interino propició que se desestimara el remedio federal porque la parte no había demostrado la existencia de la cuestión federal invocada ni que el agravio que provoca la decisión impugnada, por su magnitud y por las circunstancias del caso, resultara irreparable en la medida en que no se pronuncia sobre si los hechos denunciados se subsumen en el tipo de delitos de lesa humanidad y solo ordena –luego de descalificar lo resuelto por falta de fundamentación- el envío de la causa al juez de instrucción para que continúe con el proceso y, en particular, dicte una decisión sobre el fondo de lo pretendido por la querrela (fs. 57/58).

3º) Que la resolución aquí apelada fue dictada mientras estaba a estudio del Tribunal el recurso de queja CFP 1875/2009/13/2/1/RH2, interpuesto por Alejandro Fabián Reynal, contra una previa intervención de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal a raíz de que el mismo querellante había sometido a su revisión una anterior decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que –por mayoría- había confirmado el auto de primera instancia que dio origen a la vía recursiva bajo examen. Tal, el de fecha 27 de octubre de 2014, mediante el cual la jueza interviniente resolvió rechazar un pedido de nulidad interpuesto por el querellante particular hasta tanto se culminara con la producción de determinadas medidas de prueba en curso. Esa pretensión se había fundado en la doctrina de la cosa juzgada irrita, con base en la categorización como de lesa humanidad de los delitos investigados. Cabe precisar que en ese auto, y de conformidad con la posición asumida por el fiscal a cargo de la instrucción del caso, se destacó que la importancia que tenía la definición relativa a esa cuestión exigía *“un análisis integral y exhaustivo de todos los elementos de prueba pertinentes, conforme las alegaciones que efectuaron las partes, en resguardo de las garantías del debido proceso. En este sentido, si aún no ha finalizado la incorporación de prueba trascendente para la determinación de tal cuestión, el análisis del planteo debe ser... rechazado, hasta tanto se culmine con la producción de las diligencias conducentes”* (conf. fotocopia agregada a fs. 55/58 del agregado CFP 1875/2009/13/RH1 que corre por cuerda al expediente CFP 1875/2009/13/2/1/RH2).

En su primera intervención en el caso, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó esa resolución y, a su turno, denegó el recurso de casación impulsado –entre otros querellantes– por Eduardo Ezra Saiegh (conf. resoluciones del 19 de junio de 2015 y 1° de septiembre de 2015 obrantes a fs. 2/32 y 51/54 del agregado CFP 1875/2009/13/RH1 que corre por cuerda a la queja CFP 1875/2009/13/2/1/RH2).

Ante las quejas deducidas por las partes, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a ellas y concedió sendos recursos de casación con base en que *“la cuestión planteada por las partes recurrentes podría constituir materia casatoria”* para, más tarde, en una decisión adoptada por mayoría, anular el decisorio impugnado, con sustento en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación que prescribe que si *“hubiera inobservancia de normas procesales, la cámara anulará lo actuado y remitirá el proceso al tribunal que corresponda, para su substanciación”*. Asimismo, apartó para continuar interviniendo a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, remitiendo la causa a los fines registrales para que –por quien correspondiera– se desinsacara a los magistrados que, con la celeridad y resguardos del caso, dictaran un nuevo pronunciamiento en los términos de lo decidido (conf. resoluciones del 30 de octubre de 2015 y del 20 de abril de 2016 obrantes a fs. 97 y 236/241, respectivamente, del legajo CFP 1875/2009/13/RH1 *“Recurso de queja...”* que corre por cuerda al expediente CFP 1875/2009/13/2/1/RH2).

Para así resolver, la jueza que lideró el acuerdo tuvo en cuenta el derecho de las víctimas a obtener un pronunciamiento judicial dentro de un plazo razonable y que *“A tal efecto, habrán de considerarse las manifestaciones de las querellas durante la audiencia de informes en orden a que para definir la cuestión no se requieren de más pruebas, pues aquellas que aún están pendientes de realización, sólo se refieren a la posibilidad de ampliar la imputación respecto de otros sujetos”*. A resultas de lo cual sostuvo que *“dicha definición”* debía ser resuelta por la cámara federal, *“a los fines de resguardar el derecho al recurso (art. 8.2.h. CADH)”*.

A su turno, el juez que votó a continuación y que concurrió para formar esa mayoría, fundó la descalificación que propuso, en la omisión en que consideró había incurrido la alzada respecto de extremos

decisivos o relevantes planteados por el querellante. Al respecto, sostuvo que *“se aprecia que el a quo no dio respuesta a los planteos nulificantes introducidos por la parte querellante al interponer su recurso de apelación –y que reedita en idénticos términos ante esta instancia- en orden a que las constancias incorporadas en la causa resultaban suficientes para proceder de acuerdo a su pretensión”*; que *“asiste razón... que la alegada imposibilidad de revisión del mérito de la prueba -esgrimida por los magistrados que conformaron el voto mayoritario- cede en los supuestos de arbitrariedad; hipótesis por la que precisamente las querellas concurrían a la alzada en su carácter de órgano revisor”* y que *“A todo evento, procedía realizar un análisis valorativo de las probanzas colectadas hasta ese entonces a fin de dar acabada respuesta al planteo y, con esa base, determinar si el mérito del material resultaba suficiente para hacer lugar a la anulación del sobreseimiento. Ello, toda vez que el eje de la arbitrariedad denunciada por los acusadores privados radicaba en la innecesaria dilación a las resultas de más medidas probatorias, tanto más cuando la parte alegó -en la audiencia ante este colegio- que aquellas estarían destinadas a avanzar respecto de la posible vinculación de otros sujetos a la imputación”*.

4º) Que, a resultas del reenvío dispuesto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, tocó intervenir a la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que mediante, resolución del 30 de agosto de 2016, confirmó el auto sometido a revisión (conf. fs. 368/374 del agregado recién citado).

Previa reseña de los antecedentes del caso y de recordar los requisitos objetivos y subjetivos que constituyen a un delito de lesa humanidad, el primero de los jueces rechazó el reclamo del querellante en todos sus términos. Así, luego de plantear algunos interrogantes que le suscitaban las torturas denunciadas y que el punto podía ser esclarecido con *“...la identificación de los autores de semejantes actos a través de las muestras fotográficas reservadas en fiscalía y sus consecuencias”*, sostuvo que -más allá de su opinión- no consideraba acreditado con la prueba arrimada –incluida la presentada por el particular damnificado en esa instancia- que existiera un *“plan dirigido a la población civil, en este caso, con ascendencia o religión judía”* y que *“...hablar de plan sistemático contra empresarios judíos podría ser prematuro o en su defecto, no estar probado como para dar semejante afirmación desde una decisión jurisdiccional”*. Asimismo-

mo, luego de examinar los distintos puntos propuestos por el querellante particular en esa sede, puntualizó cuál era la prueba cuya realización podía ser útil para corroborar lo alegado por esa parte y apuntó a una “más ágil investigación” con el fin de establecer si era posible relacionar esta pesquisa con otros casos referidos a *“delitos económicos... durante la dictadura”* o *“explicar el modus operandi del gobierno de facto en lo referente a la sistematización del plan económico como forma de ataque”*.

El juez que votó en segundo lugar, adhirió -en lo sustancial- a la propuesta de su colega preopinante, aunque se expidió por sus propias consideraciones a partir de entender que habían sido llamados por el superior a intervenir a efectos de resolver si los hechos por los que querrela Saiegh son crímenes de lesa humanidad.

Luego de señalar que *“...la identificación y selección de las víctimas se orientó, en principio, por su ideología política y sus antecedentes sociales o gremiales”* y que *“Implícitamente, Saiegh se autoexcluye de estos grupos (judicialmente reconocidos como destinatarios del plan sistemático y generalizado), al aludir a otros criterios por los que habría sido seleccionado”*, tuvo en cuenta que, en la audiencia ante la alzada, el agravio del querellante se centró en *“...su condición de judío (silenciando anteriores referencias a su labor en el mercado financiero), ya que citó, por un lado, la supuesta presentación de su caso por la DAIA ante la justicia española y la resolución respectiva del juez Baltasar Garzón y, por otro, los hechos que damnificaron a otros judíos como Sivak y Neumann”*. Valoró ambas pruebas para interpretar que el juez español solo se había referido a la presencia de ese *“factor discriminatorio”*, en el caso del querellante, esto es, *“discriminación antisemita”* y que los casos de Sivak -quien sufrió un secuestro extorsivo en 1985- y de Neumann -quien resultó asesinado en 1982- tuvieron lugar en fecha posterior a la detención del aquí querellante y, aunque ejecutados por una misma banda, sus integrantes pertenecían a otra división de la Policía Federal que la que intervino en el caso de Saiegh y en una coyuntura política ostensiblemente distinta al punto que el primero de los citados fue en democracia.

De ello coligió que era *“...dable afirmar que no se encuentra acreditado en autos que Saiegh hubiera integrado la parte de la población civil argentina que resultó destinataria del plan sistemático y generalizado implementado por la dictadura y, en consecuencia,*

que los hechos que lo pudieran haber damnificado hayan sido crímenes de lesa humanidad. Lo expuesto no niega y de hecho así consta jurisprudencialmente, que se ha reconocido que dentro del plan de ataque sistemático y generalizado implementado durante el gobierno militar de facto se cometieron delitos que excedieron el ataque contra parte de la población civil identificada por su ideología política o sus antecedentes sociales o gremiales, extendiéndose, entre otros, a un plan económico y de mutuo beneficio para los socios del sistema, ejecutado como una supuesta lucha contra la ‘subversión económica’. Pero en autos, no se ha acreditado que los hechos que habían damnificado al querellante se encontraban inmersos dentro de este tramo del plan”.

Al respecto, recordó que “...en la audiencia el recurrente no ha podido explicar razonablemente a quién, dentro de los socios de la dictadura, se habría beneficiado con los hechos que lo habrían perjudicado. En ese sentido, argumentó que, tanto el secuestro como las torturas que habría padecido, tuvieron como finalidad permitir la estatización de Austral Líneas Aéreas, lo que habría beneficiado a una familiar de Alejandro Reynal. Más allá de la deficiente fundamentación de este agravio, en la que no explicó cómo la estatización de la empresa pudo haber beneficiado a uno de sus socios, o si la supuesta deuda con el Banco Latino Americano era de Austral Líneas Aéreas o de Makin S.A. (cuyas acciones se encontraban materialmente en el tesoro del Banco del que era dueño Saiegh y si esta última tenía el paquete accionario suficiente para ser la controlante de la primera), lo que descarta definitivamente este argumento e impide incluir los hechos dentro de este tramo del plan sistemático y generalizado (que podría denominarse ‘subversión económica’), es la circunstancia de que la estatización de Austral fue dispuesta con anterioridad a la detención de Saiegh. En efecto, el traspaso de Austral al Estado se ordenó por decreto n° 1922 de fecha 16 de septiembre de 1980, esto es 45 días antes de la detención de Saiegh, lo que descarta que los delitos que lo hubieran damnificado fueran cometidos con la finalidad de facilitar dicha estatización (por la simple razón de que ya se había producido) y, en consecuencia, impide que hoy día sean catalogados como delitos de lesa humanidad también por este aspecto”.

A resultas de lo expuesto, concluyó que, en definitiva y de acuerdo a lo ordenado por el superior, no existían en el caso “...los elementos mínimos para poder catalogar los hechos investigados como críme-

nes de lesa humanidad, por lo que no existe motivo para anular el sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal oportunamente dictado en favor de Alejandro Reynal”.

Por último, al intervenir el tercer juez de la cámara de apelaciones dijo que *“adhería, en lo sustancial, a la propuesta del vocal preopinante... la que a su vez coincide con la solución aportada al caso...”* por el juez que votó en primer lugar.

5º) Que, contra esa resolución, interpuso recurso de casación el querellante Eduardo Ezra Saiegh solicitando que se dejara sin efecto la resolución recurrida, se declararan los hechos denunciados como de lesa humanidad, consecuentemente, se declarara definitivamente la nulidad del auto de sobreseimiento dictado a favor de Alejandro Fabián Reynal, y se le recibiera declaración indagatoria en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación, con las consecuencias procesales que tales actos implican. Invocó el carácter definitivo del auto apelado toda vez que pone fin a la investigación de manera tal que resulta de imposible reparación ulterior ya que implicaría el archivo de las actuaciones, sumado a la gravedad institucional que se configuraba en el caso, aparte de impedir a la víctima continuar con el desempeño de su función en la búsqueda del obtener justicia como damnificado del plan sistemático de delitos de lesa humanidad. Sumado al derecho que invocó con sustento en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. fs. 378/395 del agregado CFP 1875/2009/13/RH1 “Recurso de queja...” que corre por cuerda a la queja CFP 1875/2009/13/2/1/RH2).

6º) Que el recurso fue declarado inadmisibile por la sala de apelaciones interviniente por ausencia de arbitrariedad, al considerar que los agravios del recurrente solo reflejaban una disconformidad con el modo con el que se valoró la prueba. Asimismo, y a fin de fortalecer la declaración de inadmisibilidad del recurso, sumó a aquel fundamento la falta de sentencia definitiva o auto equiparable a tal en tanto las actuaciones *“continúan su trámite en procura de la acreditación de los extremos aducidos”* (conf. fs. 400/401 del agregado CFP 1875/2009/13/RH1 “Recurso de queja...” que corre por cuerda a la queja CFP 1875/2009/13/2/1/RH2), lo que motivó la interposición de la respectiva queja por parte del querellante (conf. fs. 59/77 del agregado CFP 1875/2009/15/RH3 que corre por cuerda).

7º) Que al intervenir -en esta segunda ocasión- la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, resolvió -por mayoría- hacer lugar al recurso de queja por casación denegada y, en consecuencia, concedió el recurso de esa especie (conf. resolución del 26 de junio de 2017 obrante a fs. 127/130 del agregado CFP 1875/2009/15/RH3 “Recurso de queja...” que corre por cuerda).

Para así resolver, remitió al contenido ya aludido de su anterior intervención, del 30 de octubre de 2015, en cuanto “*la cuestión planteada por la parte querellante podría constituir materia casatoria*”. A ello agregó –con cita de jurisprudencia de esta Corte Suprema que entendió aplicable al caso- “*la obligación de investigar todas las imputaciones y la necesidad de certeza negativa para sobreseer a una persona con respecto a determinado hecho*’, para evitar cancelar indebidamente el deber de juzgar comportamientos de esta laya (cfr. causa M. 1232, XLIV ‘Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ denuncia Las Palomitas – Cabeza de Buey s/ homicidio, privación ilegítima de la libertad y otros’, considerando 4º Fallos: 335:1876)”; que “*los referidos mandatos no surgen solo de las normas procesales vigentes, sino además y de modo preponderante, del deber que tiene el Estado Argentino de investigar los crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio*” y que “*...este compromiso internacional presupone no solo que el Estado no pueda oponer normas internas que obstaculicen el enjuiciamiento y eventual castigo de los responsables (verbigracia, leyes de amnistía o prescripción) sino que además debe abstenerse de adoptar cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche (cfr. ‘Simón’ -Fallos: 328:2056-...)*” (conf. fs. cit. del agregado CFP 1875/2009/15/RH3 “Recurso de queja” que corre por cuerda).

8º) Que, mediante la resolución del 6 de julio de 2018, la misma Sala de casación interviniente –por unanimidad- volvió a anular lo decidido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal por configurarse “*nuevamente la arbitrariedad*” alegada por el querellante (fs. 241/247 del agregado CFP 1875/2009/15/RH3 que corre por cuerda).

El voto de la jueza que encabeza la decisión destacó la “*falta de pronunciamiento*” sobre los puntos propuestos por el querellante particular pese a su relevancia y, sobre esa base, descalificó el auto apelado por “*falta de fundamentación*”. Para así concluir, dijo “...

vale nuevamente señalar que, tal como sostiene el querellante, para definir la cuestión no se requieren de más pruebas” -en alusión al juez que había votado en primer término- “...pues aquellas que aún están pendientes de realización, sólo se refieren a la posibilidad de ampliar la imputación respecto de otros sujetos”. Y agregó que “...el postulado a partir del cual la Cámara de Apelaciones pretende sellar la investigación como una hipótesis que no encuadraría en la categoría de delitos de lesa humanidad, resulta evidentemente arbitrario. Ello, pues la decisión se basa en la supuesta inexistencia de un ‘plan sistemático contra empresarios judíos’, tergiversando de esta forma la acusación articulada por el querellante y omitiendo tratar los extremos allí ventilados” y que “No puede perderse de vista que el denunciante, en innumerables ocasiones -como también en el recurso en trato-, específicamente remarcó que su secuestro y los tormentos a los que fue sometido -realizados con un ‘plus de enañamiento en razón de [su] condición de judío’-, fueron ejecutados como medio para la obtención de otro fin, que fue el desapoderamiento ilícito del Banco Latinoamericano y todos sus activos, y su apoderamiento por parte del poder de facto, en el marco de la ‘lucha contra la subversión económica’, que sí fue reconocida por esa Cámara (cfr. fs. 18 vta., voto del juez Rimondi al que adhiere el juez González)”.

A su turno, el juez que siguió en la votación apreció que la instancia de apelación “nuevamente omitió dar respuesta a los planteos introducidos por la parte querellante al interponer su recurso de apelación -y que reedita en idénticos términos ante esta instancia-, en orden a que las constancias incorporadas en la causa resultaban suficientes para proceder de acuerdo a su pretensión”. Y que, “En esta oportunidad, una vez más, el a quo ha evitado realizar un análisis valorativo de las probanzas colectadas hasta ese entonces, sin brindar acabada respuesta al planteo de la parte; a la vez que, tal como se destaca en el sufragio que antecede, tergiversa y excluye injustificadamente los extremos ventilados por la acusación”. Y que, por ende, la falta de pronunciamiento con respecto a estas circunstancias traía aparejada la nulidad de lo decidido, por falta de fundamentación.

Por su parte, la jueza que intervino en último término adhirió a ambos votos, “de conformidad con los fundamentos brindados” enmarcando su parecer en el examen que hizo en casos previos sobre la tipología de los crímenes de lesa humanidad y el paradigma de los derechos humanos de acuerdo a lineamientos que reprodujo sobre que la

validez de la cosa juzgada, en el marco de un “derecho judicial eficaz”, debe ser el resultado de un proceso para arribar a la verdad, sanción y reparación que incluye analizar derechos y garantías de ambas partes (imputados y víctimas).

A resultas de lo cual el *a quo* resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante y casar la decisión sometida a su revisión, por falta de fundamentación, con base en el artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación –que establece que si “la resolución impugnada no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley substantiva, el tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare”– disponiendo remitir las actuaciones “*al juzgado de origen a fin de que sin incurrir en mayores dilaciones se continúe con celeridad en la sustanciación de la causa*”.

9º) Que, contra dicha resolución, la defensa de Alejandro Fabián Reynal interpuso recurso extraordinario federal tildando de arbitrario el auto apelado por un doble orden de razones. Por un lado, porque considera que el *a quo* se arrogó competencia para revisar una resolución que no quedaba alcanzada por su jurisdicción ya que al admitir la queja del querellante omitió analizar si el auto sometido a su revisión se ajustaba al artículo 457 del código de rito, limitándose a efectuar una remisión genérica, y de índole abstracta, al dictamen del fiscal interviniente en esa instancia sin atender a que esa parte no podía ir más allá de lo que la ley le asigna al fiscal de instrucción, quien brindó razones fundadas en favor de la realización de más medidas de investigación y de ninguna manera convocar a declaración indagatoria a Reynal, lo cual entiende supuso una violación al principio de unidad de actuación que contempla su ley orgánica al igual que la pérdida de imparcialidad. Sumado a que consideró infundadas las “mágicas palabras” –sic- de apertura, relativas a la existencia de un deber de investigar delitos de lesa humanidad que, al igual que la afirmación sobre la existencia de “cuestión federal”, exigían que se hicieran valer elementos de juicio en su sustento.

De otra parte, tildó al auto apelado de “contradictorio” en sus propios términos porque descalificó la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en la inteligencia de que omitió la ponderación de extremos conducentes invocados por el querellante, cuando -en realidad- lejos de ser ignorados fueron abordados por la segunda instancia de un modo profuso con argumen-

tos que, por el contrario, habrían sido soslayados por los jueces de la casación al introducir un “*recorte de varias oraciones*” para instalar la idea de una “*fisura*” en lo que entiende fue un fallo coherente. Asimismo, se agravó porque, a resultas de ello, recayó decisión acerca de que “*el objeto del proceso implica delitos de lesa humanidad*” -sic-, lo que consideró frustra de modo definitivo derechos de naturaleza federal que invoca con base en el auto de sobreseimiento definitivo recaído en la causa 6279/97 antes referida (conf. escrito de interposición del remedio federal a fs. 9/26 del agregado CFP 1875/2009/15/1 “Incidente de recurso extraordinario” que corre por cuerda).

10) Que el *a quo* declaró inadmisibile la vía extraordinaria intentada al no cumplir con las exigencias de sentencia definitiva o auto equiparable a tal y falta de fundamentación para dar sustento a una cuestión federal que guarde relación directa e inmediata con el caso (fs. 47 del agregado CFP 1875/2009/15/1 “Incidente de recurso extraordinario” que corre por cuerda), lo que dio lugar a esta queja (fs. 44/48).

11) Que este Tribunal tiene establecido que las decisiones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no resultan, por regla, revisables en esta instancia extraordinaria, pues no ponen fin al proceso ni impiden su continuación (Fallos: 311:252, 1671; 314:377 y 316:2063, entre otros). Sin embargo, también ha dicho que corresponde hacer excepción a dicha regla cuando la resolución impugnada, por sus efectos, es susceptible de generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, por lo que se requiere su tutela inmediata (Fallos: 343:2243 “Salvatierra”, considerando 2º, primera parte).

Que, contrariamente a la posición sustentada por el señor Procurador General de la Nación interino, el auto apelado configura esa situación excepcional, ya que de quedar firme lo resuelto, quedarían sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal en las que el imputado quedó desvinculado definitivamente –con base en la causal de prescripción de la acción penal– ya que, a partir de la doctrina sentada en Fallos: 330:3248, “Mazzeo”, la cosa juzgada quedaría *ipso jure* removida con la categorización de los hechos como de lesa humanidad que se entiende declaró el auto apelado.

En efecto, surge de la resolución dictada por la Cámara Federal de Casación Penal que el objeto procesal de los autos principales a los que

se vincula esta queja se centró en determinar si los hechos denunciados podrían constituir crímenes de lesa humanidad (fs. 4 vta. de esta queja). Según se reseñó en el considerando 4º, en su anterior intervención, ese tribunal intermedio anuló un rechazo de nulidad de características sustancialmente análogas a las que dio lugar a la vía recursiva que culminó con esta queja y dispuso, con base en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación, el reenvío a la instancia de grado para que se analizara el material probatorio urgiendo se brindara una definición sobre si los hechos calificaban como de lesa humanidad. A resultas de ello, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal -en distinta composición y explicitando que se pronunciaba para cumplir con la manda del superior- brindó las razones por las cuales no apreciaba que estuvieran reunidos los extremos necesarios para esa categorización.

El *a quo* no se limitó a anular la decisión sometida a su revisión con base en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación, con el consecuente reenvío, tal como lo había hecho en su anterior intervención. Por el contrario, surge claramente de su parte dispositiva que decidió “casar” -sic- con invocación del artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación y “remitir las actuaciones al juzgado de origen a fin de que sin incurrir en mayores dilaciones se continúe con celeridad en la sustanciación de la causa”.

A la luz de lo expuesto, y si bien es cierto que no es posible conocer cuál fue la cuestión que se casó al no haberse explicitado en el decisorio apelado con arreglo a qué ley y a qué doctrina se resolvió, ello solo puede interpretarse en el sentido de calificar los hechos como de lesa humanidad, a lo que el *a quo* se habría considerado habilitado dado el “*tiempo transcurrido desde la primigenia decisión que no hizo lugar a la nulidad del sobreseimiento, debido a las distintas instancias jurisdiccionales que intervinieron a lo largo de la instrucción en razón de los diversos recursos articulados por las partes*”.

Ello así, máxime si se lo enlaza con que precisamente lo encomendado a la cámara de apelaciones había consistido en brindar una definición sobre esa categorización y que, al descalificar el pronunciamiento adoptado por esa alzada, el *a quo* hizo expresa referencia a que ella recaía sobre el “... *postulado a partir del cual la Cámara de Apelaciones pretende sellar la investigación como una hipótesis que no encuadraría en la categoría de delitos de lesa humanidad*”.

En tales condiciones, es de aplicación *mutatis mutandis* la jurisprudencia según la cual revisten el carácter de equiparable a sentencia definitiva aquellas decisiones que, pese al tenor de la parte resolutive, las argumentaciones efectuadas en los considerandos, deciden de modo definitivo la pretensión del recurrente (Fallos: 311:1397; 335:452; 337:354; 342:1376, entre otros).

Sumado a que, en la medida en que el auto apelado no incluyó ningún tipo de precisiones que fijaran el contenido y alcance de la cuestión casada, ello supuso, por vía de hacer lugar al recurso, admitir la “pretensión” de quien recurría ante ella y que –según lo reseñado en el considerando 5º- propiciaba que, más allá de completarse las medidas de instrucción que aún se encontraban pendientes de realización, no solo se dejara sin efecto la resolución recurrida y se declararan los hechos denunciados como de lesa humanidad sino también que, consecuentemente, se declarara definitivamente la nulidad del auto de sobreseimiento dictado a favor de Alejandro Fabián Reynal, se lo imputara de los hechos denunciados y se le recibiera declaración indagatoria en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación, con las consecuencias que de ello se derivan (conf. fs. 378/395 del agregado CFP 1875/2009/13/RH1 “Recurso de queja...” que corre por cuerda a la queja CFP 1875/2009/13/2/1/RH2).

Por ende, cabe equiparar el auto apelado a sentencia definitiva ya que, en tanto lo resuelto supuso admitir la configuración en el caso del delito de lesa humanidad, el agravio del imputado que recurre aparece vinculado al respeto de la cosa juzgada con el fin de lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por la Corte (Fallos: 330:4909 “Álvarez”, resuelta por remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal) y que quedaría comprometido de quedar firme una categorización en términos de lo resuelto.

12) Que, sentado ello, el Tribunal advierte que es inadmisibles el agravio del recurrente que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, puso en tela de juicio la habilitación que la casación hizo de su competencia. En efecto, se debe precisar que los términos en que está formulado ese cuestionamiento resultan generales, desvinculados de las particularidades del caso y no rebaten los concretos fundamentos por los que se justificó la apertura de esa instancia. De tal modo, evidencian en forma palmaria que la parte ha obviado cumplir, como era

menester, con el reiterado criterio del Tribunal según el cual para la procedencia del recurso extraordinario no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya (Fallos: 340:1775 y sus citas).

Por lo demás, la parte recurrente no señala –ni es posible identificar– en qué medida –si acaso– el contenido del dictamen fiscal en casación integró la resolución bajo examen tildada de arbitraria, de modo tal que el punto guarde relación directa e inmediata con el agravio que ahora esgrime sobre esa base. Tampoco que la solución adoptada –de conformidad con la opinión del señor fiscal en términos “meramente genérica y de índole abstracta” según se invoca– haya comprometido la pérdida de imparcialidad del tribunal (conf. escrito del recurso extraordinario federal obrante en el agregado ya citado, aquí fs. 12), en tanto puede razonablemente ser interpretado como referencia a la intervención de esa parte en el trámite del recurso de casación.

13) Que distinta es la solución que ha de adoptarse respecto de la otra cuestión federal planteada, a cuyo respecto el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente ya que proviene del tribunal superior de la causa y suscita cuestión federal suficiente con sustento en la doctrina de la arbitrariedad.

En efecto, si bien lo atinente al alcance de la competencia de los tribunales de alzada cuando conocen por vía de los recursos deducidos ante ellos no constituye, en razón de su carácter fáctico procesal, cuestión federal que justifique el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ello es así con excepción de supuestos de arbitrariedad en la inteligencia de que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (Fallos: 323:1449; 324:3612; 329:4770 y del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en Fallos: 331:2077).

Tal es el supuesto del *sub lite*, si se tiene en cuenta que el reproche que le endilgó el *a quo* a la cámara de apelaciones por tergiversar los términos de la acusación del querellante particular y omitir analizar

las circunstancias allí planteadas, solo es producto de una lectura arbitraria –por incompleta– de la resolución sometida a su control, como con acierto se agravia la parte recurrente.

En efecto, surge de ese decisorio que, al controlar lo resuelto por la alzada, entendió que solo se había pronunciado sobre la “*supuesta inexistencia de un ‘plan sistemático contra empresarios judíos’, tergiversando de esta forma la acusación articulada por el querellante y omitiendo tratar los extremos allí ventilados*”. Y, amén de descalificar lo decidido sobre el punto, le reprochó, además, que había omitido pronunciarse expresamente en lo que esa parte venía remarcando en cuanto a que “*...su secuestro y los tormentos a los que fue sometido -realizados con un ‘plus de enseñanza en razón de [su] condición de judío’- fueron ejecutados ‘como medio para la obtención de otro fin, que fue el desapoderamiento ilícito del Banco Latinoamericano y todos sus activos, y su apoderamiento por parte del poder de facto’, en el marco de la ‘lucha contra la subversión económica’...*”.

Sin embargo, una compulsa de la decisión de la cámara de apelaciones revela que, contrariamente al reproche formulado por el *a quo*, aquella sí se había pronunciado sobre esa hipótesis. Uno de los jueces ponderó que no surgía la existencia de “*...un plan sistemático aplicado por la dictadura en lo económico y la relación con lo denunciado por Saiegh sus respectivos beneficiarios y a qué parte de la población civil estuvo dirigido*” y sin descartar “*...de plano la existencia de un plan económico como parte de un ataque generalizado*”, sostuvo que debían reunirse pruebas que así lo acreditaran, según puntualizó. Los otros dos jueces, en cambio, fueron contestes en que la jurisprudencia admite que durante el “*ataque sistemático y generalizado implementado durante el gobierno militar de facto se cometieron delitos que excedieron el ataque contra parte de la población civil identificada por su ideología política o sus antecedentes sociales o gremiales, extendiéndose, entre otros, a un plan económico y de mutuo beneficio para los socios del sistema, ejecutando como una supuesta lucha contra la ‘subversión económica’*”. Pese a lo cual, concluyeron, con base en los fundamentos reseñados en el considerando 4º, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias, en que no se había acreditado “*...que los hechos que habrían damnificado al querellante se encontraban inmersos dentro de este tramo del plan*”.

En tales condiciones, cabe descalificar por arbitrariedad el auto apelado, porque para avanzar en la anulación que dispuso, la cámara de casación le reprochó a la cámara de apelaciones una omisión que no era tal, y que solo era producto de prescindir del contenido y alcance de lo que esa última había resuelto.

14) Que, en consecuencia, también habrá de descalificarse lo decidido por el *a quo* en cuanto a la categorización del caso como de lesa humanidad que hizo valer al acoger la pretensión del querellante particular sobre que la prueba reunida resultaba suficiente para proceder de acuerdo a su pretensión.

Lo así resuelto solo es producto de una afirmación dogmática sin una mínima argumentación sobre las razones de hecho y de derecho en que se sustenta, y sin ponderar las diversas razones por las cuales la cámara de apelaciones había entendido –más allá de su acierto o error– que la prueba reunida era insuficiente para acoger la categorización pretendida por el querellante particular.

Por el contrario, el auto apelado denota un apego -de modo exclusivo y excluyente de otras consideraciones- a la “pretensión” del querellante particular con base a referencias harto vagas que tampoco incluyen una mínima delimitación de su contenido y alcance ni del modo en que lo resuelto incidiría en ello. Cabe destacar, sobre el particular, que uno de los votos sostuvo que “...se advierte nuevamente la arbitrariedad alegada por el impugnante y, en consecuencia corresponde hacer lugar a su pretensión” porque “...tal como sostiene el querellante, para definir la cuestión no se requieren de más pruebas...”. Del mismo modo, otro de los votos señaló que “...las constancias incorporadas en la causa resultaban suficientes para proceder de acuerdo a su pretensión” y que a la fecha no existía un temperamento sobre la “cuestión debatida” y, sobre esa base, los tres jueces hicieron lugar “al recurso interpuesto por la parte querellante”.

15) Que a la luz de lo expuesto, y sin que ello importe adoptar una posición acerca de si corresponde, o no, caracterizar a los delitos investigados en el *sub examine* como de lesa humanidad, se descalificará el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal por no cumplir con la exigencia que demanda que las sentencias constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas de la

causa (Fallos: 311:948, 2402 y 2547; 313:559; 315:2969; 316:2718; 319:103 y 321:1909). En consecuencia, se devolverán estas actuaciones para que, por quien corresponda, y haciendo uso de las facultades de ordenación del proceso, se dé cumplimiento en el menor plazo posible con lo aquí dispuesto teniendo en cuenta la especial naturaleza y problemática que presenta el caso.

16) Que, por último, a partir de lo expresado en los considerandos precedentes y dada la especial naturaleza del caso, este Tribunal entiende oportuno precisar que, conforme a su consolidada jurisprudencia, debe rechazarse de plano toda pretensión según la cual la mera pertenencia a una categoría –por ejemplo, la de civil– pueda impedir, por sí misma, la posibilidad del reproche penal que corresponda por su comisión.

En función de ello, se efectúa la importante aclaración que en modo alguno este fallo puede implicar tolerar o fomentar que se empleen subterfugios para amparar cualquier forma de impunidad, sino simplemente que resulta indudable que la punición estatal -que en el caso conlleva la obligación de determinar si, como sostiene el querellante, los hechos investigados pueden ser calificados como de lesa humanidad-, tiene que ser asegurada cumpliendo también con las normas constitucionales y convencionales que obligan a esta Corte a velar por el respeto de las garantías judiciales establecidas en la Constitución Nacional.

Es pues dentro de este marco normativo que debe encuadrarse el presente pronunciamiento en el que, por las razones antes desarrolladas, sin emitir juicio sobre el fondo del asunto, se descalifica y deja sin efecto la decisión impugnada.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario con el alcance fijado, y se deja sin efecto el auto apelado. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado en el presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por **Alejandro Reynal**, asistido por los **Dres. Jorge E. Bustamante y Gustavo de Urquieta**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal**.

DIEZ, HORACIO PEDRO Y OTRO S/ LEGAJO DE APELACIÓN

RECURSO DE CASACION

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento, toda vez que el tribunal a quo declaró inadmisibile el recurso de esa especialidad sin hacerse cargo de evaluar y abordar debidamente los planteos oportunamente formulados por el recurrente, es decir el a quo, por medio de una fórmula dogmática y sin atender a la sustancia real del cuestionamiento efectuado -vinculado con el respeto por el derecho al doble conforme allí donde ha sido establecido y que fuera fundado, esencialmente, en las reglas que surgen de tratados internacionales de derechos humanos- se limitó a declarar inadmisibile la impugnación por considerar que la resolución recurrida no encuadraba en los supuestos previstos en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

RECURSO DE CASACION

Corresponde dejar sin efecto la decisión que declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento, pues la importancia que para la parte tenía contar con esa instancia de revisión no podía entenderse como prescindible ni por las características intrínsecas del auto de procesamiento -vinculadas con la posibilidad de su reforma de oficio o a instancia de parte (artículo 311, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación)- ni tampoco por las distintas alternativas

propias de la etapa de clausura de la instrucción y elevación a juicio (artículos 346 al 352 del mismo código).

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

AUTO DE PROCESAMIENTO

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento, pues el temperamento adoptado por el a quo, cuya consecuencia fue que no mediara ni una mínima revisión de aquel auto de mérito, se sustentó en una argumentación que implicó desoír la tradicional doctrina de la Corte según la cual en la interpretación de la ley se debe evitar asignarle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero criterio el que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

RECURSO DE CASACION

Es arbitraria la decisión que declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento, pues la sentencia recurrida no ha tomado en cuenta la necesaria articulación entre la legislación nacional y la que según la parte proviene de los instrumentos internacionales, interpretando arbitrariamente la primera y omitiendo el análisis y la aplicación de la segunda y, en tales condiciones, lo resuelto ha importado una exégesis de las normas procesales que las ha desnaturalizado, con grave menoscabo de las garantías que invoca la asistencia técnica del imputado.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la decisión que declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento, pues el fallo apelado omitió inválidamente sopesar las cuestiones conducentes planteadas por el recurrente, las que se vinculan con la operatividad de la instancia revisora en un determinado momento procesal -previsto por la ley que rige el caso (artículo 311 del Código Procesal Penal de la Nación)- a los fines de asegurar la tutela eficaz del derecho de defensa y el debido proceso legal, lo cual alcanza para descalificarlo como acto jurisdiccional válido.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la decisión que declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento, toda vez que al proceder de ese modo, el a quo no ponderó qué temperamento correspondía adoptar -ya fuera por sí o por el tribunal que este dispusiera- para evitar que, como consecuencia del particular trámite procesal, se convalidara sin fundamento suficiente la supresión lisa y llana del derecho al doble conforme.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

DEFENSA EN JUICIO

Cuando el artículo 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme; de allí se sigue la conclusión de que no se satisface ese mandato con la mera realización de un proceso previo como presupuesto para la aplicación de una pena, sino que, además, ese juicio debe ajustarse y ser tramitado de conformidad a una ley anterior al hecho del

proceso que al mismo tiempo faculte y limite al Estado en el ejercicio de la coacción procesal.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

AUTO DE PROCESAMIENTO

Si bien las resoluciones cuya consecuencia sea seguir sometido a proceso penal no constituyen sentencia definitiva ni resultan equiparables a tal, salvo cuando dicho sometimiento pudiera provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior, debe ser incluido como excepción cuando el reclamo del apelante exige una consideración inmediata para su adecuada tutela en tiempo oportuno; ello es así en tanto el nombrado ha sostenido un agravio dirigido a evitar la desnaturalización de reglas procesales estructurales vinculadas, en esta oportunidad, con la operatividad del derecho legalmente previsto al doble conforme del auto de procesamiento (artículo 311, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación), cuestión que no podrá ser subsanada posteriormente.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario al no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las decisiones relativas a la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no justifican, en principio, el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ya que por la índole exclusivamente procesal y de derecho común de las cuestiones que suscitan, no exceden el marco de las facultades que le son propias, es posible hacer excepción a dicha regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, cuando la decisión apelada frustra el alcance de la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente.

ACORDADA 4/2007

El incumplimiento parcial del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 no constituye un obstáculo insalvable para la admisibilidad del recurso extraordinario planteado, por lo que corresponde hacer uso de la excepción prevista en su artículo 11.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Diez, Horacio Pedro y otro s/ legajo de apelación”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal revocó el sobreseimiento de Horacio Pedro Diez y dispuso su procesamiento sin prisión preventiva en orden al delito previsto en el artículo 261, segundo párrafo, del Código Penal. La defensa del nombrado interpuso un recurso de casación invocando la necesidad de obtener el doble conforme del auto de procesamiento (artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que fue concedido por ese tribunal de apelaciones con cita de distintos precedentes propios que reconocieron, con fundamento en esas mismas normas del derecho internacional de los derechos humanos, que debía garantizarse la revisión del mencionado auto de mérito. Por su parte, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal —por mayoría— lo declaró inadmisibile (artículos 444, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra dicho pronunciamiento, la asistencia técnica del nombrado dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2º) Que para decidir como lo hizo, el *a quo* consideró que la decisión impugnada no era una sentencia definitiva ni equiparable a tal, e

hizo hincapié en que el procesamiento “es sólo un juicio de probabilidad que no impide que durante lo que resta de la instrucción o en el debate se pueda determinar con mayor exactitud la participación que en el hecho pudieron haber tenido cada uno de los involucrados...” (artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación). Agregó que tampoco se había acreditado fundadamente la existencia de una cuestión federal, ni la concurrencia de alguna circunstancia que impusiera la habilitación de la competencia de esa Cámara como tribunal intermedio (Fallos: 328:1108 “Di Nunzio”).

3º) Que, en primer término, corresponde aclarar que, en el caso, el incumplimiento parcial del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 no constituye un obstáculo insalvable para la admisibilidad del recurso extraordinario planteado, por lo que corresponde hacer uso de la excepción prevista en su artículo 11.

4º) Que esta Corte ha sostenido, reiteradamente, que las resoluciones cuya consecuencia sea seguir sometido a proceso penal no constituyen sentencia definitiva ni resultan equiparables a tal, salvo cuando dicho sometimiento pudiera provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (Fallos: 310:195; 316:2063; 330:2361, entre muchos otros).

5º) Que el caso de autos debe ser incluido en esas excepciones, toda vez que el reclamo del apelante exige una consideración inmediata para su adecuada tutela en tiempo oportuno (confr. Fallos: 316:826; 319:2720; 320:2326; 328:333, 1491; 330:2361; 335:1305, entre otros).

Que ello es así toda vez que el nombrado ha sostenido un agravio dirigido a evitar la desnaturalización de reglas procesales estructurales vinculadas, en esta oportunidad, con la operatividad del derecho legalmente previsto al doble conforme del auto de procesamiento (artículo 311, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación), cuestión que no podrá ser subsanada posteriormente.

Es que de acuerdo con la ley procesal aplicable al caso, a partir de aquel auto y de conformidad con el principio de progresividad, la dinámica propia de esta etapa preliminar del proceso penal impedirá una revisión posterior eficaz del agravio (ver, en lo pertinente, CSJ 194/2006 (42-J)/CS1 “Jofre, Jorge Ernesto s/ p.s.a. defraudación por administración fraudulenta – causa n° 56.044”, resuelta el 9 de septiembre de 2008).

6º) Que este Tribunal tiene establecido que las decisiones relativas a la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no justifican, en principio, el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ya que por la índole exclusivamente procesal y de derecho común de las cuestiones que suscitan, no exceden el marco de las facultades que le son propias (Fallos: 311:357 y 519; 313:77 y 317:1679, entre otros).

Sin embargo, también se ha sostenido que es posible hacer excepción a dicha regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, cuando la decisión apelada frustra el alcance de la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente (Fallos: 312:623; 313:1223; 320:2089; 323:1449; 324:3612; CSJ 83/2013 (49-A)/CS1 “Albarenque, Claudio Darío s/ causa n° 115.904”, resuelta el 19 de mayo de 2015 y “Uzcátegui Matheus”, Fallos: 339:408).

7º) Que tal es la situación que se ha configurado en este expediente, toda vez que el tribunal *a quo* declaró inadmisibile el recurso de esa especialidad interpuesto por la defensa, sin hacerse cargo de evaluar y abordar debidamente los planteos oportunamente formulados por el recurrente.

En efecto, el *a quo*, por medio de una fórmula dogmática y sin atender a la sustancia real del cuestionamiento efectuado -vinculado con el respeto por el derecho al doble conforme allí donde ha sido establecido y que fuera fundado, esencialmente, en las reglas que surgen de tratados internacionales de derechos humanos- se limitó a declarar inadmisibile la impugnación por considerar, con base en los motivos antes reseñados, que la resolución recurrida no encuadraba en los supuestos previstos en el artículo 457 del ordenamiento adjetivo.

Esto así por cuanto, contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, la importancia que para la parte tenía contar con esa instancia de revisión no podía entenderse como prescindible ni por las características intrínsecas del auto de procesamiento —vinculadas con la posibilidad de su reforma de oficio o a instancia de parte (artículo 311, primera parte, del citado código)— ni tampoco por las distintas alternativas propias de la etapa de clausura de la instrucción y elevación a juicio (artículos 346 al 352 del mismo código).

De este modo, en primer término, el temperamento adoptado por el *a quo*, cuya consecuencia fue que no mediara ni una mínima revisión de aquel auto de mérito, se sustentó en una argumentación que implicó desoír la tradicional doctrina de esta Corte según la cual en la interpretación de la ley se debe evitar asignarle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero criterio el que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 324:1481, 2153, 2780, 3876; 325:1731; 327:769, 5091; 328:2627).

Asimismo, resulta indiscutible que la sentencia recurrida no ha tomado en cuenta la necesaria articulación entre la legislación nacional y la que según la parte proviene de los instrumentos internacionales, interpretando arbitrariamente la primera y omitiendo el análisis y la aplicación de la segunda y, en tales condiciones, lo resuelto por el *a quo* ha importado una exégesis de las normas procesales que las ha desnaturalizado, con grave menoscabo de las garantías que invoca la asistencia técnica del imputado (confr. Fallos: 330:5294; 344:1142, entre muchos otros).

8º) Que, por lo expuesto, se concluye que el fallo apelado omitió inválidamente sopesar las cuestiones conducentes planteadas por el recurrente, las que se vinculan con la operatividad de la instancia revisora en un determinado momento procesal —previsto por la ley que rige el caso (artículo 311 del Código Procesal Penal de la Nación)- a los fines de asegurar la tutela eficaz del derecho de defensa y el debido proceso legal, lo cual alcanza para descalificarlo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 329:4931 y sus citas, entre muchos otros).

A ello cabe agregar que al proceder de ese modo, el *a quo* tampoco ponderó qué temperamento correspondía adoptar -ya fuera por sí o por el tribunal que este dispusiera- para evitar que, como consecuencia del particular trámite procesal antes reseñado, se convalidara sin fundamento suficiente la supresión lisa y llana del derecho al doble conforme al que se ha hecho referencia.

9º) Que, por último, resulta necesario destacar que el planteo referido a la operatividad de este derecho comprendía —necesariamente— la pretensión de preservar reglas procesales estructurales que conforman el diseño del procedimiento penal y que, con lógica y dinámica propias, tienden a asegurar la garantía del debido proceso legal.

A este respecto, cabe recordar que esta Corte ha dicho que, cuando el artículo 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (“Carrera”, Fallos: 339:1493, énfasis agregado).

De allí se sigue la conclusión de que no se satisface ese mandato con la mera realización de un proceso previo como presupuesto para la aplicación de una pena, sino que, además, ese juicio debe ajustarse y ser tramitado de conformidad a una ley anterior al hecho del proceso que al mismo tiempo faculte y limite al Estado en el ejercicio de la coacción procesal.

Resulta indiscutible, pues, que el reclamo de la defensa no constituía una caprichosa ocurrencia, sino que se fundaba en previsiones claras y expresas establecidas por el legislador al diseñar el esquema de enjuiciamiento penal y que, en consecuencia, no pueden ser relativizadas ni dejadas de lado sin razón suficiente.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte el nuevo fallo. Notifíquese, acumúlese la queja al principal y remítase.

HORACIO ROSATTI - CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*) –
JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (artículo 14 de la ley 48).

Por ello, se desestima la presentación directa. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día de notificada, efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a disposición del Tribunal, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Horacio Pedro Diez**, asistido por los Dres. **Federico Guillermo Figueroa** y **Mario Fenzel**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 12** y **Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal**.

ACORDADAS**AÑO 2021****FEBRERO - DICIEMBRE****Listado de Acordadas(*)**

1. Determinar el valor de la Unidad de Medida Arancelaria (UMA).-
2. Disponer la habilitación del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 de Mendoza. Autorizar a la Cámara Federal de Apelaciones de ese asiento para que tome el juramento de ley a la magistrada designada en aquel órgano judicial, Dra. Susana B. PRAVATA. Hacer saber a la referida Cámara que deberá instrumentar la transferencia de dos secretarías del Juzgado Federal N° 2 al Juzgado Federal N° 4 y la reasignación de personal que se desempeñará en el último tribunal mencionado . Declarar feriado judicial para el mencionado Tribunal por el término de 7 días hábiles.-
3. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 7,5 % a partir del 1° de diciembre de 2020, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación.-
4. Disponer la creación de una Comisión de Informatización de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación. Establecer que la referida Comisión estará integrada por el Sr. Secretario General de Administración del Tribunal, CPN Héctor Daniel Marchi -quien actuará como su Presidente-; por el Sr. Director de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, Dr. Aldo Juan Tonon; y por el Sr. Director de la Dirección de Sistemas del Tribunal, Lic. Andres Alberto Sacchi.
5. Fijar en \$4.200.- el arancel para la realización de los dictámenes periciales efectuados por le Cuerpo Médico Forense, Cuerpo de Peritos Contadores Oficiales, Cuerpo de Peritos Calígrafos Oficiales y Peritos Tasadores.-

6. Sistema de Arancelamiento de los Servicios Administrativos que presta el Poder Judicial de la Nación (modifica Acordada CSJN N° 34/2015).-
7. Determinar el valor de la Unidad de Medida Arancelaria (UMA).-
8. Disponer la suspensión del curso de los plazos procesales y administrativos entre el 26 y el 28 de mayo de 2021, respecto de las actuaciones en trámite en los tribunales nacionales y federales. Tampoco correrán los plazos de caducidad de instancia. La suspensión no afectará el curso de los plazos para los actos en los cuales, previa notificación a los interesados, así lo dispusiera el magistrado, funcionario o autoridad competente.-
9. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10% a partir del 1° de marzo y 9% a partir de junio de 2021, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación.-
10. FERIA JUDICIAL JULIO 2021.-
11. Autoridades de FERIA JULIO 2021.-
12. Determinar el valor de la Unidad de Medida Arancelaria (UMA).-
13. Fijar el Presupuesto de Gastos 2022 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-
14. Disponer que, a partir del 1° de septiembre del 2021, la licencia prevista en el punto resolutive 5° de la acordada 4/2020, no podrá ser requerida por magistrados, funcionarios y empleados de este Poder Judicial de la Nación que hubieren recibido, al menos, la primera dosis de cualquiera de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19.-
15. Fijar el Presupuesto de Gastos 2022 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y remitir el Presupuesto de Gastos 2022 del Consejo de la Magistratura.-

16. Modificar el punto 1° a) de la Acordada CSJN N° 6/2021 - Sistema de Arancelamiento de los Servicios Administrativos que presta el Poder Judicial de la Nación.-
17. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10 % a partir del 1° de julio y 12,5 % a partir del 1° de septiembre de 2021, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación.-
18. Designar Presidente y Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del 1° de Octubre de 2021, al Doctor Horacio Daniel ROSATTI y al Doctor Carlos Fernando ROSENKRANTZ, respectivamente.-
19. Modificar el art. 1° del Estatuto de la O.S.P.J.N. (aprobado por acordada 5/2008).-
20. Establecer un suplemento particular y transitorio a favor de aquellos magistrados de primera instancia con competencia en lo criminal que cumplan con la intervención simultánea en las causas a las que refieren los artículos 23 y 24 de la ley 27.150, con los alcances indicados en el último considerando de la presente.-
21. Determinar el valor de la Unidad de Medida Arancelaria (UMA).-
22. Ordenar la realización de una auditoría económica, financiera, de legalidad y de gestión en la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, a cargo de una comisión, la que deberá llevar a cabo la tarea en el plazo de 120 días y modificar el artículo 27 del Estatuto de la Obra Social del Poder Judicial (aprobado por acordada Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2008).-
23. Modificar el punto 1 de la Acordada 6/2010 estableciendo en \$1.200.000.- el monto que podrá disponer mensualmente la Dirección General de Biblioteca y el punto 3 elevando hasta \$500.000.- el monto anual que se le podrá asignar a la citada Dirección en carácter de partida especial.-

24. Disponer, a partir del 20 de octubre de 2021, quiénes podrán solicitar la licencia extraordinaria prevista en la Acordada 4/2021 (y modificatorias).-
25. Disponer que a partir del 1° de noviembre de 2021, los acuerdos de Ministros volverán a desarrollarse de forma presencial. El Tribunal, o su Presidente, podrán asimismo convocar a la realización de dichos acuerdos por medios virtuales o remotos, con la misma validez que la prevista en los arts. 70 y 71 del Reglamento para la Justicia Nacional. Establecer que la Corte Suprema se reunirá en acuerdo ordinario, en forma semanal, en los días hábiles que fije, por lo que se deja sin efecto la acordada 38/1990. Determinar que la suscripción de sentencias, acordadas y resoluciones dentro del ámbito de competencia territorial del Tribunal se realizará mediante el empleo de la firma digital. El Tribunal o su Presidente podrán disponer, con el mismo alcance, que esos pronunciamientos sean suscriptos de forma ológrafa.-
26. Autoridades de Feria - Enero 2022.-
27. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 5 % a partir del 1° de noviembre de 2021, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación.-
28. Determinar el valor de la Unidad de Medida Arancelaria (UMA).-
29. Establecer en la suma fija de \$48.300 - asignación especial denominada “Ex-Combatientes Islas Malvinas” a partir del 1° de Diciembre de 2021.-
30. Declarar feriado judicial los días 24 y 31 de diciembre de 2021 para todos los Tribunales Federales y Nacionales del país.-

INDICE POR LOS NOMBRES DE LAS PARTES

A

- A. A., A. L. y Otros s/ Control de legalidad – ley 26.061: p. 1497
- A.C.U.D.E.N. c/ Banco Provincia del Neuquén s/ Daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual: p. 3095
- A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ Restitución internacional de menores: p. 3078
- A., S. P. s/ Incidente de incompetencia: p. 1828
- Aban de Ituarte, Francisca América c/ Estado Provincial y Otros s/ Acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita y formal: p. 1219
- Acumar c/ Estado de Aguas, Napas Subterráneas y Calidad de Aire s/ Contencioso administrativo - varios: p. 2402
- ADDUC y Otros c/ AySA SA y Otro s/ Proceso de conocimiento: p. 2835
- ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ Ordinario: p. 782
- ADECUA c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ Ordinario: p. 1499
- ADIF SE c/ GCBA s/ Expropiación-servidumbre administrativa: p. 2991
- Aero Sur S.A. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. y Otros s/ Sumario: p. 1507
- AFIP c/ Madcur, Patricia Liliana s/ Ejecución fiscal – A.F.I.P.: p. 3006
- AFIP c/ Oleoducto Trasandino Argentina S.A. s/ Ejecución fiscal – AFIP: p. 1887
- Agrupación Política: Frente Cambiemos La Pampa s/ Cuestiones de competencia: p. 2513
- Albarenque, Claudio Darío s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 16.263 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata: p. 2459
- Alcalis de la Patagonia SAIC c/ EN – M° de Planificación - dto. 475/05 s/ Daños y perjuicios: p. 2488
- Alianza Vamos Mendocinos c/ Lista Juntos por Mendoza – alianza Cambia Mendoza s/ Impugnación de precandidatos elecciones primarias – 2021 – senador nacional suplente de la alianza Cambia Mendoza: p. 2339
- Álvarez, Marcos Aurelio y Otro s/ P.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública: p. 3104
- American Express Argentina S.A. c/ EN – AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva: p. 102
- AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad: p. 3249
- Antonio, Juan Ariel y Otros s/ Legajo de casación: p. 2659
- Aptitud Renovadora - CABA s/ Electoral: p. 2383
- Aráoz, Ramón Ángel y Otros s/ Homicidio agravado por el vínculo conyugal por ensañamiento y mediando violencia de género: p. 2765
- Araujo, Ramona c/ EN - M Justicia y DDHH s/ Indemnizaciones – Ley 24043 - art 3: p. 1
- Arias Campos Viuda de Maldonado, Nancy Mabel c/ Miguez o Miguez, Juan Roberto s/ Daños y perjuicios (acc. tráns./les. o muerte) – ordinario: p. 249
- Artigas, Valentín c/ Estado Nacional – Prefectura Naval Argentina s/ Accidente en el ámbito militar y fzas. de seg.: p. 2858

Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas y Otro c/ Jujuy, Provincia de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental: p. 3442

Asociación Civil Cruzada Cívica p/ la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y Otros s/ Sumarísimo: p. 791

Asociación Civil Inter Artis Argentina – SAGAI y Otro c/ I.G.J. 7480576/1880189 s/ Recurso directo a cámara: p. 163

Asociación Civil por la Justicia Ambiental y Otros c/ Entre Ríos, Provincia de y Otros s/ Amparo ambiental: p. 3725

Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Acción de amparo: p. 233

Asociación Mutual Club Atlético Belgrano c/ C.B.G. S.R.L. s/ Ejecutivos s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad: p. 2113

Asociación Mutual Sancor c/ Chaco, Provincia del y Otro s/ Cobro de sumas de dinero: p. 373

Astorga, Carlos Eugenio s/ Recurso extraordinario de nulidad inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad: p. 1835

B

B., C. B. y Otro c/ IOSPER y Otros s/ Acción de amparo: p. 2868

B., C. I. c/ S., A. N. s/ Cuidado personal del hijo (tenencia): p. 2384

B., E.M. s/ Reservado s/ adopción s/ casación: p. 2901

B., J. C. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ Amparo ley 16.986: p. 3472

B., M. A. y Otros c/ (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Amparo ley 16.986: p. 551

Badoza, Eduardo Raúl c/ EN – M° J y DDHH – resol. 1653/06 s/ Empleo público: p. 1635

Baima, Gabriel Luis c/ AFIP s/ Contencioso administrativo – varios: p. 2500

Ballesteros, Gabriela Verónica c/ Experta ART S.A. s/ Accidente - ley especial: p. 1283

Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Boullhensen, Pedro Armando s/ Otros - ejecutivo s/ Incidente de apelación (art. 250 C.P.C.C.): p. 421

Bergerot, Ana María y Otro c/ Salta, Provincia de y Otro s/ Incidente de ejecución de sentencia: p. 1831

Blaquier, Carlos Pedro Tadeo y Otro s/ Inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5: p. 1716

Bueno, Blas Eduardo c/ Swiss Medical ART S.A. y Otro s/ Accidente – acción civil: p. 2023

C

C., A. G. c/ C., C. J. s/ Reintegro de hijo: p. 325

C., M.I. c/ Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Otro s/ Prestaciones farmacológicas: p. 1744

C., M. L. y B., H. M. en nombre de su hija menor, V. A. B. c/ Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas s/ Amparo ley 16.986: p. 3451

C., R. L. y Otro c/ Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo ley 16.986: p. 329

Caamaño, Analía c/ EN – M° Justicia – DNRPA - RS 27-IV-09 (expte. 138768/03) y Otro s/ Proceso de conocimiento: p. 2779

Cáceres, Adriana Cintia s/ Amparo- Reemplazo del señor Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro Art. 164 del C.E.N.: p. 1843

Cáceres Carvajal, Héctor Omar c/ EN –M Seguridad– PNA s/ Amparo ley 16.986: p. 802

Caillava, Adriana Laura y Otros c/ Vess Logística SRL (síndico Dalavault Fernando Agustín) y Otros s/ Accidente – acción civil: p. 3345

Caja de Seguros S.A. c/ Obra Social de la Actividad de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ Art 553 CPCC: p. 116

Camacho, Oscar Carlos c/ Curtiembre Becas S.A. y Otro s/ Accidente – acción civil: p. 2026

Cámara Argentina de Especialidades Medicinales y Otro c/ Estado Nacional Ministerio de Industria de la Nación y Otros s/ Nulidad de acto administrativo: p. 3368

Camejo, Ricardo Esteban y Otros c/ EN – M Seguridad - PNA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 1388

- Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ Despido: p. 1336
- Cañete, Carlos Eusebio y Otro s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 3585
- Cañuelas Gas S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 3413
- Capex S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ Incidente de medida cautelar: p. 2086
- Capuano, Gustavo Ignacio s/ Infracción ley 22.415: p. 1444
- Carrió, Jorge Emanuel c/ Galeno ART S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 692
- Casco, Héctor Adolfo s/ Extradición -art.52: p. 2791
- Central Puerto S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 936
- Cerron Ruiz, Rina y Otros s/ Infracción art. 145 bis 1° párrafo (sustituido conf. art. 25 ley 26.842): p. 161
- Chukwudi, Anthoni s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 3458
- Churrurán, Darío Norberto c/ Asociat S.A. s/ Accidente de trabajo – recurso de inaplicabilidad de ley: p. 980
- Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 1033
- Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios: p. 3476
- Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y Otros s/ Proceso de conocimiento: p. 3636
- Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ P.E.N. s/ Amparo ley 16.986: p. 431
- Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos c/ Ministerio de Justicia –Direc Nac- Reg. Nac. Propiedad Automotor y Créditos Prendarios s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad: p. 2811
- Colombres, Federico José y Otro c/ Estado Nacional - M° de Economía s/ Proceso de conocimiento: p. 1711
- Colorantes Industriales Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: ps. 1845 y 2465
- Compañía Argentina de Granos S.A. c/ AFIP (D.G.I.) s/ Contencioso administrativo – varios: p. 277
- Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, Provincia de y Otros s/ Medida cautelar: p. 1920
- Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad: p. 441
- Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh c/ Formosa, Provincia de y Otro s/ Amparo ley 16.986: p. 3741
- Consejo de la Ingeniería de la Provincia de la Rioja s/ Casación: p. 666
- Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ Ordinario: p. 2251
- Conte, Lelia c/ Com. Nac. de Regul. del Transporte s/ Impugnación de acto administrativo: p. 2115
- Cooperativa de Trabajo Perfil Limitada c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción inconstitucionalidad: p. 1042
- Coronel, Ana Patricia y Otros s/ Infracción ley 24.144: p. 1911
- Corpus s/ Conc. Prev. Informe Verbal de la Sindicatura – Banco Hispano Corfin Cía. Fin. – s/ Recurso de queja: p. 2629
- Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 251
- Corvalán, José Darío c/ Intercórdoba S.A. s/ Ordinario – art. 212 LCT.: p. 1695
- Costa Ludueña, Peter Harry c/ UBA s/ Amparo ley 16.986: p. 3132
- Coutinho, María Inés c/ ANSeS s/ Reajustes varios.: p. 564
- Crivella, Gustavo Ismael y Otros s/ Homicidio culposo (art. 84, 2° párrafo): p. 2469
- Cruz, Gabriel Augusto c/ Telefónica de Argentina SA s/ Incumplimiento de servicio de telecomunicac.: p. 2507
- CTL S.A. s/ quiebra, Matías Alejandro Castillo c/ Casanuova S.A. y Otros s/ Ordinario: p. 2404

D

- Dávila, Luis César c/ Arcángel, Maggio S.A. y Otro s/ Accidente - acción civil: p. 3689
- De Aguirre, María Laura y Otro c/ La Pampa, Provincia de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental: p. 494

De la Fuente, Alejandro Damián c/ Qbe Argentina ART S.A. y Otro s/ Accidente – ley especial: p. 566

De la Vega, Rodrigo c/ Instituto Nacional de Tecnología Industrial s/ Medida cautelar: p. 1288

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro s/ Proceso de conocimiento: p. 507

Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco y Otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y/o Ministerio de Energía y Minería de la Nación y Otro s/ Medida cautelar (autónoma): p. 698

Desarrollos Educativos SA c/ Estado Nacional y Otros s/ Amparo ley 16.986: p. 1451

Diconca, Jorge Wilson c/ AR.GA.VA S.R.L. s/ Despido: p. 2029

Diez, Horacio Pedro y Otro s/ Legajo de apelación: p. 3782

Dino Mattioli S.A.I.C. s/ Incidente de revisión de crédito: p. 1047

Dirección Nacional de Vialidad c/ Silva, Juana Ruperta s/ Demanda por expropiación: p. 1002

Domínguez, Mario Rubén s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 1006

Droguería Kellerhoff SA c/ Municipalidad Santa Rosa Calamuchita s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad: p. 215

Duhau, Verónica y Otro s/ Incidente de incompetencia: p. 336

Dulcor S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ Acción declarativa de certeza: p. 2020

Dulcor S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ Incidente: p. 2644

Dupuy, José Luis c/ E.N.A. –Ejército Argentino– s/ Impugnación de acto administrativo: p. 701

E

Emdersa Generación Salta S.A. c/ EN – AFIP – DGI – Ley 25063 s/ Proceso de conocimiento: p. 757

EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ Inhibitoria: p. 3289

Escalona, Martín Reynaldo y Otro c/ Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) y Otro s/ Amparo ley 16.986: p. 1070

Escudero, Maximiliano Daniel s/ Recurso de casación: p. 378

Esso Petrolera Argentina S.R.L. y Otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ Acción contencioso administrativa: p. 2123

Etcheverry, Juan Bautista y Otros c/ EN s/ Amparo ley 16.986: p. 3011

F

Fábrica Militar Río Tercero s/ Infracción ley 24.051: p. 1642

Farías Bouvier, Néstor c/ Aerolíneas Argentinas S.A. y Otro s/ Ordinario: p. 57

Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otro s/ Pretensión anulatória – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.: p. 1557

Fernández, Néstor Fabián c/ EN - M Justicia y DDHH - SPF s/ Personal militar y civil de las FFAA y de seg.: p. 4

FIA (expte. 23.330/1581 y otros) y Otro c/ EN -M° Economía- AFIP resol. IG 08/06 y Otras s/ Proceso de conocimiento: p. 1411

Flores, Alcira Olga c/ Línea Nuevos Rumbos S.A. – Línea 132 y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 3305

Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo: p. 527

Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de; Estado Nacional y Otros s/ Acción ambiental meramente declarativa: p. 2922

G

G.D.S., G. y Otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo de salud: p. 2849

G., M. B. c/ Sancor Salud S.A. s/ Civil y comercial - varios: p. 3543

G., P. G. c/ V., A. K. s/ Reintegro de hijo: p. 2471

Gallego Beorlegui, Juan Pablo c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ Ejercicio de la abogacía – ley 23.187 – art. 47: p. 807

Gallo, Roberto y Otro s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 1146

Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ Reajustes varios: p. 3567

- García, Adam Gabriel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley: p. 2639
- García Blanco Esteban c/ ANSeS s/ Reajustes varios: p. 983
- García, Facundo Nicolás y Otros c/ Municipalidad de San Isidro y Otros s/: ps. 1291 y 1318
- Garín, Mauricio José s/ Extradición – art. 52: p. 21
- Gasnor SA c/ Municipalidad de La Banda s/ Acción meramente declarativa – medida cautelar: p. 2728
- Gatica, Humberto Oscar y Otros s/causa n° 14767: p. 2393
- GCBA c/ Centro Médico Santa Isabel S.A. s/ Ejecución fiscal – ingresos brutos – convenio multilateral: p. 645
- GCBA c/ Directamoint S.A. s/ Concurso preventivo: p. 3695
- Giménez, Diego David c/ Galeno ART S.A. s/ Accidente - ley especial: p. 709
- Giménez, Rosa Elisabe c/ Comisión Médica Central y/o ANSeS s/ Recurso directo ley 24.241: p. 1788
- Giorno SA c/ AFIP – DGI s/ Varios: p. 1458
- Glibota, Pedro Pablo y Otros c/ EN – MS Economía resol. 235 166 y 334/2011 y Otros s/ Proceso de conocimiento: p. 3573
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Chaco, Provincia del (Unidad de Gestión Provincial) s/ Ejecución fiscal: p. 1701
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: ps. 653 y 809
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Policía Federal Argentina) s/ Ejecución fiscal: p. 668
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Universidad de Buenos Aires) s/ Ejecución fiscal: p. 1043
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad - cobro de pesos (expediente digital): p. 660
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ Amparo – decreto 735/ PEN/2020: p. 1928
- Goizueta, Andrés Alejandro c/ Ejército Argentino – Contaduría General del Ejército – Estado Mayor General del Ejército – ENA s/ Contencioso administrativo-varios: p. 759
- Gómez, Carlos s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 40.232 del Tribunal de Casación Penal –Sala I-: p. 1930
- Gómez Rocca, Javier Hernán y Otros c/ Creatore, Víctor Juan y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 2002
- González, Alfredo Oscar c/ Duarte Bogarín, Carlos y Otro s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 672
- González Kriegel, María del Carmen y Otros c/ Provincia del Chaco s/ Ejecución de sentencia art. 97 ley 898: p. 220
- González, Ricardo c/ Prefectura Naval Argentina s/ Amparo por mora de la administración: p. 3146
- Gorosito, (Pdte. Barrio Pvd. Costa Verde) Paulo c/ Ministerio de Trabajo de la Nación s/ Recurso directo a juzgado: p. 1435
- Gotelli, Ricardo Pablo s/ Quiebra: p. 1464
- Goti, Alfredo Leonardo y Otro c/ EN – M° Economía – ONCCA (resol. 1378/07 M° AGP) y Otros s/ Proceso de conocimiento: p. 1149
- Grindetti, Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y Otro s/ Amparo colectivo: p. 575
- Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y Otros c/ Campos, Enrique Oscar y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 2256
- Gutiérrez, Mario Marcelo s/ Legajo de casación: p. 1899

H

- H., A. O. s/ Infracción ley 23.737: p. 1509
- Harlap, Ana María c/ OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Despido: p. 711
- Herrero Gallego, Lucas Martín y Otros s/ Extradición: p. 66
- Hope Casilla, Ervin s/ Benef. de litigar s/g: p. 3749
- Huang, Qiuming c/ EN – DNM s/ Recurso directo DNM: p. 3580

I

- Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 316
- Implantes SRL c/ Smith & Nephew Inc. s/ Daños y perjuicios: p. 2949

INC S.A. c/ Chubut, provincia del s/ Acción declarativa de certeza: p. 1230
 INC SA (TF 24.746 – I) c/ DGI: p. 1810
 Inspection and Control Services LTD c/ EN - M^o Economía s/ Proceso de conocimiento: p. 2573
 Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados c/ Red Hat Argentina SA s/ Incidente de incompetencia: p. 2104
 Inversora Ingentis S.A. c/ Petrominera Chubut S.A. s/ Organismos externos: p. 1335

J

Jockey Club Mar del Plata s/ Incidente causa civil y comercial distribución de quiebra y concursos: p. 1442
 Juárez, Carlos Alejandro y Otros s/ Incidente de incompetencia: p. 1438
 Juárez, Pedro Alejandro s/ Recurso de inconstitucionalidad: p. 1936
 Juárez, Sergio Daniel c/ Federación Patronal Seguros S.A. y Otro s/ Aaccidente – ley especial: p. 535

K

Kalinec, Eduardo Emilio s/ Infracción agravada de los funcionarios públicos: p. 362
 Kusiak, Marcela Antonia y Otros c/ Gendarmería Nacional s/ Ordinario: p. 1259

L

L. M. s/Abrigo: p. 2647
 L., T. c/ OSDE s/ Sumarísimo de salud: p. 2057
 La Pampa, Provincia de c/ San Juan, Provincia de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental: p. 1235
 La Voz del Interior S.A. c/ Provincia de Córdoba s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 1260
 Lázzari, Derval s/ Extradición: p. 1082
 Leccese, María del Valle c/ AFIP s/ Nulidad de acto administrativo: p. 721
 Lee, Carlos Roberto y Otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ Amparo – amparo colectivo (expediente digital): p. 1137

Lencina, Ramona Magdalena y Otros c/ Policía Federal Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 5
 Liendro, Ana Isabel c/ Fideicomiso Fondo de Compensación Ambiental Acumar s/ Despido: p. 724
 Loma del Pila S.R.L. c/ Comuna de Huasa Pampa s/ Inconstitucionalidad: p. 2830
 López Quintero, Adriana Sonia Patricia y Otros c/ EN – Dirección de Inteligencia del Ejército Argentino s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 675

M

M. P., C. F. s/ Determinación de la capacidad (vigente hasta 13/08/2015): p. 769
 Madero, José y Otros s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 2559
 Manfredotti, Mario Alberto c/ IPAUSS s/ Acción contencioso administrativa: p. 3418
 Marisi, Leandro y Otros c/ Poder Ejecutivo Nacional – PEN – Ministerio de Transporte de la Nación y Otro s/ Inc. apelación: p. 2543
 Matrángulo, Esteban c/ AFIP: p. 1266
 Mawiel, Jorge Alonso Armesto s/ Recurso de queja: p. 3431
 Mazza, Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y Otro s/ Daños y perjuicios: p. 1481
 Mazzoni, Miguel Ángel c/ Glucovil Argentina S.A. s/ Cobro de pesos – laboral – recurso de casación: p. 2172
 Mendoza, Provincia de c/ Valle de Las Leñas SA y Otros s/ Acción por daño ambiental: p. 1245
 Menéndez, Luciano Benjamín y Otros s/ Legajo de casación: p. 391
 Mercado, Florentino c/ E.N.TEL. (residual) s/ Cobro de pesos s/ sumas de dinero: p. 1010
 Mihura Estrada, Ricardo y Otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo ley 16.986: p. 344
 Milantic Trans S.A. c/ Ministerio de la Producción (Ast. Río Santiago y ot.) s/ Ejecución de sentencia – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad: p. 1857
 Minas Argentinas S.A. c/ Municipalidad de Esquel s/ Contencioso administrativo: p. 1657

Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción de inconstitucionalidad: p. 3209

Ministerio de Salud de la Nación s/ Resistencia o desobediencia a funcionario público: p. 1902

Miranda Castillo, Gloria Trinidad c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social de la Nación s/ Amparo ley 16.986: p. 3307

Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo: p. 2175

Moneta, Raúl Juan Pedro y Otros s/ Asociación ilícita y quiebra fraudulenta: p. 2015

Moneta, Raúl Juan Pedro y Otros s/ Otros, asociación ilícita y quiebra fraudulenta: p. 2011

Montero, Abelardo c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo: p. 140

Montiel, Víctor Salvador c/ Colialco S.A. y Otros s/ Accidente – acción civil: p. 62

Moram, Omar Arnaldo c/ Edesur SA s/ Daños y perjuicios: p. 2482

Moreyra, Roberto Carlos s/ Recurso de queja en causa n° 23.835 de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, Sala III de La Plata: p. 1142

Moschella, Ethel Mary c/ ANSeS s/ Ejecución previsional: p. 406

Moukartzel, María Alejandra c/ PEN MECON Ministerio de Justicia s/ Amparo ley 16.986: p. 159

Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP s/ Cobro de pesos: p. 3711

N

N.N. s/ Incidente de incompetencia. Damnificado: Alonso, Hernán Mariano: p. 2098

N.N. s/ Supresión del est. civ. de un menor (art. 139 inc. 2) – según texto original del C.P. ley 11.179: p. 572

N.N. y Otro s/ Incidente de incompetencia. Denunciante: Musse, Pablo Gustavo: p. 2665

Nemec, Carlos Guillermo s/ Impugnación extraordinaria: p. 2977

Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional s/ Impugnación de actos administrativos (impuesto a las ganancias - retención al trabajo personal en relación de dependencia): p. 3070

Nofal, Miranda c/ Edenor SA s/ Amparo: p. 684

O

O., S. M. c/ Prevención ART S.A. y Otro s/ Daños y perjuicios (accidente de trabajo): p. 3595

Ontiveros Flores, Rosalinda Vanesa s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 990

Orozco, Anabel Matilde s/ expediente n° 14/2016 Procurador General Suprema Corte solicita enjuiciamiento ley 4970 Dra. Anabel Orozco p/ jury p/ recurso extraordinario provincial: p. 1270

Otimi S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía s/ Proceso de conocimiento: p. 1703

Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/ Recurso directo DNM: p. 3600

P

P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ Medidas precautorias: p. 2669

P., F. N. c/ T., S. B. s/ Restitución internacional de niños: p. 1757

P., L. R. c/ IOSPER s/ Acción de amparo: p. 689

P., M. B. c/ Google Inc. y Otro s/ Interrupción de prescripción: ps. 1049 y 1535

Paoli, Gastón Alejandro s/ Incidente de incompetencia: p. 3720

Pelozo, Jacinta c/ Méndez, Enrique (fallecido) y Otros s/ Despido: p. 1675

Peralta, Crispín Antonio c/ EN –M Interior– DNM –resol 111/12 (ex 814477/06 80160/09) s/ Recurso directo DNM: p. 3683

Pérez, Sergio Gabriel c/ Scotton, Jorge Alberto s/ Daños y perjuicios – incump. Contractual (exc. Estado): p. 776

Pergentil, Fany c/ Gaspard, Carlos y Otros s/ Simulación: p. 1252

Petcoff Naidenoff, Luis s/ Incidente de inhibitoria: p. 126

Piedrabuena, Anibal Ariel c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 731

Pino, Seberino y Otros c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg: p. 2690

Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 2307

Porta Hnos. S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 355

Presa, María José Teresa c/ Estado Nacional Argentino s/ Daños y perjuicios: p. 1915

Price, Brian Alan y Otros s/ Homicidio simple: p. 1952

Procuración Penitenciaria de la Nación y Otros s/ Hábeas corpus: p. 545

Q

Quiroga, Raúl Fernando c/ M Justicia y DDHH s/ Indemnizaciones - ley 24.043 – art. 3: p. 2428

R

R. P., C. A. c/ M. O., N. D. R. s/ Restitución internacional de menores: ps. 274 y 997

Raco, Marco Nicolás y Otro c/ EN - M Seguridad –PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 3230

Ramaditas S.A. c/ A.F.I.P. s/ Juicio de conocimiento: p. 3610

Ramírez, Horacio Alberto s/ Extradición: p. 1362

Raymundo, Leonardo Matías c/ UGOFE S.A. y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte): p. 386

Repetto, Adolfo María c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/ Empleo público: p. 2752

Reynal, Alejandro s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 3761

Roa Restrepo, Henry c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM: p. 1013

Robledo, Héctor Pedro c/ Estado Nacional, Ministerio de Relaciones exteriores y Culto y Otros s/ Accidente –ley especial-: p. 2581

Rocca, Alejandro Carlos c/ UNLP s/ Acción mere declarativa de derecho: p. 2591

Rodríguez, Héctor Ismael s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 2409

Rolón, Juan Carlos c/ ANSeS s/ Amparos y sumarisimos: p. 1685

Romano, Valeria del Carmen c/ Prima S.A. s/ Despido: p. 244

Romero, Gisela Denisa c/ Formatos Eficientes S.A. y Otros s/ Despido: p. 1030

Romero, Hugo Fernando c/ Misiones, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 169

Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ Juicio sumarisimo: p. 3057

Romero, Rafael Oscar y Otros s/ otros, privación ilegal libertad personal, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada art. 142 inc. 5 y inf. art. 80 incs. 2°, 4° y 6°: p. 402

Ruiz, José María c/ Burzmiński, María Cristina y Otro s/ Desalojo: p. 1050

S

S., L. F. c/ D.O.S.E.M. s/ Cobro sumario sumas de dinero: p. 2109

S., N. E. c/ IOSFA s/ Amparo: p. 2080

S., S. I. c/ SIMECO s/ Amparo de salud: p. 1253

Saavedra, Silvia Graciela y Otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y Otros s/ Amparo ambiental: p. 174

Sala de Noro, Amalia Ángela s/ P.s.a. amenazas: p. 81

San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional de s/ Incidente de medida cautelar: p. 1232

Sánchez, Martín Ignacio c/ Pruzzo Pinna, Luisina Grisel s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 3547

Sanfilippo, Nicolás y Otro s/ Incidente de incompetencia: p. 1353

Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 3618

Santillán Ríos, Behel Bhoj Arbin s/ Extradición: p. 1374

Schwartz, Adrián Gabriel y Otros s/ Denuncia y daño agravado (art. 184. inc.5): p. 1904

Scotia Bank Uruguay S.A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ Incumplimiento de contrato: p. 2430

Seidenari, Edelweis Irene Eulogia c/ Galeno Argentina S.A. s/ Amparo: p. 1308

Serantes Peña, Diego Manuel c/ Alves Peña, Jerónimo Francisco s/ Ordinario: p. 2601

Servian, Fernando Javier s/ Extradición: p. 2062

Seva, Franco Gabriel c/ Asociart ART S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 1906

Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 1151

Sigma SA c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo: p. 3394

Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de asociaciones sindicales: p. 750

Sinopec Argentina Exploration and Production Inc (TF 3257-A) c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo: p. 1211

Sisti, Pedro Luis y Otro c/ Estado Nacional y Otros s/ Amparo: p. 603

Sosa, Fernando Pablo c/ Mondelez Argentina S.A. s/ Despido: p. 3700

Stefanov, Plamen Boianov s/ Extradición: p. 3385

Superintendencia de Servicios de Salud c/ O. S. Pers. Dirección Industria Privada del Petróleo s/ Cobro de aportes o contribuciones: p. 1539

Superintendencia de Servicios de Salud c/ Santa Cruz, Provincia de s/ Cobro de pesos: p. 1763

T

Tabacalera Sarandí S.A. c/ EN – AFIP–DGI s/ Proceso de conocimiento: p. 1051

Tabes S.A. c/ Estado Nacional s/ Acción meramente declarativa de derecho: p. 1360

Taffarel, Carlos Alberto s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 303

Tavares, Maximiliano Eduardo y Otro s/ Infracción ley 23.737: p. 1357

Telepiu S.A. s/ Incidente art. 250: p. 2955

Telmex Argentina S.A. c/ GCBA s/ Acción meramente declarativa (art. 227 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario y de inconstitucionalidad concedidos: p. 1769

Tolaba, Uvenceslao c/ Municipalidad de San Salvador de Jujuy s/ Demanda laboral indemnización por daños y perjuicios: p. 1783

Torday, Matías Nehuén s/ Incidente de incompetencia: p. 3706

Torres López, Juan Bautista y Otro c/ Casa Salud - Sistema Asistencial s/ Amparo: p. 3469

Torres, Noemí Marta c/ Villamil Altube Viajes SRL y Otro s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 1315

Transportadora Gas del Norte SA - inc. de rec. ext. II y Otro c/ resolución 526/04 ENARGAS y Otro s/ Interlocutorio: p. 3330

Turismo Doss S.A. c/ EN – AFIP – DGI – resol. 1/11 (NGDE) s/ Proceso de conocimiento: p. 307

U

Ullate, Sergio Raúl c/ Provincia de Córdoba y Otros s/ Amparo ley 16.986: p. 409

Unión del Personal Civil de la Nación UPCN –5- c/ Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas s/ Cobro de apor. o contrib.: p. 3613

V

Vallejos, Julio César c/ Hospital Interzonal Dr. José Penna y Otros s/ Daños y perjuicios: p. 1785

Valotta, María Concepción c/ Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 741

Vamos Juntos Capital Federal y Otro s/ Proclamación de Candidatos. Elecciones Primarias: p. 3551

Vargas, Ramón c/ Pascual, Daniel s/ Daños y perjuicios – daño moral: p. 3624

Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus: p. 1102

Vidal, Matías Fernando Cristóbal y Otros s/ Infracción ley 24.769: p. 3156

Videla, Ricardo y Otro s/ jurado de enjuiciamiento: p. 2441

Vivona, Mario Alberto c/ EN - M Defensa – FAA – dto. 1067/07 188/09 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 3401

Vogel, Yaakov Kopul s/ Extradición: p. 48

X

Xu, Bingbin c/ Dirección nacional de
Migraciones Delegación Córdoba s/ Recurso
directo a juzgado: p. 3438

Y

Y., G. N. c/ Obra Social de la Policía Federal s/
Inc. apelación: p. 223

YPF S.A. y Otro c/ Estado Nac. M° de Planific.
Fed. Inversión Públ. y Serv. s/ Escrituración:
p. 3625

Z

Zeni, Alejandra s/ Legajo de casación: p. 1896

Ziella, Adriana Inés c/ Asociación de Anestesia
Analgesia y Reanimación de Buenos Aires
(AAARBA) s/ Amparo: p. 1062

INDICE GENERAL

TOMO 344

VOLUMEN I

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	1
Febrero	1
Marzo	215
Abril	421
Mayo	809
Indice por los nombres de las partes	(I)

VOLUMEN II

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	1259
Junio	1259
Julio	1635
Agosto	1835
Septiembre	2113
Indice por los nombres de las partes	(I)

VOLUMEN III

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	2629
Octubre	2629
Noviembre	3413
Diciembre	3567
Acordadas	3793
Indice por los nombres de las partes	(I)

