

---

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

---

**TOMO 336**

**Volumen 2**

**2013**

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA  
336

DE JUSTICIA DE LA NACION  
336

**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 trascendentales que emite el Tribunal (acordada 37/2003).

En el sitio de Internet [www.csjn.gov.ar](http://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 1º)
- 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

DE JUSTICIA DE LA NACION  
336

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

FALLOS  
DE LA  
CORTE SUPREMA  
DE  
JUSTICIA DE LA NACIÓN

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA  
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 336 - VOLUMEN 2

**AGOSTO - DICIEMBRE**

2013

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 336 - II. -  
1a ed . - Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de  
Justicia de la Nación - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Corte  
Suprema de Justicia de la Nación, 2016.

Libro digital, HTML

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-1625-33-8

1. Fallos de la Corte. I. Título.

CDD 347.077

## ACORDADAS Y RESOLUCIONES

AÑO 2013

AGOSTO - DICIEMBRE

### ACORDADAS (\*)

1. Presupuesto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Año 2014. -Nº 21-.
2. Fijar el plazo de Inscripción o Reinscripción de Peritos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el Año 2014, del 1º al 29 de Noviembre de 2013 inclusive, en Lavalle 1429, Piso 6º en el horario de 9 a 13 horas. -Nº 22-.
3. Declarar que la operatividad de los recursos procesales que contempla la Ley 26.853 se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea. II. Hacer saber que oportunamente el Tribunal dictará las medidas conducentes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de los nuevos tribunales que trata la presente. -Nº 23-.
4. Aprobar el Protocolo de Registro de Sentencias, Acordadas y Resoluciones Administrativas. Disponer la creación de un Comité integrado por los Señores Presidentes de las distintas Cámaras Nacionales y Federales y de los Tribunales Orales, quienes tendrán la responsabilidad de implementar el presente régimen en sus respectivas jurisdicciones. Disponer que la publicación de las listas de causas en trámite en los distintos estrados a la que se refiere el artículo 2º de la Ley 26.856 se cumplirá, respecto de los Tribunales Inferiores, mediante el empleo del Sistema Informático de Gestión Judicial. Declarar inaplicable el artículo 4º de la Ley 26.856. -Nº 24-.
5. Declarar que la Ley Nº 26.857 es consistente con los principios de transparencia que aplica esta Corte Suprema desde el dictado de las respectivas acordadas. Declarar la inaplicabilidad del artículo 6º de la Ley Nº 26.857, y establecer como autoridad responsable de la aplicación del régimen de recepción, custodia, registro y archivo de las Declaraciones Juradas de los Magistrados y Funcionarios de este Tribunal, a la Secretaría General y de Administración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponer que las Declaraciones Juradas Públicas previstas en el artículo 4º de la Ley Nº 26.857 serán publicadas en la página web del Tribunal. -Nº 25-.
6. Establecer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como autoridad de aplicación de la Ley Nº 26.861, sancionará la reglamentación del procedimiento de concursos previsto para el ingreso al Poder Judicial de la Nación. Disponer que esta Corte Suprema dictará las medidas apropiadas que permitan una ordenada aplicación de la mencionada Ley. Declarar que, a partir del dictado de la presente acordada y hasta la confección de

las listas contempladas en los artículos 24 y 31 de la Ley N° 26.861, los cargos que deban cubrirse en el ámbito del Poder Judicial de la Nación tendrán carácter de transitorio, con las excepciones previstas. Disponer las áreas que quedan exceptuadas del procedimiento de concurso público en el ámbito del Consejo de la Magistratura. Excluir de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 26.861 a los cargos de funcionarios para cuyo acceso no se requiera acreditar la condición de letrado. Invitar a constituir una Comisión Interpoderes con la finalidad de aplicar de modo general el principio de ingreso democrático e igualitario en todos los poderes del Estado. -Nº 26-.

7. Fijar el Presupuesto de Gastos 2014 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y remitir el Presupuesto de Gastos 2014 del Consejo de la Magistratura. -Nº 27-.

8. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10% a partir del 1º de Julio de 2013, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -Nº 28-.

9. Designar al Doctor Juan Octavio GAUNA y a la Doctora María Graciela REIRIZ como miembros titular y suplente respectivamente, del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación. -Nº 29-.

10. Establecer la lista que figura en el Anexo del a presente como la lista de aspirantes a ingresar en los cargos que de acuerdo a las necesidades de la dependencia se asignen para integrar los equipos interdisciplinarios de la Oficina de Violencia Doméstica, la que tendrá una vigencia de 4 años. -Nº 30-.

11. Designar Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al Doctor Damián Ignacio FONT para desempeñarse como titular de la Secretaría Judicial N° 1. -Nº 31-.

12. Crear 3 (tres) comisiones sobre Celeridad de los Procesos de la Justicia Penal, las que tendrán carácter institucional, las cuales deberán elaborar propuestas con el fin de acelerar los juicios penales, dentro de las respectivas jurisdicciones. -Nº 32-.

13. Hacer saber al Señor Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal que se emplaza a ese organismo para que adopte -y comunique al Tribunal- las medidas eficaces a fin de evitar el pernoche de internos por más de una noche en el Centro de Detención Judicial -Unidad 28- y garantizar las debidas condiciones de detención a cuyo efecto se le otorga un plazo de 30 días hábiles, bajo apercibimiento de decretar de oficio las medidas que correspondan. -Nº 33-.

14. Crear el un Fondo Anticíclico – Corte Suprema de Justicia de la Nación – Obra Social del Poder Judicial de la Nación. -Nº 34-.

15. Establecer que el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos será de aplicación obligatoria para todos los recursos ordinarios y, de ser denegados, los recursos de queja correspondientes, las denuncias por retardo o denegación de justicia y todas las presentaciones varias, que se interpusieran a partir del 14 de Octubre de 2013. -Nº 35-.

16. Establecer que el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos será de aplicación con relación a las notificaciones que deben efectuarse en las causas radicadas ante la jurisdicción prevista en el Artículo 117 de la Constitución Nacional, con arreglo a lo dispuesto en la Acordada N° 51/73. Disponer que el nuevo régimen entrará en vigencia a partir del primer día hábil de Noviembre de 2013 con relación a todas las causas que se promuevan desde esa fecha. Aprobar el plan de difusión y capacitación. -N° 36-.

17. Designar en la Secretaría creada por Acordada 10/90 al Doctor Marcelo Julio NAVARRO, Secretario Letrado de esta Corte, quien a los efectos pertinentes tendrá las atribuciones y funciones de los Secretarios Generales. -N° 37-.

18. Extender el ámbito de aplicación del Sistema de Notificación Electrónica establecido por Acordada 31/11 a todo el ámbito del Poder Judicial de la Nación de acuerdo al plan de implementación gradual que se establece. -N° 38-.

19. Designar Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al Doctor Marcelo Julio NAVARRO para desempeñarse como titular de la Secretaría Judicial N° 6. -N° 39-.

20. Aprobar el Reglamento General del Cuerpo de Calígrafos Oficiales de la Justicia Nacional. -N° 40-.

21. Disponer la habilitación del Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en la ciudad de Esquel, provincia del Chubut. -N° 41-.

22. Ordenar que los depósitos que se efectúen en el Banco de la Nación Argentina con motivo de la interposición de los recursos de queja por denegación del extraordinario, serán invertidos a plazo fijo. La parte podrá optar por que el depósito efectuado quede excluido de este régimen. -N° 42-.

23. Establecer que el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos reglamentado por Acordada N° 31/11 será de aplicación obligatoria para todos los recursos de queja por denegación del extraordinario resueltos por los superiores tribunales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se presentaren a partir del primer día hábil posterior a la feria de enero de 2014. -N° 43-.

24. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 5% a partir del 1º de Diciembre de 2013, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -N° 44-.

25. Declarar feriado judicial los días 24, 26 y 31 de diciembre de 2013 e inhábil el día 02 de enero de 2014 para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del país.

-N° 45-.

26. Declarar asueto los días 24, 26 y 31 de diciembre de 2013 y 02 de enero de 2014 para la Oficina de Violencia Doméstica. -N° 46-.

27. Autoridades de Feria enero 2014. -Nº 47-.
28. Declarar asueto el día 23 de diciembre de 2013 a partir de las 12 horas, para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del país. -Nº 48-.
29. Fijar que los cargos de ingreso, a los efectos establecidos en la ley 26861, serán los establecidos en el escalafón aprobado por la acordada 9/2005, a saber: de ayudante para el personal llamado de “maestranza y oficios” en la ley (art. 19), de auxiliar para el personal denominado “empleados” (art. 20) y de secretarios y prosecutarios que requieren título de abogado para los funcionarios “letrados” (art. 28). Aprobar el “formulario de inscripción como postulante a ingresar al PJN”. Establecer que los interesados en ingresar al PJN deberán cumplir los requisitos establecidos en los arts. 6, 7 y 8 de la ley 26.861, según el cargo para el cual se postulen, y no verificar los impedimentos previstos en el art. 17, ni el art. 12 del RJN. Disponer que los formularios de inscripción se realizará en el mes de marzo de 2014. Declarar que hasta que se produzca la efectiva puesta en funcionamiento del régimen de ingreso que contempla la ley 26.861, lo que dispondrá esta Corte como autoridad de aplicación, los tribunales mantendrán las atribuciones de la acordada de Fallos: 240:107 para la designación y promoción de empleados, efectivos o interinos, en cargos de planta, o contratados. -Nº 49-.
30. Declarar asueto el día 30 de Diciembre de 2013 a partir de las 12 horas, para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del país. -Nº 50-.

---

(\*) Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el sitio Web [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) – Administración General – Acordadas.

## **RESOLUCION (\*)**

1. Rechaza recusación deducida por el Doctor Diego Carlos SANCHEZ - Separa al magistrado de determinadas causas - Art. 167 C.P.C.C.N. - Integración del Tribunal - Impone multa - Comunicación al Consejo de la Magistratura. –Nº 3096/ 2013-.

---

(\*) El documento de la lista precedente se encuentra disponible en el Sitio Web [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) – Administración General – Resoluciones.

**FALLOS DE LA CORTE SUPREMA**

**AGOSTO**

BARRANTES, JUAN MARTIN - MOLINAS DE BARRANTES TERESA - TEA S.R.L. C/ ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO S.A.  
S/ SUMARIO

*LIBERTAD DE PRENSA*

Cabe confirmar la sentencia que modificó la suma concedida en concepto de daño moral, en el marco de la demanda de daños y perjuicios promovida por particulares en virtud de la difusión de un informe periodístico, pues no han aceptado un cargo público ni asumido un rol influyente en el ordenamiento de la sociedad, ni tampoco han adoptado acto voluntario alguno ni pretendido influenciar en la resolución de asuntos públicos de un modo incompatible con los mecanismos naturalmente democráticos, por lo cual no han renunciado a su interés en la protección de su buen nombre y cuentan con argumentos para acudir ante los tribunales a fin de obtener la reparación de los perjuicios producidos por falsedades difamatorias, lo que no implica desconocer el interés general que puede suscitar la discusión pública de cuestiones de relevancia social como la de la temática que informó la investigación cuestionada en las actuaciones.

-La jueza Argibay, en disidencia parcial, respecto a los agravios atinentes a que los montos concedidos en concepto de indemnización eran excesivos y constituyan una censura encubierta, declaró inadmisible el recurso (art. 280 del CPCC)-

*REAL MALICIA*

El punto de partida de la doctrina de la real malicia está en el valor absoluto que tiene que tener la noticia en si, en su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional, a lo que se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores, si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos, revelando así el prioritario valor constitucional según el cual debe resguardarse el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran la discusión sobre asuntos públicos como garantía esencial del sistema republicano democrático.

-La jueza Argibay, en disidencia parcial, respecto a los agravios atinentes a que

los montos concedidos en concepto de indemnización eran excesivos y constituyían una censura encubierta, declaró inadmisible el recurso (art. 280 del CPCC).

### *LIBERTAD DE PRENSA*

Para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes a la discusión sobre asuntos de interés público, los funcionarios (o figuras públicas) deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio, basta la “negligencia precipitada” o “simple culpa” en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes.

(Doctrina del precedente “Ramos” (Fallos: 319:3428), ratificada en “Costa” (Fallos: 310:508).

-La jueza Argibay, en disidencia parcial, respecto a los agravios atinentes a que los montos concedidos en concepto de indemnización eran excesivos y constituyían una censura encubierta, declaró inadmisible el recurso (art. 280 del CPCC).

### *LIBERTAD DE PRENSA*

Cabe confirmar la sentencia que modificó la suma concedida en concepto de daño moral, en el marco de la demanda de daños y perjuicios promovida por particulares en virtud de la difusión de un informe periodístico, pues no corresponde aplicar a los actores -que no son funcionarios públicos ni figuras públicas- un estándar de “protección atenuada” del honor, concebido sólo para los casos en que esos funcionarios (o esas figuras) están comprometidos en temas de interés general.

-Voto del juez Petracchi-

### *LIBERTAD DE PRENSA*

Cabe revocar la sentencia que modificó la suma concedida en concepto de daño moral, en el marco de la demanda de daños y perjuicios promovida por particulares en virtud de la difusión de un informe periodístico, pues las opiniones, las ideas, los juicios de valor, los juicios hipotéticos o conjeturas, a diferencia de los hechos, dada su condición abstracta, no permiten predicar verdad o falsedad, no siendo adecuado aplicar un estándar de responsabilidad que las considera presupuestado, y sólo un interés público imperativo puede justificar la imposición de sanciones para el autor de ese juicio de valor cuando el afectado es un funcionario o una personalidad pública.

-Disidencia parcial de la jueza Highton de Nolasco, la que remitió al dictamen de la Procuración General y al precedente “Patitó” (Fallos: 331:1530) respecto a la doctrina de la “real malicia”.-

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta rechazó el recurso local de inconstitucionalidad que había sido interpuesto por la parte demandada en la presente causa, Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR), contra la sentencia pronunciada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de esa misma ciudad. En lo que interesa a los fines de este dictamen, en dicho resitorio la cámara resolvió: 1) admitir parcialmente el recurso interpuesto por los actores T. S.A., Juan M. B. y Teresa M. de B., modificando, de esa manera, la suma concedida en concepto de daño moral sufrido por ésta última; 2) hacer lugar al recurso introducido por el co-actor, Antonio P., admitiendo su demanda que había sido desestimada en la sentencia de primera instancia; y 3) denegar la apelación intentada contra la sentencia de grado por la parte demandada.

En los autos, el matrimonio compuesto por Juan M. B. y Teresa M. , actores en esta causa y propietarios de la empresa dedicada al turismo T. S.A., y un empleado de ésta última, Antonio P. , promovieron sendas demandas contra ARTEAR, reclamando daños y perjuicios en virtud de la difusión de un informe periodístico que tuvo por objeto indagar acerca de actividades relacionadas con la pornografía infantil, el turismo sexual y la prostitución de menores en nuestro país. El mencionado informe habría sido emitido en el mes de noviembre de 1996, en el programa televisivo de la señal LS83 TV Canal 13 (empresa licenciadora de ARTEAR) denominado “Telenoche Investiga”, sintiéndose los actores en la presente causa falsamente involucrados en él e invocando la lesión de su derecho al honor.

El Superior Tribunal rechazó el remedio intentado en el entendimiento de que éste no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma, habida cuenta de que la recurrente no se habría hecho cargo de los argumentos en los que habría reposado el pronunciamiento de la cámara de apelaciones. En este sentido, afirmó que las críticas de la impugnante sólo habrían traducido diferencias de criterio con los juzgadores, y que habrían sido insuficientes para rebatir las consideraciones de

éstos.

Brevemente, en relación con la falta de fundamentación atribuida a la sentencia de la cámara, el *a quo* recordó que en dicho resolutorio y con sustento en las constancias de la causa penal iniciada contra empleados de la empresa T S.A., en las declaraciones testimoniales recabadas y en el video del programa, se había establecido que la demandada divulgó una noticia obtenida mediante la actuación de periodistas, cuya inexactitud habría sido constatada previamente a su difusión. Señaló que la cámara sostuvo que el hecho denunciado por la investigación cuestionada sería inexistente respecto de T S.A., el matrimonio B y de P, que constituía una “burda invención”, lesionando, de esa manera, su derecho al honor y generando “perjuicios no amparados por la libertad de información”.

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs. 555/572), cuya denegatoria (fs. 621/625) motivó la presente queja.

-II-

La apelante afirmó que las libertades de expresión y de prensa habrían sido violentadas por una interpretación errada de las normas constitucionales que las amparan (artículos. 14 y 32 de la Constitución Nacional). Añadió que ello importaba el ejercicio de una censura “*a posteriori*”, que sería tan o más perjudicial que la censura previa.

En este sentido, la impugnante censuró la concesión de la indemnización solicitada por los accionantes ante la conducta “de quien se presentó como A ‘E. M.’ ofreciendo un ‘catálogo’ con niñas de 12 a 16 años, o de 18 o 20 años, fijando un ‘precio’ entre cien u ciento cincuenta pesos (l) por el ‘servicio’ y asegurando que lo que uno quiera imaginar al respecto él lo consigue”. Asimismo, agregó que habría sido efectivamente el co-demandante en la presente causa, Pastrana, quien dentro del ámbito de la Agencia T “ante el pedido de ‘seis u ocho pibas con disponibilidad de tres días’, lejos de extrañarse o de producir cualquier reacción negativa, respondió con absoluta seguridad: ‘Usted dirá, a tal hora, a tal lado, está. Lo que usted imagina, tiene. Hable conmigo’”. En consecuencia, sostuvo que sería impropio sostener que la investigación difundida televisivamente, habría

sido inventada por el medio, en especial habida cuenta de que “culminó con la aparición, dentro de una camioneta de la agencia T \_\_\_\_\_, al comando de un empleado de T\_\_\_\_\_, de una menor ‘dispuesta’ y ‘consciente’ de que va a prostituirse” (el subrayado pertenece al original).

En este orden de ideas, pues, la recurrente se refirió en primer lugar al contenido del informe periodístico cuestionado, y destacó que el tema sobre el cual versaba poseía una innegable trascendencia pública, tanto a nivel nacional como internacional, y aseveró, una vez más, que se refirió a un hecho verdadero, es decir, a la existencia en nuestro país del tráfico de menores y de su explotación sexual en el turismo. Asimismo, la recurrente manifestó que no tuvo intención de injuriar ni de perjudicar a los actores. Concluyó, en suma, que la condena recaída en el expediente habría sido lesiva del derecho a la libertad de expresión. Citó en apoyo de su tesis el precedente de V. E. publicado en Fallos: 314:1517 (“Vago, Jorge A. c/Ediciones de La Urraca S. A. y otros”).

De todas maneras argumentó que aun “...cuando se insista en reputar inexacta la noticia de marras (no lo fue), ello no resultaría suficiente para generar responsabilidad, porque dentro de las garantías a la libertad de prensa existe un margen de error permisible que ameritaba, en última instancia, el rechazo de la acción”. En este sentido, la impugnante agregó que una manifestación inexacta o errónea sería inevitable en los medios, pero que, no obstante ello, dicha manifestación debería ser protegida “...para que exista el margen de respiro (*the breathing space*) que la libertad de expresión necesita para existir”. En relación con esto último, invocó el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Gertz vs. Welch, Inc.* (418 U.S. 323 [1974]), que, en materia de libertad de expresión, reconoció que en el supuesto de sentarse una regla de estricta responsabilidad que obligara a un editor o a un radiodifusor a garantizar la precisión de sus aserciones fácticas, ello podría conducir a una “intolerable censura”, y que en consecuencia se necesita que alguna falsedad sea tolerada en aras de proteger el discurso que importa.

Como corolario de lo anterior, la recurrente argumentó que una eventual inexactitud en la información difundida no podría por sí sola generar responsabilidad en cabeza de los medios de comunicación, sino que también sería necesario acreditar

el factor de atribución subjetivo, culpa o dolo, aspecto que –alegó– no habría sido demostrado en la causa.

En otro orden de ideas, la impugnante afirmó que el fallo recurrido habría convalidado una “doble contradicción” y que ello ameritaría su anulación. Con ello se refirió a que la Corte de Salta reconoció que el fallo de primera instancia habría sido contradictorio al afirmar que la información difundida era inexacta respecto de la agencia T , pero no así respecto de P . Sin embargo –criticó la demandada–, no reconoció que posteriormente la cámara también habría incurrido en una contradicción al hacer lugar a la demanda interpuesta por P , afirmando por ello que el informe tampoco habría sido veraz respecto de este último.

Por otra parte, ARTEAR denunció la violación de su derecho de defensa, habida cuenta de que el fundamento de la sentencia reposaría exclusivamente en la causa penal 75072/96 [iniciada en virtud de la difusión de la investigación aquí cuestionada contra P y contra otro empleado de la empresa, Q ], de la cual –manifestó– ella no habría sido parte, ni tenido oportunidad de participar o controlar la prueba producida, en violación al principio de contradicción de la prueba.

Con relación a la valoración de la prueba alegó una vez más que los hechos cuestionados efectivamente habrían ocurrido, destacando que en la causa se habrían valorado arbitrariamente las pruebas, omitiendo considerar aquéllas que proporcionaban sustento a su pretensión y, por el contrario, teniendo por ciertos hechos relevantes que –en su entendimiento– no habrían sido acreditados.

En este punto la defensa letrada del medio periodístico hizo hincapié en la circunstancia de que el sobreseimiento de quienes fueran imputados en la mencionada causa penal, en nada debería conmover la decisión acerca de la concesión o no de una indemnización por daños y perjuicios, habida cuenta de que –según expresó–: “P , dentro de la agencia T , se comprometió a obtener los servicios sexuales de una menor de edad, a quien luego se contactó dentro de una camioneta de la empresa. Dicha menor, de 19 años (lo es para nuestra legislación civil y también lo era para la ley penal al momento de los hechos), no fue ‘inventada’ por mí representada. Tiene nombre y apellido: G A A , y estaba

dispuesta a prostituirse gracias a la intermediación de su ex compañero de trabajo [se refiere a P ] , quien por al motivo fue desvinculado de la empresa de la familia B ”.

Por otra parte, negó que en la investigación cuestionada se hubiera involucrado a la Sra. M de B y que se la hubiera considerado la “cabecilla de la organización”, afirmación que –según sostuvo– no se desprende de la noticia ni de la voz en off, que “en ningún momento la menciona”. Aseveró que sólo se podría inferir una relación entre aquélla y los hechos denunciados en razón de que los dependientes formularon sus manifestaciones dentro de la agencia T y en ocasión de sus empleos.

Finalmente, la parte demandada se agravió de lo que consideró una “excesiva e incausada indemnización”; manifestó al respecto que ello habría constituido una censura indirecta (artículos. 14 y 32 de la Constitución Nacional), así como también habría sido lesivo de sus derechos de propiedad y de defensa en juicio (artículos. 17 y 18 de la Constitución Nacional), pues el monto concedido no tendría sustento en las constancias agregadas a la causa. Tachó, en consecuencia, a la sentencia recurrida de arbitraria.

-III-

En primer lugar, antes de ingresar en el análisis de los agravios esgrimidos por la apelante en sustento de su pretensión, corresponde señalar lo siguiente. La cuestión principal debatida en el *sub examine* se relaciona con el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa. Como es sabido, este derecho puede entrar en colisión con otros –como el honor, en este caso– que, del mismo modo, merecen una amplia protección. En estos supuestos, se hace necesario analizar los alcances y límites de todos los derechos en pugna, y ponderar cuidadosamente cuál debe prevalecer.

En este sentido, aun cuando la recurrente no haya realizado una invocación expresa, tanto de las citas jurisprudenciales contenidas en su escrito recursivo como de los argumentos allí incluidos, se colige que cuestiona, en lo principal, el alejamiento del tribunal *a quo* de las reglas que en ayuda de aquella labor de armonización del ejercicio de esos diversos derechos V.E. ha adoptado, es decir,

la llamada doctrina de la “real malicia” (Fallos: 310:508, 314:1517 y 319:3428; entre otros).

Aclarado ello, estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48, toda vez que se encuentra en discusión la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre si (v. doctrina de Fallos: 327:789, entre otros).

-IV-

De esta manera, corresponde ingresar al análisis del fondo de la cuestión. Tal como se destacó en los párrafos anteriores, se discute aquí, en lo principal, la aplicación a los hechos del caso del estándar emanado de las reglas de la real malicia. Al respecto, y tal como expuse en mi dictamen en la causa P. 2297 L. XL. “Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros”, del 11 de abril de 2007 –a la que me remito por razones de brevedad–, cabe señalar brevemente que la mencionada doctrina es una ponderación de los intereses del honor y la libertad de prensa, según la cual, por razones de diseño de política constitucional, las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque producto de una publicación haya existido un daño efectivo al honor, en aras de proteger la cantidad más amplia posible de libertad de expresión futura. La razón es clara: la doctrina intenta estimular el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial del sistema republicano democrático y, entonces, ello determina que la libertad de expresión no se agote en las meras afirmaciones verdaderas u opiniones. Por el contrario, una regla que obligara a los medios a cerciorarse de la veracidad de todas sus afirmacionesaría desalentar la formulación de enunciados que, al momento de la publicación, sean considerados razonablemente ciertos (y que podrían efectivamente serlo), pero cuya veracidad no pudo ser corroborada con exactitud.

En el caso *sub examine*, es menester señalar que ni en el fallo recurrido ni

en las sucesivas sentencias pronunciadas en las instancias anteriores se tuvo por acreditado que los hechos denunciados por ARTEAR en el informe televisivo objeto de esta controversia hayan efectivamente acaecido, circunstancia que, entre otras, provocó la concesión de la indemnización pretendida por los demandantes. En efecto, allí sobre la base de las pruebas colectadas en el expediente se concluyó que, a diferencia de lo informado en el programa, no habría existido una organización dedicada a la promoción del turismo sexual en la provincia de Salta; y que a pesar de las afirmaciones realizadas por dos empleados de la agencia de turismo T en ese sentido, éstas propuestas habrían sido falsas y que los supuestos encuentros con menores nunca se habrían producido.

Sin embargo, y por el contrario, el medio demandado a través de las distintas etapas recursivas afirmó la veracidad de los hechos difundidos, haciendo especial hincapié en las circunstancias (documentadas en la filmación) de que el propio co-demandante en esta causa, P , junto con otro de los empleados de la empresa, Q , manifestó ante los periodistas que efectivamente podían conseguir menores de edad dispuestas a mantener relaciones sexuales a cambio de dinero y que inclusive se puede observar en el video a una menor.

Paralelamente, la apelante destacó también el interés público que –a su juicio– revestía el informe cuestionado por los actores y la importancia de proteger su libre divulgación, aun cuando según un examen efectuado *ex-post* lo allí relatado pudiera ser calificado de erróneo u inexacto y lesivo del honor de aquéllos, pues, de otra manera, podría verse cercenado el margen futuro del ejercicio de la libertad de prensa.

En este sentido –y de conformidad con lo expuesto más arriba–, considero correcta la tesisura sostenida por la recurrente pues si bien en un análisis realizado *ex-post* no se pudo comprobar que las afirmaciones contenidas en la investigación periodística se correspondieran con la realidad, la doctrina de la real malicia ampara, en principio, algunas falsedades en miras a la protección del interés prioritario que representa la comunicación de informaciones. De otra manera, como se dijo, se correría el riesgo de que información vital para el debate democrático quedara sin ser comunicada por el temor que representa sufrir una sanción. Es por

ello que sólo si el medio periodístico al momento de la difusión de la noticia conocía o desconsideró temerariamente su posible falsedad se genera el deber de reparar.

Al respecto, no debe soslayarse que se desprende tanto de la filmación cuestionada como de las declaraciones contenidas en el expediente que los propios P y Q aseveraron poder conseguir menores para que formaran parte de los supuestos “tours sexuales” e inclusive procedieron a la presentación de una menor quien también manifestó estar de acuerdo con la realización de tales encuentros, circunstancia que fue soslayada por el *a quo* mediante la afirmación de que, de conformidad con lo resuelto en las instancias anteriores, el hecho denunciado “sería inexistente respecto de T S.A., el matrimonio B y de P , que constituía una ‘burda invención’”.

En este sentido, dejando de lado que de las pruebas recolectadas en el expediente no se desprende que el medio periodístico hubiera conocido la inexistencia de los hechos difundidos en el informe periodístico, circunstancia que sería, de suyo, suficiente para revocar la sentencia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 315:28; 318:652), lo cierto es que fueron los propios empleados de la empresa los que con su comportamiento asumieron el riesgo de que se creyera que prostituían a jóvenes menores de edad y, por ello, no parece correcto que sea la demandada en esta causa sobre quien recaigan las consecuencias de aquél obrar, aún cuando la magnitud de la difusión que alcanzó lo que posteriormente se tuvo por desacreditado hubiera sido insospechado por los propios empleados de la empresa. Dicho en otras palabras, fueron los empleados quienes, mediante su comportamiento, expusieron su honra haciendo creer a quienes posteriormente resultaron periodistas que organizaban encuentros sexuales con menores de edad, y dieron lugar, de esta manera, al comportamiento que se concretó en el daño aquí alegado.

Esta circunstancia relativa a la autorresponsabilidad de los dos empleados (uno de ellos a la postre demandante) puede ser expresada de otra manera en relación a lo que importa, es decir, a la construcción de la regla de cuál es el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información que recae sobre el medio que la hace pública. Y al respecto parece evidente que el propósito de la regla

de la real malicia –esto es, constituir un parámetro destinado a proteger y promover la información pública aun cuando pueda dañarse el honor– se vería desvirtuado si el medio, con la premura inherente a la difusión de la información, tuviera siempre un estricto deber de corroboración ulterior aun en los casos en los que los propios implicados en la conducta cuya difusión resultaría lesiva al honor son la fuente de la información. Si un sujeto informa que él mismo realiza conductas impropias, los deberes de comprobación del medio que hace la investigación han de ser menores en comparación con los deberes que surgen de la recepción de la información relativa a que otro (diferente al informante) es quien lleva a cabo conductas de esa clase. No es temerario en la publicación el medio que considera posiblemente veraz una información dada por el mismo sujeto que la protagoniza, cuando del contexto en el que fue emitida la información no surgen evidencias de su falsedad que podrían ser fácilmente detectadas por el medio. Estatuir ulteriores deberes de comprobación en estos casos, salvo cuando de especiales circunstancias concomitantes (el desarrollo de una casuística no puede hacerse aquí) se desprenda evidentemente la falsedad de la información –lo que no parece haberse dado en la especie– entraría en colisión con el parámetro estatuido en materia de real malicia. Se trata de una evaluación de política constitucional que no puede ser subvertida en los casos en los que, justamente, hay identidad entre la fuente de la información difamatoria y el sujeto que resulta difamado por la difusión de la información.

No desconozco que estas consideraciones no son aplicables exactamente a los co-actores, (la empresa T S.A., Juan M. B y Teresa M de B ), ya que no fueron ellos quienes aseveraron ofrecer esos ilegales servicios. Pero lo cierto es que un parámetro parecido es aplicable. Se trata de empleados de la empresa quienes otorgaron la información y además aseveraron, como ya quedó claro, su propia responsabilidad en los hechos. Ello sigue siendo –aun respecto de quienes no realizaron la manifestación y particularmente por la veracidad que otorga la pertenencia a la estructura y la autoinclusión en la conducta– un elemento de juicio que incide en la medida exigible del deber de comprobación y habilita a la publicación de la información en aras del interés general. En este supuesto también hay que descartar la existencia de desconsideración temeraria al emitir la

información. En efecto, tal como señalé en mi dictamen en la causa S.C.M. 1126 L. XLI, “Melo, Leopoldo F. y otros c/Majul Luis Miguel” el fundamento del deber de tolerar lesiones al honor provocadas por afirmaciones de hecho falsas se vincula con una serie de factores. Uno de ellos radica en la preferencia de arriesgar que salgan a la luz informaciones cuya certeza absoluta no puede ser alcanzada al momento de la publicación, en tanto el beneficio que la sociedad obtendría en caso de ser cierta la información supera el valor del perjuicio producido. Por este motivo, en el caso tratado aquí, en el que evidentemente la índole esencialmente pública de la cuestión, combinada con el perjuicio que cabría esperar de que la publicación se hubiera demorado más produce que el estándar de diligencia debida que demuestre que el medio periodístico cumplió con el requisito de no haber actuado de manera “temerariamente desconsiderada” sea menos exigente y se encuentre satisfecho a la luz de las pruebas aportadas por el medio periodístico en su sustento.

-V-

Finalmente, y en atención a las consideraciones expuestas en el acápite anterior, considero inoficioso pronunciarme acerca de los demás agravios contenidos en el presente recurso.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la presente queja, admitir el recurso extraordinario interpuesto por la parte demandada y revocar la sentencia impugnada.

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2008.

ESTEBAN RIGHI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *1º de agosto de 2013.*

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA S.R.L. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los antecedentes de la causa están adecuadamente reseñados en los capítulos I, II y III del dictamen del señor Procurador General, los que se dan aquí por reproducidos *brevitatis causae*.

2º) Que con referencia a la cuestión federal indicada en el capítulo III del citado dictamen –invocada aplicación al caso de la doctrina de la llamada “real malicia”– corresponde recordar que en el caso “Ramos” (Fallos: 319:3428), el Tribunal ratificó la doctrina que ya había expresado en el precedente “Costa” (Fallos: 310:508), según la cual para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes a la discusión sobre asuntos de interés público, los funcionarios (o figuras públicas) deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio, basta la “negligencia precipitada” o “simple culpa” en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes (Fallos: 319:3428, considerandos 9º, 10 y sus citas; “Melo, Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel”, disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, Fallos: 334:1722, considerando 15).

3º) Que conforme lo expuesto este Tribunal ha establecido como principio un tratamiento diferenciado según la calidad del sujeto pasivo de la información. No debe olvidarse que la protección atenuada respecto de quienes ostentan calidad pública asume por fundamento principal el hecho de que éstas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y –por su condición– se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias (conf. Fallos: 316:2416, voto de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi; entre otros). Ello obliga a un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabi-

lidad, ya que lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva del deber de resarcir.

El fundamento expresado —siempre en el marco de la necesidad de garantizar un debate público robusto— ha permitido aludir a la posible extensión de esta doctrina respecto de supuestos en los que el objeto de la presunta difamación haya sido un simple ciudadano, mas bajo estrictas condiciones que en ningún caso pueden desatender el origen de tal extensión ni la calidad del asunto discutido.

4º) Que pesé a ello, la recurrente interpreta —con cita del precedente registrado en Fallos: 314:1517, in re "Vago", entre otros— que el estándar que surge de la doctrina de la real malicia puede resultar de aplicación —sin más— respecto de particulares que se encuentran "**involucrad(o)s (...) voluntaria o involuntariamente**" en una cuestión de interés general o público (cfr. fs. 177 vta.; énfasis agregado). De este modo, la apelante asigna a la jurisprudencia del Tribunal un efecto igualador —en cuanto a la utilización de la doctrina citada— que no distingue entre los sujetos pasivos de la información presumiblemente difamatoria ni atiende al significado de la garantía; tampoco a cuáles son los intereses tutelados por ella (cfr. fs. 178/178 vta.).

5º) Que lejos de poder colegirse del precedente citado esta aseveración, la Corte ha delineado de otro modo —y siempre como **obiter** respecto de particulares (Fallos: 320:1272 y "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", Fallos: 331:1530, entre otros)— el contexto en el cual podría privilegiarse la expresión por sobre el honor de determinadas personas y en ciertas situaciones específicas que, cabe adelantar, no se configuran en el sub lite.

Es sabido que la mera alusión a una nota de interés público o general, en modo alguno basta —tal como se verá a continuación— para soslayar el principio que se ha establecido con

relación a los casos efectivamente resueltos por el Tribunal; mucho menos para equiparar sin más los supuestos en los que el particular resulta implicado con aquellos otros en los que (ligeramente) interviene.

Antes bien, la recurrente debió en todo caso demostrar que la vulnerabilidad característica de los simples ciudadanos —que como tales se encuentran excluidos de la aludida “protección débil”— no se hallaba presente en la especie; cuanto menos, debió advertir si en conexión de sentido con ello, la dimensión de los asuntos discutidos (en términos de debate público y en tanto razón de ser de la real malicia) permitía absorber de alguna manera la condición de los sujetos involucrados.

6º) Que, en efecto y tal como fuera afirmado en el mencionado caso "Vago", el punto de partida de la doctrina cuya aplicación al sub examine la recurrente pretende (real malicia) “está en el valor absoluto que tiene que tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos”.

Dicha doctrina que —como se dijo— surge del aludido caso "Costa", revela el prioritario valor constitucional según el cual debe resguardarse el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran la discusión sobre asuntos públicos como garantía esencial del sistema republicano democrático.

En la interpretación, entonces, de esta Corte la prensa tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes y por función social, mediante la crónica, informar de todo cuanto ocurre en el mundo que nos rodea y que tenga interés público; permitir el control de los órganos del sistema republicano, defender los derechos individuales y hacer posible que cualquier

ciudadano participe en la acción de gobierno (Fallos: 312:916, disidencia del juez Fayt), garantizándose así también su cuota de influencia democrática. Y alumbrada, pues, "por la libertad, es decir por la injerencia de los pueblos en la gestión de sus destinos, hace posible la formación de una opinión (...) que todo lo ve y todo lo juzga sin temor" (cfr. Juan Bautista Alberdi, "El crimen de la guerra", AZ editora, Serie testimonial, San Pablo, 1994, p. 71).

De ahí que solo si en el contexto de dichos hechos han intervenido "funcionarios o figuras públicas, **incluso particulares** —que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información— su situación (...) obliga [a tales sujetos] a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa" (considerando 11, in re "Vago"; énfasis agregado).

7º) Que la garantía de libertad que ostentan en nuestra Constitución los discursos sobre asuntos de interés público atiende así a fortalecer la discusión e importa, entre otras cuestiones, hacer mérito de la doctrina tradicional de esta Corte según la cual la prensa sigue siendo condición necesaria de la existencia de un gobierno libre.

Asimismo, supone adoptar como criterio final de valoración que de no acreditarse, real malicia, deba asumirse la natural molestia que la noticia considerada difamatoria pueda producir en los intervenientes. Por ello también, se ha manifestado que dicho criterio no resulta aplicable cuando "la información **no se refier(a)** a funcionarios o figuras públicas, **ni a particulares que centren en su persona suficiente interés público**" (Fallos: 330:3685, in re "Sciammaro", voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt; énfasis agregado).

8º) Que, sin embargo, la recurrente no solo omitió dar razones para sostener que la condición de los sujetos Juan Martín Barrantes y Teresa María Molinas de Barrantes (propietat-

rios de la agencia de turismo TEA) podía ceder en este caso, si no que tampoco demostró –como era necesario a fin de fundar su pretensión en contra de lo sostenido por el a quo– cuán vital resultaba a los fines del debate público privilegiar la difusión de una imagen por sobre el honor de los particulares en cuestión.

Asimismo y en contradicción con su propio punto de partida (el del interés superior que a su entender tenía para la comunidad toda la noticia), la apelante no acreditó siquiera cómo la imposibilidad de vincular –por medio de una cámara oculta– la imagen de la empresa de turismo con quienes aparecían como presuntamente implicados en un delito (sus empleados) impedía la discusión pública acerca de temas tan trascendentales como "la pornografía infantil, el turismo sexual y la prostitución de menores".

En efecto, la recurrente solo aludió en abstracto a la innegable existencia de la problemática de la explotación sexual infantil tanto a nivel nacional como internacional y de allí derivó inopinadamente que el interés público se sostenía a partir de ese contexto respecto incluso de los propietarios de la agencia de turismo (conf. fs. 174 vta./175).

9º) Que, por lo demás, resulta claro que las instancias de acceso a la opinión pública con las que contaban los sujetos con quienes se vinculó una suerte de "*agent provocateur*" eran prácticamente nulas. Distinto, sería claramente el caso, si quienes hubiesen sido involucrados en una cuestión tan sensible como la "trata de personas" hubieran sido funcionarios públicos; ellos no podrían reclamar una mayor protección atento a su rol inherente.

Como es sabido, quien decide participar en política (argumento de la voluntariedad) acepta que en esta arena (que no se circumscribe al salón de sesiones) recibirá golpes que cualquier otro ciudadano consideraría insopportables, pues el emplezamiento en combate público expone a los contendientes a lesio-

nes a su fama y quien libremente decide una profesión no solo asume sus reglas de juego y consecuencias, sino también el papel que ha de representar para la sociedad (conf. García Ferrer, Juan José, *El Político - Su Honor y Vida Privada*, ed. Edisofer, Madrid, 1998, pág. 147). Del mismo modo se han expedido, tanto la Corte Suprema estadounidense como el Tribunal Constitucional alemán, los que han utilizado el argumento de la voluntariedad de la participación política del individuo, según el cual, la decisión de entrar en política supone asumir la posibilidad de que el honor resulte más fácil y frecuentemente dañado.

Por dicha razón, los medios de comunicación están legitimados para actuar asumiendo que los funcionarios públicos y las figuras públicas, se han expuesto voluntariamente a un riesgo agravado de lesión por falsedades difamatorias concernientes a ellos. No se justifica tal suposición con respecto a un particular (precisamente esta es la doctrina que se deriva del apartado III del fallo "Gertz v. Robert Welch, Inc.", 418 U.S. 323, citado en forma sesgada por la recurrente).

Es claro que en el sub lite, los particulares no han aceptado un cargo público ni asumido un rol influyente en el ordenamiento de la sociedad (conf. doctrina de "Curtis Publishing Co. v. Butts", 388 U.S. 164). Tampoco han adoptado acto voluntario alguno ni pretendido -de seguirse alguno de los parámetros utilizados por la casuística de la jurisprudencia norteamericana, cuyo acierto no cabe aquí considerar- influenciar en la resolución de asuntos públicos de un modo incompatible con los mecanismos naturalmente democráticos.

Por lo tanto, no han renunciado a parte alguna de su interés en la protección de su buen nombre y, consecuentemente, cuentan con argumentos más concluyentes para acudir ante los tribunales a fin de obtener la reparación de los perjuicios producidos por falsedades difamatorias (caso "Gertz", apartado citado).

10) Que lo dicho hasta aquí no importa en modo alguno

desconocer el interés general que puede suscitar la discusión pública de cuestiones de relevancia social como la de la temática que informó la investigación cuestionada en estas actuaciones.

Sin embargo, esta Corte considera que lo que el a quo ha decidido con respecto a este punto en nada afecta el pleno debate público en un Estado democrático, a la par que conjura el incommensurable daño que podría causar a los particulares antes nombrados, la exposición de su imagen en un contexto difamatorio. Desde esta perspectiva no se advierte que la nota difundida aparezca como corolario del ámbito de discurso garantido por la Constitución Nacional y necesario, por tanto, para proteger entre otras cuestiones la autodeterminación colectiva (conf. Owen M. Fiss, *La misión democrática de la prensa*, trad. de Roberto Saba y Christian Courtis, en publicación "No hay Derecho", Año IV, Nro. 10, diciembre 1993 - marzo 1994). Tampoco que se trate de la única manera de exponer ideas que de otro modo faltarían en el debate público.

Este simple cotejo demuestra que la extrema rigidez de la posición del recurrente sólo trasunta la aparente preservación de un dogma al referirse en términos absolutos a la "libertad de expresión" y limitándose a realizar citas que no guardan estricta relación con el caso de autos, olvidando la finalidad política que motiva a la doctrina de la real malicia y que como tal tuvo en cuenta el Tribunal al adoptar los criterios de ponderación que de ella surgen.

Por último, ni siquiera puede aducirse que la difamación sea consecuencia de la instantaneidad que requería el caso y que, por tanto, habría dificultado el logro de un más amplio margen de objetividad.

11) Que de tal modo y aun considerando que frente a la difusión de asuntos de interés público, la posibilidad de reprimir los juicios que pudieran tener contenido difamatorio sólo podría hallarse justificada en un muy estrecho margen, la protección que merecen los particulares del caso en cuanto a su

honor, obligaba a una mayor prudencia, bastando la "negligencia precipitada" o "simple culpa" en la propalación de imágenes o referencias de los demandantes antes nombrados para generar la condigna responsabilidad de la demandada.

En consecuencia, los argumentos expresados resultan suficientes para rechazar la pretensión de la recurrente en cuanto a la aplicación sin más de un estándar de "protección atenuada" respecto de simples particulares.

12) Que tampoco han de acogerse los agravios de la apelante relacionados con la supuesta arbitrariedad de la indemnización que los tribunales de grado han reconocido a favor de los señores Barrantes y de TEA S.R.L. En este sentido, las conclusiones de aquéllos respecto de los daños materiales y morales causados a los actores remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los tribunales de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la decisión apelada se sustenta en argumentos suficientes que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad invocada.

13) Que, en especial, resulta infundada la pretensión de la demandada de haber dejado al margen de la investigación a la señora Molinas de Barrantes. En efecto, del video surge que el locutor del programa afirmó que en la agencia TEA S.R.L. se habían "contratado servicios sexuales", se mostró la imagen de la mencionada señora y se hizo lo mismo con la imagen del logo de la agencia en reiteradas oportunidades. Resultaba lógico, entonces, que quienes vieran la emisión del programa concluyeran en la vinculación de la señora —titular de la agencia— con las afirmaciones de que era en ese ámbito donde se contrataban "servicios sexuales" prestados por menores. Las conclusiones del a quo sobre la negligente actuación del medio no resultan, en este punto, arbitrarias.

14) Que, en cambio, no corresponde atribuir responsabilidad al medio periodístico por los daños invocados por Anto-

nio Pastrana, pues lo cierto es que —como señala en su dictamen el señor Procurador General— fueron los propios empleados de la agencia quienes con su comportamiento asumieron el riesgo de que se creyera que prostituían a jóvenes menores de edad y, por ello, no parece procedente que sea la demandada en esta causa sobre quien recaigan las consecuencias de aquel obrar. Dicho en otras palabras, fueron los chóferes de la agencia los que, con su conducta, expusieron su honra haciendo creer a quienes posteriormente resultaron periodistas, que organizaban encuentros sexuales con menores de edad y dieron lugar, de esta manera, al comportamiento que se concretó en el daño aquí alegado.

15) Que en el mencionado dictamen —cuyas consideraciones se comparten en este aspecto— se señala que si un sujeto informa que él mismo realiza conductas impropias, los deberes de comprobación del medio que hace la investigación han de ser menores en comparación con los que surgen de la recepción de la información relativa a que otra persona (diferente al informante) es quien lleva a cabo conductas de esa clase. En tales circunstancias, no es reprochable que el medio difunda una información que considera posiblemente veraz si ha sido suministrada por el mismo sujeto que la protagonizó.

16) Que si bien en la causa penal se ha dictado el sobreseimiento de Antonio Pastrana, dicha circunstancia se verificó después de haberse difundido la noticia por televisión y de haberse realizado una profusa investigación en sede criminal, circunstancia que descarta —en este aspecto— un obrar imprudente por parte de la demandada. El hecho de que ésta hubiese dado un tinte sensacionalista a la noticia al hablar de una “organización delictiva” dedicada al turismo sexual infantil que en realidad no existía, no legitima el reclamo de daño moral efectuado por una persona que admitió expresamente haber efectuado ofrecimientos de esa naturaleza, aunque después haya intentado justificar esa actitud “para hacerse el canchero” y “para no pasar por pajuerano” frente a los empresarios porteños que “querían hacerse los vivos” (conf. declaración indagatoria obrante a fs. 42/45 de la causa penal).

17) Que, por lo demás, cabe señalar que cuando el órgano de prensa se limita a informar sobre los hechos tal cual ellos ocurrieron o reproduce la noticia divulgada por una fuente debidamente identificada, las dudas que pudieran generarse en la opinión pública sobre la conducta de sus protagonistas han de reputarse como consecuencias inmediatas y directas de lo ocurrido y no de la acción de informar, la cual, por lo demás, ha de ser preservada al máximo a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información.

Por lo expresado, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada y se confirma el pronunciamiento apelado en lo relacionado al progreso de la demanda deducida por Juan Martín Barrantes, Teresa Molinas de Barrantes y TEA S.R.L. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la ley 48, se revoca el fallo apelado en cuanto admite la demanda deducida por Antonio Pastrana, la que es rechazada. Con costas al vencido en todas las instancias (art. 68 cit.). Reintégrese el depósito.

Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

(en discordancia parcial)

-//-/TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que los antecedentes de la causa están adecuadamente reseñados en los capítulos I, II y III, del dictamen del señor Procurador General, los que se dan aquí por reproducidos brevitatis causae.

2º) Que con referencia a la cuestión federal indicada en el cap. III del referido dictamen -invocada aplicación al caso de la doctrina de la llamada "real malicia"- corresponde recordar que en el caso "Ramos" (Fallos: 319:3428), el Tribunal ratificó la doctrina que ya había expresado en el precedente "Costa" (Fallos: 310:508), según la cual para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio

de su ministerio, los funcionarios públicos (o figuras públicas) deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio, basta la "negligencia precipitada" o "simple culpa" en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes (Fallos: 319: 3428, considerandos 9º, 10 y sus citas).

3º) Que, según lo expuesto, cuando se trata -como los actores en el sub lite- de ciudadanos comunes (en ningún momento se adujo que fueran funcionarios públicos ni figuras públicas), basta con la acreditación de la *simple culpa*, aun cuando se considere que el tema sobre el que versaba la nota era de interés público o general. Este criterio, que es también el de la jurisprudencia de la Suprema Corte Norteamericana ("Gertz vs. Robert Welch, Inc.", 418 U.S. 323, año 1974), ha sido reafirmado por esta Corte en Fallos: 321:3170 (caso "Díaz", voto de los jueces Belluscio y Bossert, considerando 7º; Fayt, considerando 10; Petracchi, considerando 3º; Boggiano, considerando 13; y Vázquez, considerando 12); en Fallos: 324:4433 (caso "Guazzoni", voto de los jueces Fayt, considerando 11 y Vázquez, considerando 13); en Fallos: 325:50, (caso "Spacarstel", voto de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 8º); Fallos: 326:2491 (caso "Menem, Amado Calixto", considerando 6º) y 4285 (caso "Perini", considerando 27).

4º) Que, en consecuencia, no corresponde aplicar a los actores -que no son funcionarios públicos ni figuras públicas- un estándar de "protección atenuada" del honor, concebido sólo para los casos en que esos funcionarios (o esas figuras) están comprometidos en temas de interés general (conf. Fallos: 316:2416, caso "Triacca" considerando 12 y Fallos: 319:3428, caso "Ramos", considerando 9º). Esto resulta suficiente para rechazar -en este aspecto- la pretensión de la recurrente.

5º) Que tampoco han de acogerse los agravios de la apelante relacionados con la supuesta arbitrariedad de la indem-

nización que los tribunales de grado han reconocido a favor de los señores Barrantes y de TEA S.R.L. En este sentido, las conclusiones de aquéllos respecto de los daños materiales y morales causados a los actores remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los tribunales de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la decisión apelada se sustenta en argumentos suficientes que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad invocada.

6º) Que, en especial, resulta infundada la pretensión de la demandada de haber dejado al margen de la investigación a la señora Molinas de Barrantes. En efecto, del video surge que el locutor del programa afirmó que en la agencia TEA S.R.L. se habían “contratado servicios sexuales”, se mostró la imagen de la mencionada señora y se hizo lo mismo con la imagen del logo de la agencia en reiteradas oportunidades. Resultaba lógico, entonces, que quienes vieran la emisión del programa concluyeran en la vinculación de la señora —titular de la agencia— con las afirmaciones de que era en ese ámbito donde se contrataban “servicios sexuales” prestados por menores. Las conclusiones del a quo sobre la negligente actuación del medio no resultan, en este punto, arbitrarias.

7º) Que, en cambio, no corresponde atribuir responsabilidad al medio periodístico por los daños invocados por Antonio Pastrana, pues lo cierto es que —como señala en su dictamen el señor Procurador General— fueron los propios empleados de la agencia quienes con su comportamiento asumieron el riesgo de que se creyera que prostituían a jóvenes menores de edad y, por ello, no parece procedente que sea la demandada en esta causa sobre quien recaigan las consecuencias de aquel obrar. Dicho en otras palabras, fueron los chóferes de la agencia los que, con su conducta, expusieron su honra haciendo creer a quienes posteriormente resultaron periodistas, que organizaban encuentros sexuales con menores de edad y dieron lugar, de esta manera, al comportamiento que se concretó en el daño aquí alegado.

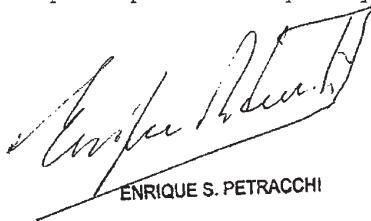
8º) Que en el mencionado dictamen –cuyas consideraciones se comparten en este aspecto– se señala que si un sujeto informa que él mismo realiza conductas impropias, los deberes de comprobación del medio que hace la investigación han de ser menores en comparación con los que surgen de la recepción de la información relativa a que otra persona (diferente al informante) es quien lleva a cabo conductas de esa clase. En tales circunstancias, no es reprochable que el medio difunda una información que considera posiblemente veraz si ha sido suministrada por el mismo sujeto que la protagonizó.

9º) Que si bien en la causa penal se ha dictado el sobreseimiento de Antonio Pastrana, dicha circunstancia se verificó después de haberse difundido la noticia por televisión y de haberse realizado una profusa investigación en sede criminal, circunstancia que descarta –en este aspecto– un obrar imprudente por parte de la demandada. El hecho de que ésta hubiese dado un tinte sensacionalista a la noticia al hablar de una “organización delictiva” dedicada al turismo sexual infantil que en realidad no existía, no legitima el reclamo de daño moral efectuado por una persona que admitió expresamente haber efectuado ofrecimientos de esa naturaleza, aunque después haya intentado justificar esa actitud “para hacerse el canchero” y “para no pasar por pajuerano” frente a los empresarios porteños que “querían hacerse los vivos” (conf. declaración indagatoria obrante a fs. 42/45 de la causa penal).

10) Que, por lo demás, cabe señalar que cuando el órgano de prensa se limita a informar sobre los hechos tal cual ellos ocurrieron o reproduce la noticia divulgada por una fuente debidamente identificada, las dudas que pudieran generarse en la opinión pública sobre la conducta de sus protagonistas han de reputarse como consecuencias inmediatas y directas de lo ocurrido y no de la acción de informar, la cual, por lo demás, ha de ser preservada al máximo a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información.

Por lo expresado, habiendo dictaminado el señor Procurador

General, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada y se confirma el pronunciamiento apelado en lo relacionado al progreso de la demanda deducida por Juan Martín Barrantes, Teresa Molinas de Barrantes y TEA S.R.L. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la ley 48, se revoca el fallo apelado en cuanto admite la demanda deducida por Antonio Pastrana, la que es rechazada. Con costas al vencido en todas las instancias (art. 68 citado). Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.



DISI-/-

ENRIQUE S. PETRACCHI

-//DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

Que la suscripta comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación y remite a sus consideraciones respecto a la doctrina constitucional de la real malicia efectuadas en la causa "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros" (Fallos: 331:1530).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar al recurso interpuesto y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al princi-

pal. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

DISI-//-

-//DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que los antecedentes de la causa están adecuadamente reseñados en los capítulos I, II y III del dictamen del señor Procurador General, los que se dan aquí por reproducidos, *brevitatis causae*.

2º) Que con referencia a la cuestión federal indicada en el cap. III del referido dictamen -invocada aplicación al caso de la doctrina de la llamada "real malicia"- corresponde recordar que en el caso "Ramos" (Fallos: 319:3428), el Tribunal ratificó la doctrina que ya había expresado en el precedente "Costa" (Fallos: 310:508), según la cual para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos (o figuras públicas) deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio, basta la "negligencia precipitada" o "simple culpa" en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes (Fallos: 319: 3428, considerandos 9º, 10 y sus citas).

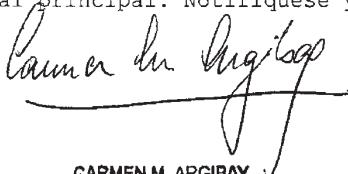
3º) Que, según lo expuesto, cuando se trata -como los actores en el sub lite- de ciudadanos comunes (en ningún momento

se adujo que fueran funcionarios públicos ni figuras públicas), basta con la acreditación de la *simple culpa*, aun cuando se considere que el tema sobre el que versaba la nota era de interés público o general. Este criterio, que es también el de la jurisprudencia de la Suprema Corte Norteamericana ("Gertz vs. Robert Welch, Inc.", 418 U.S. 323, año 1974), ha sido reafirmado por esta Corte en Fallos: 321:3170 (caso "Díaz", voto de los jueces Belluscio y Bossert, considerando 7º; Fayt, considerando 10; Petracchi, considerando 3º; Boggiano, considerando 13; y Vázquez, considerando 12); en Fallos: 324:4433 (caso "Guazzoni", voto de los jueces Fayt, considerando 11 y Vázquez, considerando 13); en Fallos: 325:50, (caso "Spacarstel", voto de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 8º); Fallos: 326:2491 (caso "Menem, Amado Calixto", considerando 6º) y 4285 (caso "Perini", considerando 27).

4º) Que, en consecuencia, no corresponde aplicar a los actores -que no son funcionarios públicos ni figuras públicas- un estándar de "protección atenuada" del honor, concebido sólo para los casos en que esos funcionarios (o esas figuras) están comprometidos en temas de interés general (conf. Fallos: 316:2416, caso "Triacca" considerando 12 y Fallos: 319:3428, caso "Ramos", considerando 9º). Esto resulta suficiente para rechazar -en este aspecto- la pretensión de la recurrente.

5º) Los demás agravios de la apelante tales como que los jueces de la causa no tuvieron en cuenta las grotescas intervenciones de Pastrana y de Quinteros ni la complaciente actitud de sus empleadores, que contrariamente a lo que afirmaron, jamás habían sindicado a Teresa Molinas de Barrantes como cabecilla o integrante de una organización delictiva dedicada al comercio sexual con menores de edad, y que los montos concedidos en concepto de indemnización eran excesivos y constituyan una censura encubierta, remiten a cuestiones fácticas y de derecho común ajenos a la instancia del art. 14 de la ley 48, por lo que el recurso extraordinario, resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por lo expresado, oido el señor Procurador General, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por el demandado y se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., representada por el Dr. Luis María Novillo Linarez y patrocinada por el Dr. Nicolás Sergio Novoa.

Tribunal de origen: Corte de Justicia de la Provincia de Salta.

Tribunal que intervino con anterioridad: Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta.

---

CLINICA MARINI S.A.  
S/ QUIEBRA

*QUIEBRA*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la petición de la Fiscal General de Cámara, de notificar personalmente o por cédula a los acreedores laborales el último proyecto de distribución en la quiebra y desestimó asimismo el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley 24.522, en su aplicación a los acreedores laborales, dado que la propia ley autoriza la publicidad del proyecto de distribución de fondos por otros mecanismos alternativos -aunque en determinadas circunstancias- de modo que el tribunal debió examinar la incidencia de dicha cuestión a la luz de la normativa referida respecto de los acreedores laborales que cuentan con una especial tutela, a fin de procurarles la real satisfacción de los créditos adeudados que revisten carácter alimentario.

(Ver en igual sentido, sentencias de la misma fecha en causas D. 231. XLIV. Dolce Pasti S.A., A. 113. XLVI. AESA Aceros Especiales S.A. y C. 1011. XLIV. CASE S.A.C.I.F.I.E.).

*QUIEBRA*

Los efectos de la petición de notificar a los acreedores laborales el último proyecto de distribución de la quiebra y evaluar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley 24.522, resulta imprescindible efectuar un análisis dife-

renciado, evaluando los respectivos intereses en juego, máxime cuando se trata de proteger la percepción de créditos laborales.

(Ver en igual sentido, sentencias de la misma fecha en causas D. 231. XLIV. Dolce Pasti S.A., A. 113. XLVI. AESA Aceros Especiales S.A. y C. 1011. XLIV. CASE S.A.C.I.F.I.E.).

### *QUIEBRA*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la petición de la Fiscal General de Cámara, de notificar personalmente o por cédula a los acreedores laborales el último proyecto de distribución en la quiebra y desestimó asimismo el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley 24.522, en su aplicación a los acreedores laborales, pues al declarar extemporánea la presentación del Ministerio Público, el tribunal prescindió de examinar su legitimación en orden a las normas constitucionales invocadas y a la ley que regula su actuación en juicio, extremos que revisten decisiva incidencia en la valoración de la tempestividad y alcance de su presentación, omitiendo analizar si las facultades constitucionales y legales de aquél lo autorizaban a actuar en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, y cuál sería, en tal caso, el marco de esa actuación.

(Ver en igual sentido, sentencias de la misma fecha en causas D. 231. XLIV. Dolce Pasti S.A., A. 113. XLVI. AESA Aceros Especiales S.A. y C. 1011. XLIV. CASE S.A.C.I.F.I.E.).

### *LEGITIMACION PROCESAL*

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.

(Ver en igual sentido, sentencias de la misma fecha en causas D. 231. XLIV. Dolce Pasti S.A., A. 113. XLVI. AESA Aceros Especiales S.A. y C. 1011. XLIV. CASE S.A.C.I.F.I.E.).

### **FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, 1º de agosto de 2.013 .

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa Clínica Marini S.A. s/ quiebra", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial interpuso recurso extraordinario contra la sentencia dictada por la Sala B de ese tribunal, en cuanto rechazó su petición de notificar personalmente o por cédula a los acreedores laborales el último proyecto de distribución en la quiebra y desestimó asimismo el planteo de constitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley 24.522, en su aplicación a los acreedores laborales, siendo que el primero de ellos dispone la notificación por edictos de los proyectos distributivos en la quiebra y el segundo, la caducidad de los dividendos al año desde la aprobación de la distribución.

La señora Procuradora Fiscal sostuvo el recurso a fs. 50/51.

2º) Que el a quo desestimó el remedio federal en razón de la falta de legitimación de la recurrente para articular dicho recurso. Señaló que es improponible la vía recursiva del Ministerio Público en representación de los acreedores laborales, en la medida en que éstos no hayan deducido recurso federal alguno en el cual el síndico sea parte, conforme al art. 276 de la ley de concursos y destacó que tales acreedores habían consentido el decisorio en cuestión.

Añadió la cámara que, de todos modos, correspondía rechazar el recurso por aplicación del art. 14 de la ley 48 y desestimó la procedencia de la apelación con fundamento en la índole de los agravios vertidos por la Fiscal General.

3º) Que la recurrente acudió en queja ante este Tribunal, señalando que la cámara había confundido la actuación en defensa de las partes -en el caso, los acreedores laborales- con la defensa del interés general, facultad conferida por el art. 120 de la Constitución Nacional y por los incs. a, b, f, g y h, del art. 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y lo dispuesto por el art. 276 de la ley 24.522, que reconoce el carácter de parte del Ministerio Público en el proceso de quiebra. Controvirtió también los motivos de la denegatoria en tanto

la cámara juzgó que las cuestiones en debate eran de hecho, de derecho común y de naturaleza no constitucional, señalando que concurren dos cuestiones federales complejas, una directa y otra indirecta. En primer lugar, manifestó que existe un conflicto entre la aplicación de los arts. 218 y 224 a los créditos laborales y lo dispuesto en los arts. 14 bis, 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional. Por otro lado, advirtió la existencia de conflicto entre la aplicación de las normas mencionadas a los acreedores laborales y lo establecido por el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo. Mantuvo, además, la afirmación de que la sentencia apelada es arbitraria en tanto omite la consideración y tratamiento de la inconstitucionalidad planteada por la Fiscalía.

4º) Que un orden lógico impone examinar en primer término los motivos de la denegatoria del recurso extraordinario fundados en la falta de legitimación de la Fiscal General para deducirlo.

En el punto, 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).

Por consiguiente, en este aspecto la queja resulta procedente y, en consecuencia, debe ser admitida la legitimación de la Fiscal General para interponer el presente recurso extraordinario.

5º) Que es doctrina reiterada de este Tribunal que, al alegarse en el recurso extraordinario tanto arbitrariedad como cuestión federal, corresponde examinar inicialmente la primera, dado que de existir esa tacha, en rigor no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 324:3394 y 3774; 325:279; 327:2163, entre otros).

6º) Que si bien las cuestiones que se suscitan en torno a los hechos, prueba, interpretación de derecho común y procesal constituyen, por vía de principio, facultades de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 264:301; 279:312; 292:564; 315:1574, entre muchos otros), ello no es óbice para que la Corte pueda conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción al principio, con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 315:1574 y sus citas; 316:1141; 324:2542 y sus citas, entre muchos otros).

7º) Que la cámara de apelaciones rechazó la alegación de constitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley de concursos, sosteniendo que el planteo del Ministerio Público había sido introducido tardíamente, en función de la fecha de publicación de los edictos haciendo saber la existencia del proyecto distributivo.

Como lo sostiene la recurrente, al resolver de tal modo el a quo incurrió en un doble error en la fundamentación del fallo, al desvirtuar el eje del planteo y la aplicación de las normas en juego.

8º) Que, en efecto, la Fiscal General impugnó la constitucionalidad de los arts. 218 y 224 de la ley de concursos en su aplicación a los acreedores laborales, en razón de la falta de idoneidad de la publicación de edictos para hacer saber la existencia del proyecto distributivo a tales acreedores, teniendo en cuenta que usualmente transcurren varios años entre la declaración de quiebra y la distribución de fondos —en el caso de autos, la falencia fue declarada el 3 de octubre de 1984— y la dificultad que implica para los trabajadores controlar el expediente y aún mantener contacto con sus letrados, siendo por demás evidente que la lectura sistemática del Boletín Oficial no

se encuentra al alcance de la mayoría de ellos. Desde esa perspectiva, considera la Fiscal General que el juego de esa norma con el brevísimo término de caducidad del art. 124 de la ley 24.522 –que redujo a un año el plazo de cinco años que establecía la ley 19.551– afecta gravemente los derechos de los trabajadores, que presumiblemente no habrán renunciado a percibir sus créditos alimentarios, sino que no han tomado conocimiento de que los importes se encuentran a su disposición. Se suma a ello que la consecuencia de la caducidad es que esos créditos –que en el caso alcanzan a cuantiosas sumas de dinero– se destinan al patrimonio estatal, lo que la Fiscal General considera contrario al art. 8º, inc. 1º del Convenio 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, que dispone que: "La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y en particular a los del Estado y de la Seguridad Social" por lo que no resulta constitucionalmente admisible que tales fondos sean asignados al Estado por una presunción de abandono que se sustenta en una ficción legal, no compatible con la situación descripta.

9º) Que la cámara interpretó erróneamente el planteo de la Fiscal General al decidir que el plazo para su formulación se computaba desde la publicación de edictos haciendo saber el proyecto distributivo, ya que no era éste el cuestionado, sino el dictado de una decisión declarando la caducidad de los dividendos, que había sido pronunciada en primera instancia y se hallaba recurrida ante la alzada. También asiste razón a la recurrente cuando destaca que el a quo no aplicó igual razonamiento a los acreedores laborales que apelaron la resolución de primera instancia, a quienes no exigió cuestionamiento alguno al proyecto distributivo para impugnar la declaración de caducidad del dividendo.

10) Que, al mismo tiempo, al declarar extemporánea la presentación del Ministerio Público, el tribunal prescindió de examinar su legitimación en orden a las normas constitucionales invocadas y a la ley que regula su actuación en juicio, extremos

que revisten decisiva incidencia en la valoración de la tempestividad y alcance de su presentación. En tal aspecto, no analizó si las facultades constitucionales y legales del Ministerio Público lo autorizaban a actuar en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en la forma propuesta por la Fiscal General, ni cuál sería, en tal caso, el marco de esa actuación.

11) Que el razonamiento así seguido por la cámara la llevó a omitir la consideración de planteos serios y conducentes, que refieren a derechos especialmente protegidos por la Constitución Nacional y por tratados de igual jerarquía, invocados por la Fiscal General. Este Tribunal ha señalado repetidas veces que la relación de trabajo reviste una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación del trabajador constituye una actividad inseparable e indivisible de su persona y, por lo tanto, de su dignidad como tal. El principio protectorio que establece la Ley Fundamental y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados de jerarquía constitucional, han hecho del trabajador un sujeto de "preferente tutela" (*Fallos: "Vizzoti"* 327:3677; *"Aquino"* 327:3753; *"Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A."* 332:2043), por lo que reviste especial trascendencia la omisión en verificar la compatibilidad de las normas concursales aplicadas por el a quo con la Constitución Nacional y con el Convenio 173 de la OIT ratificado por ley 24.285, en la forma propuesta por la recurrente.

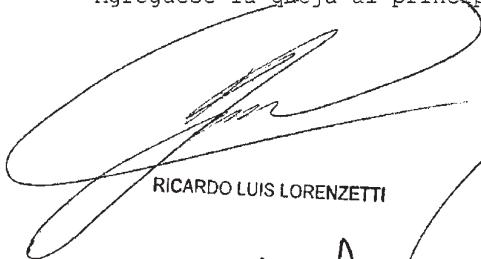
Además no debe soslayarse que la propia ley autoriza la publicidad del proyecto de distribución de fondos por otros mecanismos alternativos –aunque en determinadas circunstancias (art. 219)– de modo que el tribunal a quo debió examinar la incidencia de dicha cuestión a la luz de la normativa referida respecto de los acreedores laborales que cuentan con una especial tutela, a fin de procurarles la real satisfacción de los créditos adeudados que revisten carácter alimentario. Ello por cuanto no debe tomarse desde la misma perspectiva a un trabaja-

dor como a un acreedor financiero o a un acreedor comercial, aunque los dos integren la misma masa pasiva, dado el origen de cada crédito –en el primer caso, derivado del producto íntegro de su trabajo– y la disparidad de recursos con que cuentan unos y otros para seguir el proceso falencial hasta esta instancia. Por eso, resultaba imprescindible efectuar un análisis diferenciado, evaluando los respectivos intereses en juego, máxime cuando se trata de proteger la percepción de créditos laborales.

Cabe añadir que la reciente reforma de la ley 24.522 mediante la sanción de la ley 26.684, acentúa significativamente los recaudos legales para asegurar el conocimiento y participación de los trabajadores en los actos celebrados en los procesos de concurso preventivo y quiebra. Forma parte de esas modificaciones, la incorporación de representantes de los trabajadores en los organismos de control del proceso universal (art. 14 inc. 13; art. 42). Asimismo, a los efectos de la constitución del comité de acreedores que actuará como controlador de la etapa liquidatoria, se dispone la comunicación escrita no solamente a los acreedores verificados sino “a la totalidad de los trabajadores que integren la planta de personal de la empresa” (art. 201) e inclusive se introduce como modo de notificación de la audiencia informativa prevista en el art. 14, inc. 10, la “publicación por medios visibles en todos los establecimientos” que pertenezcan a la deudora. Resulta claro, de tal modo, que la orientación de la reforma legislativa se dirige a asegurar que los trabajadores de la empresa insolvente conozcan el trámite que les permitirá preservar su fuente de trabajo o percibir, aunque sea parcialmente, sus créditos alimentarios, corrigiendo una marginación que muchas veces tiene su origen en la distancia temporal entre el inicio del proceso y su culminación.

12) Que los severos defectos de fundamentación que presenta el fallo, puestos de relieve *supra*, conducen a su descalificación por aplicación de la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, lo que torna oficioso pronunciarse acerca de los restantes agravios de la Fiscal General.

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



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por Alejandra Gils Carbó, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 22.

---

ESCOBAR, SILVINA Y OTROS  
S/ INF. ART. 181, INC. 1º C.P.

### LEGITIMACION PROCESAL

El interés sustancial y directo que alega el asesor tutelar en términos de derecho a la vivienda adecuada no tiene nexo lógico con el reclamo que procura satisfacer

-evitar el desalojo- si la cuestión debatida viene delimitada por la regla que faculta al juez a disponer -como medida provisional- el reintegro inmediato de la posesión del inmueble al damnificado por una usurpación, cuando el derecho invocado fuere verosímil (art. 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires) y ninguno de esos extremos atañe a relaciones jurídicas de titularidad de los menores.

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

### *MENORES*

Teniendo en cuenta que si existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él, y de acuerdo a lo establecido en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, con relación al nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de aquél, corresponde disponer que los jueces de la causa iniciada por el delito de usurpación pongan en conocimiento de las autoridades competentes la situación de las niñas/os y/o adolescentes que pudieran verse afectados en autos, a los fines del pertinente resguardo de sus derechos de rango constitucional.

-De la mayoría, no adhirió el juez Petracchi, que sólo remite al Dictamen de la Procuración General-.

### *LEGITIMACION PROCESAL*

Ante la medida cautelar prevista en el art. 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires que habilita al juez, en los casos en que se investiga la presunta comisión del delito de usurpación de inmuebles, a disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble cuando el derecho fuera verosímil, no es posible admitir la pretensión de la Asesora Tutelar de tomar intervención en el proceso penal a efectos de actuar como parte, cuando los niños, niñas o adolescentes no revisten la calidad de titulares de una relación jurídica real con el bien ni personal con el propietario ni son sujetos de la relación jurídica que representa la imputación del delito, sin que la intervención pueda justificarse en la mera circunstancia de que, de alguna manera indirecta, se pueda llegar a producir una afectación a los derechos o intereses de aquéllos por residir en el inmueble cuya restitución anticipada fuera solicitada (Voto del juez Juan Carlos Maqueda).

### *MENORES*

Si bien la Asesora Tutelar no es parte en el proceso de usurpación y por ello no se encuentra legitimada para efectuar planteos vinculados al objeto procesal ni a cuestionar las medidas cautelares que se dicten durante su transcurso, cuando se adopten decisiones de este tipo claramente debe asegurarse su anoticiamiento en el proceso con tiempo suficiente a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que pudieran resultar por ella afectados, pueda recurrir a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que pudiera, a todo

evento, generar la implementación de la medida de restitución anticipada solicitada (Voto del juez Juan Carlos Maqueda).

#### dictamen de la procuración general

Suprema Corte:

##### I

El 22 de septiembre de 2009, Alejandra R se presentó ante la comisaría nº 24 de la Policía Federal y, en carácter de copropietaria del inmueble de la calle Brandsen nº , denunció que la casa había sido ocupada por personas desconocidas.

En el curso del proceso por el delito de usurpación se acreditó tanto el carácter invocado por la denunciante como el hecho de la ocupación de la vivienda por varias familias entre cuyos integrantes había niños y adolescentes.

Los intrusos pretendieron justificar la posesión mediante contratos falsos que fueron fácilmente descalificados como títulos legítimos para permanecer en el lugar.

El fiscal a cargo consideró que se encontraban reunidas las condiciones que establece el último párrafo del artículo 335 del código procesal local para hacer lugar a la medida cautelar de restitución del inmueble y, en consecuencia, solicitó al juzgado interveniente el desalojo de los ocupantes.

La Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas tomó conocimiento de la existencia de ese pedido y requirió al juez una vista de las actuaciones a fin de emitir un dictamen en relación con los derechos e intereses de los menores de edad que residían en el inmueble que pudieran verse afectados por el desalojo.

El juez resolvió que la Asesoría Tutelar carecía de legitimación para actuar en el proceso, pues a tenor del artículo 40 de la ley local nº 2451 –régimen penal juvenil– su intervención en causas penales estaba limitada a supuestos en que menores de edad fueran imputados, víctimas o testigos de delitos, condición que no revestían en el caso.

El asesor tutelar apeló la decisión por considerar que era lesiva del derecho del niño a ser escuchado e intervenir en todo procedimiento que lo afecte en su persona, reconocido por normas tanto de nivel constitucional como legal. En ese sentido, postuló que el desalojo podía menoscabar el derecho a la vivienda digna, en función del cual los intereses de los menores debían ser oídos.

La apelación fue rechazada *in limine* por la alzada bajo el mismo argumento de la ausencia de legitimación para ser parte en procesos penales en los que el menor no reviste la calidad de imputado, víctima o testigo.

Contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad, que no fue concedido. La queja por recurso denegado fue, asimismo, desestimada por la mayoría del tribunal superior local por considerar, en lo sustancial, que la cuestión no era apta para ser conocida en esa instancia de excepción, pues versaba sobre la aplicación del derecho procesal y carecía de relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales invocadas.

Esa resolución fue objeto del recurso extraordinario, la ya denegación motivó esta queja.

## II

En la presentación directa, la Asesora Tutelar contradijo la interpretación del *a quo* al insistir en que el caso versa sobre el derecho de los niños a gozar de una vivienda digna en los términos de los artículos 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, puesto que tal derecho incluye el de poder articular defensas contra una pretensión de desalojo y tal oportunidad no fue provista por los jueces de la causa.

Señaló además que esa garantía venía ya reconocida en general por el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño,

en cuanto consagra el derecho de los niños a participar en todo proceso judicial que los afecte, ya sea directamente o a través de un órgano apropiado.

Destacó, por último, que la decisión apelada no respeta el criterio relativo al debido proceso adjetivo establecido por V.E. en Fallos: 332:1115, según el cual es descalificable toda sentencia que omita dar intervención al ministerio pupilar para que ejerza la representación promiscua, si dicha resolución compromete en forma directa los intereses de un menor, pues ello importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones.

A fojas 57 se dio vista de las actuaciones al señor Defensor Oficial ante la Corte, quien postuló que se haga lugar al reclamo de la Asesora Tutelar. Como fundamento de esa opinión, dijo que a los niños corresponden los mismos derechos que a toda persona, más un plus justificado por su condición vulnerable, tal como lo reconocen las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Afirmó que ese estándar de protección calificada no fue cumplido al negar la intervención del asesor tutelar en el incidente de desalojo, y con ello también se frustró la doble finalidad tuitiva de la representación promiscua de velar por los intereses de los menores en caso de que entrasen en contradicción con los de sus representantes legales, a la vez que suplir la eventual inacción o la falta de diligencia de éstos en procesos que afecten a sus representados menores.

Para el Defensor Oficial, esta causa se trata de un proceso que afecta claramente el derecho de los niños a una vivienda digna y, por lo tanto, la intervención de éstos a través del órgano especializado es una exigencia tanto de reglas de derecho interno como internacional (artículo 27 de la ley 26.061 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño).

### III

V.E. ha considerado que la legitimación sustancial es materia de derecho procesal, ajena en principio a la vía del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 311:1906; 318:986).

En este sentido, cabe destacar que los tribunales de la causa a través de las sucesivas instancias rechazaron la pretensión de la Asesoría Tutelar por aplicación de las normas procesales locales, cuya inteligencia no corresponde a la Corte examinar.

Sin embargo, no es menos cierto que la recurrente ha venido planteando desde su primera intervención que su legitimación como parte en el incidente de desalojo está prescripta directamente por normas de rango constitucional, cuyo desconocimiento por parte de los jueces de la causa constituye cuestión federal suficiente para ser conocida por la vía del recurso extraordinario federal.

La asesora tutelar se refiere, en general, a las normas convencionales y constitucionales que garantizan a todas las personas el derecho al debido proceso, la defensa en juicio y la protección judicial contra todo acto que lesione sus derechos fundamentales (artículos 18 de la Constitución Nacional y 25 de la CADH); y en particular al artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

Para el *a quo*, no obstante, tales normas carecen de relación directa con el caso, puesto que el presente no es un proceso que alegue alguna relación jurídica sustantiva en cabeza de los niños. En las palabras del tribunal, “el objeto de este proceso no se relaciona con el derecho a la vivienda que tienen las personas menores de dieciocho años de edad (...) ni se discute el compromiso asumido por el Estado local de procurar o garantizar tal derecho a todas las personas en general”.

El caso ha sido calificado por el tribunal como uno en el que la única cuestión a dilucidar es si corresponde restituir la posesión del inmueble al titular del derecho de dominio que alega haber sido

despojado. Se afirmó que en el limitado marco de esa cuestión el derecho a una vivienda digna no podría tener cabida como defensa frente a la pretensión de recobrar del propietario legítimo, ni tal pretensión puede interpretarse como contradictoria con el derecho constitucional a la vivienda. En otras palabras, los niños no podrían repeler la acción de desalojo alegando la titularidad de un derecho a la vivienda adecuada, pues eso sería, por así decir, colocar en cabeza del propietario individual la obligación de satisfacer ese derecho a costa del suyo propio (conf. fs. 7).

En el concepto del *a quo*, el impacto que el desalojo indudablemente tiene sobre la situación material de los niños que habitan la casa por decisión de los adultos responsables de ellos, no es equiparable a la afectación directa de estatus jurídico que se requiere para ser parte con legitimación autónoma. Con un argumento que procede por reducción al absurdo, el tribunal señala de manera convincente que si ello fuera así, la asesoría tutelar debería intervenir como parte necesaria en toda causa penal en que pudiera resultar sancionada una persona con hijos menores, puesto que siempre en tal caso los intereses de los niños podrían verse indirectamente comprometidos (ver fs. 8/9).

#### IV

Desde el punto de vista de los requisitos formales de la apelación federal, es menester señalar que los agravios del recurrente resultan ser la reiteración de asertos vertidos en las instancias anteriores que ya fueron desechados sobre la base de los argumentos reseñados en el punto anterior y que, en mi opinión, no han sido rebatidos mediante una crítica eficaz. Al respecto, V.E. tiene dicho que los reclamos presentados en tales condiciones no cumplen con el requisito de fundamentación autónoma (*Fallos*: 324:4085; 326:2586; 330:1534).

En efecto, la crítica parece obviar que en materia de *cauciónamiento procesal*, la Corte tiene establecido que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, siendo

necesario determinar si hay un nexo lógico entre el *status* afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquél sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal. En síntesis, la "parte" debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia, como lo ha sostenido V.E., que los agravios expresados la afecten de forma "suficientemente directa" o "substancial" (Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, 331:2287 entre otros).

A la inversa, la carencia de legitimación se configura cuando alguien que se reputa parte no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta trage o no fundamento (Fallos: 321:551; 322:385; 326:1211).

En el caso bajo examen, la cuestión debatida viene delimitada normativamente por la regla que faculta al juez a disponer –como medida provisional– el reintegro inmediato de la posesión del inmueble al damnificado por una usurpación, cuando el derecho invocado sea verosímil (conf. artículo 335 del Código Procesal Penal local). Por lo tanto, los hechos relevantes sobre los que habrá de versar la discusión son, por un lado, la existencia del delito de usurpación y, por otro, la demostración verosímil del derecho del reclamante sobre el inmueble. Ninguno de esos extremos atañe a relaciones jurídicas de titularidad de los menores. En cuanto al primero, ciertamente los niños que ocupan la casa no son titulares de la relación jurídica que representa la imputación del delito; en cuanto al segundo, tampoco son titulares de ninguna relación jurídica real con ese inmueble ni de alguna relación personal con su propietario que pueda justificar la pretensión autónoma de resistir el desalojo.

Por ello, podría decirse –siguiendo la terminología de V.E.– que el interés sustancial y directo que alega el asesor tutelar en términos de derecho a la vivienda adecuada –el estatus de los niños como titulares de tal derecho– no tiene nexo lógico con el reclamo que procura

satisfacer –i.e. evitar el desalojo–, por lo mismo que esa parte tampoco puede perseguir en este incidente la determinación concreta de tal derecho.

Es digno de ser señalado que, si como razona el asesor tutelar, la legitimación para intervenir en representación de los menores viene dada porque este procedimiento judicial de desalojo afecta el derecho fundamental de los niños a una vivienda adecuada, entonces se sigue, por contraposición, que no autorizar el desalojo sería la obligación correlativa que exigiría en este caso el derecho a la vivienda. Esto permitiría inferir dos conclusiones. La primera es que tolerar la ocupación ilegal de una casa puede ser eventualmente una manera de satisfacer el derecho a la vivienda. La segunda es que podría existir contradicción entre el derecho de propiedad privada del que reclama un desalojo y el derecho a la vivienda de los que habitan la casa a desalojar.

En mi opinión, se trata de conclusiones insostenibles que muestran los defectos del planteo como caso constitucional. En primer lugar, porque como lo señala el señor Defensor Oficial en su presentación de fs. 58/65, con cita de la Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido “que lo equipare al simple *hecho* de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (conf. § 7). Así pues, entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia (conf. § 8), ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, considero que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él.

El segundo defecto consiste en haber formulado el problema en términos de conflicto entre el derecho del propietario

individual y el derecho de todos a una vivienda adecuada, cuando es conocido el papel de la administración de justicia –en especial las instancias superiores– a favor de la unidad del sistema de los derechos, que no debe ser interpretado sino como un todo coherente (vid. Fallos: 322:122; 317:1195; 320:875, 2701; 324:4367). En el *sub lite*, la cuestión fue resuelta, a mi juicio con acierto, en el nivel de la adecuación. Así, de todas las normas que podrían *prima facie* regir un supuesto general de “desalojo forzado” y que conducirían a soluciones opuestas, sólo la especificación lo más completa posible de este caso individual es la que permite descartar con razones concluyentes –ya señaladas a lo largo del dictamen– que la garantía constitucional que consagra el derecho a la vivienda esté comprometida directamente en la cuestión y, en consecuencia, que en función de esa regla exista legitimación sustancial para intervenir en el proceso como parte.

En síntesis, las normas constitucionales invocadas en la apelación consagran a favor del niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; pero a mí no se me ver asiste la razón al *a quo* en cuanto a que este proceso no responde de manera directa e inmediata intereses de los niños, lo que no quiere decir que éstos no merezcan una primordial tutela por parte del Estado a través de las vías legales pertinentes, sino simplemente que el derecho federal alegado carece de relación directa e inmediata con la decisión que causa agravio.

En supuestos como el presente, V.E. siempre consideró que la invocación de preceptos constitucionales con motivo de situaciones regidas por normas de inequívoca naturaleza no federal –como lo son las normas de procedimiento local– no basta para demostrar la relación directa e inmediata con el objeto debatido en la causa, y menos aún si la queja pretende reeditar en la instancia extraordinaria planteos ya resueltos por los jueces de la causa con suficientes fundamentos de derecho común, ya que de otro modo, la jurisdicción de

la Corte sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (Fallos: 310:2306; 311:100; 320:1546).

En consecuencia, opino que V.E. debe desestimar la queja interpuesta.

Buenos Aires, 10 de noviembre de 2011.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *Primeros de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181, inc. 1º C. P.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que remite en razón de brevedad, especialmente en cuanto allí se expresa: "con cita de la Observación General n° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido 'que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte' (conf. § 7). Así pues, entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia (conf. § 8), ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, considero que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al

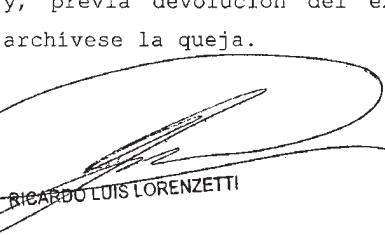
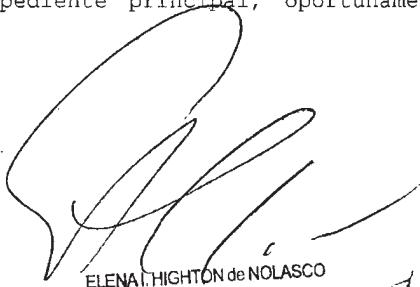
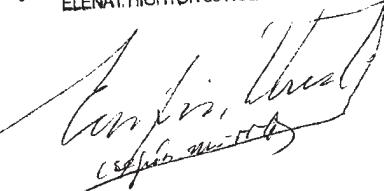
**desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él"** (apartado IV, párrafo 7º del mencionado dictamen; énfasis agregado).

2º) Que, asimismo, corresponde atender a lo establecido en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño con relación al nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de aquél. La vivienda, en los términos antedichos, es de esencial importancia para que ese desenvolvimiento resulte efectivo y dotado de dignidad. En tal sentido, el citado instrumento de jerarquía constitucional establece que "(a) los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño". Seguidamente, señala que "los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".

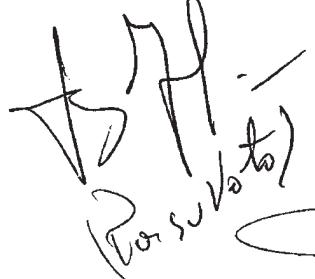
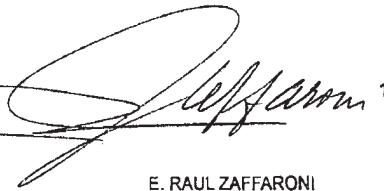
3º) Que, en línea con todo lo anterior, esta Corte dispone que los jueces de la causa pongan en conocimiento de las autoridades competentes la situación de las niñas/os y/o adolescentes que pudieran verse afectados en autos, a los fines del pertinente resguardo de sus derechos de rango constitucional.

-//- Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Devuélvanse los autos oportunamente requeridos con copia de la presente resolución, atento a lo dispuesto en el considerando precedente. Notifíquese

y, previa devolución del expediente principal, oportunamente, archívese la queja.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
ENRIQUE S. PETRACCHI

VO-/-

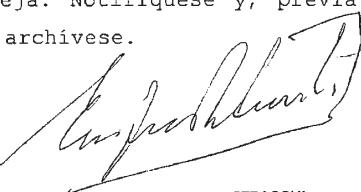
  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
E. RAÚL ZAFFARONI

--TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, y conforme con lo dictaminado en aquél, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución del expediente principal, archívese.

  
ENRIQUE S. PETRACCHI

VO-/-

-//-

TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que las actuaciones se iniciaron con motivo de la denuncia efectuada por la propietaria del inmueble sito en la calle Brandsen 227 de esta ciudad con sustento en que la casa había sido ocupada por personas desconocidas. En el proceso por el delito de usurpación iniciado en consecuencia, una vez acreditada la titularidad del bien en cabeza de la denunciante y que los presuntos usurpadores carecían de título legítimo para permanecer en el lugar -tras haber pretendido justificarlo con documentos falsos- la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires consideró que se hallaban reunidas las condiciones previstas en el art. 335 del Código Procesal Penal de la ciudad y solicitó al juez de la causa que se hiciera lugar a la medida de restitución del inmueble, con la consecuente expedición de orden de desalojo de los ocupantes, entre los que se encontraban niños y adolescentes.

2º) Que estando pendiente de resolución la decisión relativa a la medida solicitada por el fiscal, la Asesoría Tuteular en lo Penal, Contravencional y de Faltas tomó conocimiento de ese pedido y se presentó en el proceso, pidiendo vista de las actuaciones para emitir el correspondiente dictamen.

Tanto primera instancia como la alzada rechazaron la petición con fundamento en que carecía de legitimación para actuar en el proceso atento a que, por ley 2451 de la Ciudad de Buenos Aires, su intervención en causas penales se encontraba limitada a los casos en que los niños fueran imputados, víctimas o testigos de delitos y, en el caso, no revestían ninguna de estas calidades.

Rechazado el recurso de inconstitucionalidad, el tribunal superior de justicia local resolvió denegar la correspondiente queja dado que en lo sustancial confirmó lo resuelto previamente y descartó que las normas convencionales invocadas por la parte obligaran a reconocerle el carácter de parte. Contra

dicha decisión, la Asesoría Tutelar planteó recurso extraordinario federal, que también fue desestimado y motivó la queja bajo examen.

3º) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, ya que la sentencia impugnada es, por sus efectos, equiparable a una sentencia definitiva en tanto origina a la recurrente un agravio no susceptible de reparación ulterior al negarle legitimación para intervenir en la causa.

En efecto, si bien la legitimación sustancial es materia de derecho procesal, ajena -como regla- a la vía del art. 14 de la ley 48, no puede dejar de tomarse en consideración que la recurrente ha fundado su pretensión, desde el inicio, en normas constitucionales y convencionales que cuentan con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), lo que suscita cuestión federal suficiente, y la decisión del superior tribunal de la causa -al igual que las de las instancias anteriores- ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Asimismo, cabe recordar, en este punto, que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

4º) Que la Asesora Tutelar, con cita de diversas normas constitucionales y convencionales e invocando distintos pronunciamientos emitidos por los órganos internacionales destinados a controlar y supervisar su aplicación, así como también lo previsto en la ley 26.061, sostiene que el desalojo por la fuerza pública que aparejaría la concesión de la medida solicitada por el fiscal representa una franca violación de diversos derechos y garantías constitucionales, como el acceso pleno a la jurisdicción, la defensa en juicio, el debido proceso, el acceso a la vivienda digna y la operatividad de la Convención sobre Derechos

chos del Niño, y por lo tanto, alega que éste indiscutiblemente afectaría a los niños, niñas y adolescentes que residen en él ya que podría privarlos de la vivienda que habitan. Además, mantiene que es un imperativo dar oportunidad al niño de ser oido ante cualquier situación que lo afecte, como sucedería en este caso, debiendo dar para ello oportuna intervención a los órganos respectivos a esos efectos (arts. 18 y 14 bis de la Constitución Nacional; arts. 3 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observaciones Generales nº 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 17 del Comité de Derechos Humanos y Observación General nº 5 del Comité de los Derechos del Niño; Opiniones Consultivas nros. 16 y 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arts. 2, 3, 24 y 27 de la ley 26.061).

5º) Que, sin embargo, esta Corte entiende que de las normas constitucionales y convencionales citadas, conforme la exégesis que de estas últimas efectuaran los órganos mencionados que constituyen su intérprete autorizado (Fallos: 331:2047; 332:709) –y de las previsiones de la ley 26.061– no se sigue en forma directa que deba reconocérsele legitimación a la Asesoría Tutelar para intervenir en este proceso penal en calidad de parte cuando se da la circunstancia particular de que no hay niños, niñas o adolescentes que revistan la calidad de imputados, testigos o de víctimas del delito en trato.

En efecto, como sostuviera el tribunal a quo en un fundamento que no fue debidamente rebatido por la apelante, la cuestión suscitada en esta incidencia se halla centrada en el dictado de la medida cautelar prevista en el art. 335 del Código Procesal Penal local que habilita al juez, en los casos en que se investiga la presunta comisión del delito de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin el dictado de auto de elevación a juicio, a disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble,

cuando el derecho fuera verosímil. Por lo tanto, la discusión necesariamente conducirá a la demostración de la verosimilitud del derecho del reclamante del inmueble y a la existencia del delito de usurpación.

Respecto de estas dos cuestiones, la situación en que se encuentran los niños o adolescentes que actualmente residen en ese lugar no importa de por sí su intervención en el proceso en calidad de parte. En cuanto a la primera, ellos no son titulares de una relación jurídica real con el bien ni personal con el propietario que pudiera justificar una pretensión autónoma de oponerse al desalojo. En lo atinente a la segunda, tampoco son sujetos de la relación jurídica que representa la imputación del delito.

Por estos motivos, y por los fundamentos que en sentido concordante se brindan, en lo pertinente, en el dictamen del señor Procurador Fiscal de fs. 67/71, no es posible admitir la pretensión de la recurrente de tomar intervención en este proceso penal a efectos de actuar como parte cuando los niños, niñas o adolescentes no revisten ninguna de las calidades antes señaladas, sin que la intervención en el carácter pretendido pueda justificarse en la mera circunstancia de que, de alguna manera indirecta, se pueda llegar a producir una afectación a los derechos o intereses de aquéllos por residir en el inmueble cuya restitución anticipada fuera solicitada.

6º) Que, no obstante lo dicho precedentemente, se debe señalar que la debida consideración al plexo constitucional y convencional y al correlativo marco infraconstitucional antes citados sí llevan a reconocer que se debe garantizar la intervención de la Asesoría Tutelar con el alcance que requieren las especiales circunstancias de este caso.

En efecto, en perfecta concordancia —en su aplicación al sub lite— con lo establecido en el art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya transcripto, esta Corte ha dicho en otras oportunidades que no solo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “interés superior del niño” analizando sistemáticamente cómo los derechos

y los intereses de éstos puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten (Fallos: 331:2047, cit., entre muchos otros).

En este sentido, es preciso enfatizar que, si bien en este caso la Asesora Tutelar no es parte y por ello no se encuentra legitimada para efectuar planteos vinculados al objeto procesal ni a cuestionar las medidas cautelares que se dicten durante su transcurso, cuando se adopten decisiones como la requerida en el sub examine, claramente debe asegurarse su anoticiamiento en el proceso con tiempo suficiente a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que pudieran resultar por ella afectados, pueda recurrir "a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que ... pudiera, a todo evento, generar" la implementación de la medida de restitución anticipada solicitada (cf. *mutatis mutandi*, Fallos: 333:927; considerando 9º).

-/- Por ello, y oido el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la resolución recurrida con el alcance indicado. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y remítase.



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso de hecho interpuesto por: la Dra. Laura Cristina Musa, Asesora General Tutelar del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tribunal que intervino con anterioridad: Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## DICTAMEN DE LA DEFENSORÍA OFICIAL ANTE LA CORTE SUPREMA

## EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

JULIÁN HORACIO LANGEVIN, en mi carácter de Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay Nº 1855, 1º piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 57.

I. En atención a lo que surge de estos obrados, tomo intervención en autos en los términos de los arts. 59 CC y 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, respecto de los menores involucrados en el *sub lite*, (cf. los datos consignados en el mandamiento de intimación de desocupación fs. 43/44).

II.- En tal carácter, paso a expedirme con relación a la queja interpuesta por la Señora Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, con motivo de la denegación del recurso extraordinario federal (v. fs. 99/101 del expte. sobre queja por recurso de inconstitucionalidad denegado), oportunamente planteado a fs. 70/92vta., contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (v. fs. 57/58 y su anexa de fs. 59/67).

Por medio de tal pronunciamiento el Tribunal resolvió rechazar el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducido por la Señora Asesora General Tutelar contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a su turno, contra la resolución que denegó la apelación intentada contra la sentencia de primera instancia, que desconoció la legitimación del Ministerio

Publico Tutelar para intervenir en el sub lite en nombre y representación de los niños involucrados.

III. En cuanto a la procedencia formal del recurso directo intentado, cabe destacar, que tiene como presupuesto básico la resolución denegatoria atacada, la cual no constituye un pronunciamiento jurisdiccional válido; en mérito a que resulta violatoria de las garantías constitucionales de la defensa en juicio, derecho a la vivienda, derecho a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible (cf. arts. 17, 18 y 75 inc. 22, de nuestra Carta Magna).

*Contrario sensu* a lo sostenido por el tribunal superior de la causa en su juicio de admisibilidad, tal como se demostrará, la existencia de una cuestión federal y constitucional, resulta ser -en mi opinión- la base del recurso extraordinario deducido -en razón de los derechos en juego-; los que han sido erróneamente interpretados y tutelados por los magistrados al disponer su rechazo.

En el *sub lite*, se ha venido privando a los menores involucrados del efectivo ejercicio de su derecho de defensa, de ser oídos (art. 18, 75 inc. 22 C.N. y art. 12 CDN) y de participar activamente en todo asunto que los afecta e involucra, con relación a un derecho fundamental, como lo es el derecho a una vivienda digna.

Se ha vulnerado claramente su derecho a participar de un proceso justo, de gozar de un recurso judicial efectivo sin discriminación por su condición de ser menor de edad y de obtener una tutela efectiva; pues como sujetos de derechos están amparados por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, no cabe duda que se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de cláusulas contenidas en Nuestra Constitución Nacional y en Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país como Estado parte y que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN) –Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y

Culturales-, Convención sobre los Derechos del Niño y lo resuelto contraría lo dicho por V.E., en el sentido de que: “...*a la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar –en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a que el país está vinculado...*” (Fallos: 318:1:514), a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de observar el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad (Fallos: 318:1269).

Y, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 325:114).

En prieta síntesis, se encuentran claramente involucradas las siguientes cuestiones federales: 1) la aplicación e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3 y 12 CDN), 2) la violación al debido proceso, derecho de defensa en juicio y accesos a la justicia y a una tutela efectiva y, toda vez que las garantías vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (conf. art. 15 de la ley 48); corresponde a V.E. en su rol de intérprete efectuar el adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad a la luz de las circunstancias fácticas que rodean a la causa y al interés superior en juego.

Por estos breves fundamentos solicito, que se decrete la apertura de la presentación directa incoada.

**IV.** A fin de poder expedirme sobre el fondo de la cuestión, me referiré en primer término y en forma sucinta a los hechos en que se funda la presente acción.

**IV. a).- Expte. Caratulado:** “Incidente de apelación en autos E., S. y

**otros s/ infr. Arts. 181 inc. 1 s/ usurpación”.**

Con fecha 26 de octubre de 2009, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, dio inicio al proceso de restitución del inmueble de la calle Brandsen Nº 227 de esta ciudad, con fundamento en que se encontraba debidamente acreditada la existencia del delito de usurpación previsto por el art. 181 del CP (v. fs. 50/51).

Al haber tomado conocimiento de que en el inmueble en cuestión habitaban personas menores de edad, se presentó espontáneamente la Señora Asesora General Tutelar y solicitó que previo a adoptar cualquier decisión que pudiera afectar los derechos de dichos niños, se le corra vista de las actuaciones (v. fs. 84).

A su turno, el magistrado de grado decidió rechazar las peticiones efectuadas por la mencionada, por entender que carecía de legitimación para intervenir en el *sub lite* (v. fs. 113/vta.).

Contra dicho pronunciamiento la Asesoría Penal Contravencional interpuso recurso de apelación (v. fs. 115/120, el que fue rechazado por la Excmo. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por entender que carece de legitimación en tanto su intervención solo procede cuando el menor es víctima, testigo o imputado de un delito.

A fs. 131/144 la Asesora General Tutelar planteó recurso de inconstitucionalidad, el que fue declarado inadmisible a fs. 154/156vta.

**IV.b).- Expte. Caratulado: “Ministerio Público. Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”.**

Dicho pronunciamiento, fue impugnado por la representante promiscua, por la vía del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en el que asimismo peticionó la urgente suspensión del curso del proceso incidental iniciado por el pedido fiscal de allanamiento y desalojo (v. fs. 45/54vta.).

A fs. 57/67 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires resolvió rechazar el recurso planteado remitiéndose a los argumentos vertidos en el caso “NN (Yerbal 2635) s/

inf. art. 181 inc. 3 CP -inconstitucionalidad" Expte. N° 6895/09, cuya resolución agrega, en la que se desconoce la legitimación del Ministerio Público tutelar para intervenir en el proceso, bajo el argumento de que el menor que habita el inmueble está bajo la tutela de sus padres y se trata de un proceso penal en el que el menor no reviste ni la calidad de víctima, ni de imputado. El Tribunal entendió que admitir tales peticiones supone hacerlo también en todo expediente penal, contravencional o de faltas, en el cual la persona imputada tenga hijos, por cuanto toda decisión que se adopte en definitiva puede afectar indirectamente a sus hijos menores, señalándose que en su caso podrán peticionar la medidas de protección pertinentes por la vías judiciales correspondientes.

A fs. 70/92vta. la Asesora General Tutelar interpuso recurso extraordinario federal el que denegado a fs. 99/101 originó la presente queja.

**V.** Establecido ello, procederé a expresar los agravios que le ocasiona a mis representados el decisorio en crisis.

**V. a).- Agravios:** Les causa gravamen centralmente que, con la decisión que se critica -tal como se analizará seguidamente- **se desconoció a mi defendido: 1) su calidad de sujeto de derecho, 2) el interés superior en juego (eje rector de toda decisión judicial), 3) su derecho de defensa en juicio, 4) a acceder a la justicia, 5) derecho a peticionar y participar activamente en todo asunto que lo afecta e involucra ya sea en forma directa, a través de su representante promiscuo o de un abogado especializado;** máxime cuando la cuestión de fondo que se debate afecta claramente su derecho a un adecuado desarrollo psicofísico y a una vivienda digna, derechos reconocidos tanto en el orden nacional como internacional por los arts. 14bis y 75 inc. 22 de la C.N., art. 10 y 31 de la CCABA, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del Hombre.

**V. b).- Los niños como sujetos de derecho:**

No puede pasar por alto que a los niños por su condición se les ha reconocido que gozan de los mismos derechos que corresponden a toda persona, más un *plus*

dado justamente por su realidad de personas en situación de vulnerabilidad (siendo esta su única especificidad), pues conforme a *las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana* (Doc. presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008, a las que ese máximo tribunal adhirió mediante Acordada 05/09), constituyen **causas de vulnerabilidad**, entre otras, las siguientes: **la edad**, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y privación de libertad.

En este orden de ideas se señaló, que: “Los menores (...), a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos”. (–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió esa Corte-, Fallos: 326 (2): 2906).

Pero es evidente que tales extremos no fueron tenidos en cuenta a la hora de decidir del modo en que se lo hizo, en tanto se desconoció su calidad de sujetos de derecho, con posibilidades de peticionar ante el órgano jurisdiccional, en forma directa o a través de su representante promiscuo, al que se le negó su legitimación para intervenir en el proceso penal en defensa de los derechos de los niños, que junto a su grupo familiar habitaban en el inmueble que se intentaba desocupar.

V. c).- Legitimación. Resulta palmario, que en el *sub examen* la postura que viene sosteniendo el órgano jurisdiccional en las distintas instancias, de no admitir la participación de los niños afectados a través de su representante promiscuo, viola normas de derecho interno e internacional (art. 75 inc. 22 CN y art. 3 y 12 de la CDN).

Ello es así, en tanto al constatarse la existencia de ocupantes menores de edad, debió conferirse vista en forma inmediata a la Asesoría tutelar, a fin de que con su participación se garantizara el derecho de defensa en juicio y se exigiera, ante el supuesto de que en definitiva el

desalojo debiera llevarse a cabo, que se cumpliera con los *standars* internacionales (Observaciones Generales Nº 4 y Nº 7 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), asegurando a los niños su alojamiento posterior en un lugar adecuado, con miras a preservar y garantizar su derecho a gozar de una vivienda digna, y a su adecuado desarrollo psicofísico, evitando que se adopten medidas que puedan resultar en definitiva traumáticas.

Pero ello no ocurrió.

Nótese, que no solo se omitió ordenar la vista de las actuaciones (de oficio); sino que al presentarse la Asesora General Tutelar en forma espontánea se le negó la posibilidad de intervenir, desconociéndose su legitimación.

No puede perderse de vista, que nuestro ordenamiento sanciona con la nulidad aquellas decisiones que se adopten sin la debida intervención del representante promiscuo y así lo ha resuelto esa Corte recientemente en dos precedentes, "Expte. A 1123, XLIV", sentencia del 03/05/2011 y "Expte. F, 501, XLV", sentencia del 19/04/2011, entre otros tantos que pueden invocarse, Fallos, 332:1115 y 333:1152, en los que decretó la nulidad de lo actuado, por la falta de intervención del Defensor de Menores.

Pero ello tampoco se tuvo presente a la hora de resolver.

Desde otra óptica, no puede pasar inadvertido, que su participación tiene una doble finalidad, controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes -como se ve en innumerables casos- no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables que pudieran impedírselo y, suplir la inacción de estos con su propia legitimación autónoma y directa que le permite peticionar y accionar en nombre del niño.

**Y lo cierto es, que hoy a la luz de la nueva normativa vigente (v. art. 27 de la ley 26.061) y a las recomendaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General Nº 12 (CRC/C/GC/12-1/7/2009), no puede ya**

desconocerse el derecho todo niño/a a peticionar y participar, en este caso a través de su representante promiscuo, en un proceso que claramente lo involucra y afecta, máxime teniendo en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño, manda a los tribunales a atender primordialmente al interés del niño.

V. d).- Derecho a ser oido y participar en todo asunto que lo afecta.-En ese entendimiento cabe poner de resalto que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su par de la ley 26.061 (arts. 19, 24 y 27) al consagrар el derecho a ser oido, apuntan a aquel niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir que haya alcanzado una edad específica o que tenga suficiente inteligencia y entendimiento para formarse un juicio sobre la cuestión.

En base a los datos incorporados a la causa, se encontrarían residiendo en el inmueble al menos 20 niños.

La idea de participación, implica -sin perjuicio del sistema de representación- que se incluya al niño/niña o joven en la toma de las decisiones de las cuestiones que los afectan; pues como sujeto de derecho, tiene derecho a ser escuchado, a tener noticia fehaciente de cada uno de los actos y etapas del proceso, ofrecer y producir prueba.

Máxime, teniendo en cuenta, que si bien la lógica indica que los padres siempre actúan en interés de sus hijos, no siempre es así, y prueba de ello es el caso de autos, en el que por las acciones de los adultos hoy se encuentran inmersos en una contienda que hace tambalear su derecho a crecer en el seno de una familia en forma adecuada y gozando de una vivienda digna.

**El interés superior de los niños reclama que las decisiones que los afectan no se tomen a sus espaldas. En tal sentido, no se le confiere intervención al niño como juez o árbitro, para dirimir un conflicto muchas veces originado en la disputa de sus progenitores, de modo que tenga que sentirse responsable de la elección entre uno de ellos, sino que su participación es en su carácter de sujeto de derecho interesado en intervenir en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida.**

En ese entendimiento, la propia ley 26.061 establece desde el inicio de su

articulado, que los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (cf. Art. 1º).

Por su parte, recientemente *el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12* (cf. CRC/C/GC/12-1/7/2009) analizó los dos párrafos del artículo 12 y explicó las condiciones imprescindibles para que se haga realidad plenamente ese derecho, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos (Sección A). En la sección B estudió la vinculación del artículo 12 con los otros tres principios generales de la Convención, así como su relación con otros artículos. Las condiciones y los efectos del derecho del niño a ser escuchado en diferentes situaciones y ámbitos se examinan en la sección C. En la sección D se resumen las condiciones básicas para la observancia de este derecho, y en la sección E figuran las conclusiones.

**La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlo y los padres o tutores le informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.** También debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.

Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso.

**Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica.** Se ha demostrado en

estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

En tal sentido, el propio Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

**La esencia del debido proceso radica en la oportunidad o posibilidad suficiente de participar, o tomar parte con utilidad.**

Y todo ello no fue posible en el *sub lite*, en tanto se viene negando tal participación del niño tanto en forma directa ante el órgano jurisdiccional (principio de inmediación) quien no fue oído en forma directa por el órgano jurisdiccional, previo a resolver del modo en que se lo hizo, ni por intermedio de su representante promiscuo (la Señora Asesora Tutelar), a quien se le negó legitimación para intervenir en autos, y mucho menos a través de la actuación de un abogado del niño, opción que ni siquiera se barajó como posibilidad desconociéndose asimismo, el derecho del niño a contar con una defensa técnica eficaz de sus derechos en juego.

**V. e).- Derecho a una vivienda digna.** Lo cierto es, que en el *sub examen*, se encuentran claramente comprometidos derechos fundamentales de mis defendidos, los que se vienen desconociendo y entre ellos se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, que tienen plena vigencia y la más alta jerarquía en el derecho positivo de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 17, 20, 21, 23, 26 y 31 CCABA) y en la Constitución Nacional, por ende, son exigibles judicialmente.

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por Ferrajoli en cuanto a que: “(...) *Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular*” (v. Ferrajoli, Luigi “*Pasado y futuro del derecho*”, en Revista Internacional de filosofía política, 17, Madrid, UNED/Universidad Autónoma Metropolitana,

2001).

Y tal como lo expresó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender al derecho a la vivienda en un sentido limitado o restrictivo que lo equipare al simple hecho de tener “*un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad*” (cf. Observación General N° 4, art. 11. Pár. 1, adoptada el 13 de diciembre de 1991 (v. <http://www.unhchr/tbs/doc.nsf/>).

Al respecto el Relator Especial sobre el derecho a la vivienda el Sr. Miloon Kothari destacó que: “*el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad*”. Asimismo subraya que, la realización del derecho a la vivienda está íntimamente ligado a la realización de otros derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la protección de su vida privada, de su familia y de su domicilio, el derecho a no estar sometido a tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la salud y está unido al respeto de los principios fundamentales de la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres (cf. El informe presentado por el relator especial sobre el derecho a la vivienda presentado en la 57<sup>a</sup> sesión de la Comisión de derechos Humanos, E/CN.4/2001/51, parágrafo 8, del 25 de enero de 2001).

El derecho a la vivienda está reconocido en numerosos documentos internacionales, siendo el primero de ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la que se proclama, que “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda....*” (artículo 25). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (1966), que en su art. 11 establece el compromiso de los Estados partes de tomar las medidas necesarias para realizar “*el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuados, y a una mejora continua en las condiciones de existencia...*” (el destacado me pertenece).

Por su parte, en la Convención sobre los Derechos del Niño, el estado se comprometió a ayudar a los padres, u otras personas que tienen a cargo al niño, a dar efectividad al derecho de alojamiento y en caso necesario a proporcionar asistencia material y programas de apoyo particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y vivienda (art. 27).

El Comité de los derechos del Niño cree que “(...).Conviene hacer hincapié en que el derecho a la vivienda de los niños está interrelacionado y es interdependiente con casi todos los demás derechos contenidos en la Convención. Esto pone de relieve el valor global y holístico de la Convención y de su proceso de aplicación y vigilancia” (informe sobre el 11º período de sesiones, enero de 1996, CRC/C/50). “En esta declaración el Comité menciona expresamente el derecho del niño a participar en las decisiones relacionadas con la vivienda (artículo 12): esta consideración puede parecer un lujo para el niño que carece de hogar, pero, de hecho, es importante que cualquier gobierno decidido a mejorar las condiciones de alojamiento tenga en cuenta sus opiniones”. (cf. Manual de Aplicación de la convención sobre los derechos del Niño Unicef, Fondo de la Naciones Unidas para la infancia, Suiza, 2001, p. 374, el destacado me pertenece).

La Declaración de Vancouver de 1976 adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos, los estados declararon que: “Disponer de una vivienda y de servicios suficientes es un derecho fundamental del hombre y los gobiernos tienen la obligación de procurar que todos sus residentes puedan ejercer este derecho, empezando por ayudar a las capas más desfavorecidas de la población instituyendo programas que alienten la iniciativa personal y la acción colectiva. Es necesario que los gobiernos se esfuerzen por eliminar todos los obstáculos que retrasan el alcance de sus objetivos.” (Sección III (8)).

Obligaciones mínimas de un Estado. La Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 13 de diciembre de 1991, reconoce al menos ciertas obligaciones, entre las cuales se encuentran, las de respetar, proteger, facilitar y realizar el derecho a la vivienda:

Un estado en el que un gran número de personas está privado del acceso a una

vivienda digna mínima o al menos a un lugar de refugio temporal, viola *prima facie* su obligación de realizar el derecho de vivienda. Los países más pobres, si no tienen los recursos suficientes para respetar esa obligación mínima, tienen que pedir ayuda a la cooperación internacional para poder solucionarlo.

Asimismo, la Observación General N° 7 sobre “*El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados (16º período de sesiones, 1997)*, U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), establece que: “(...). 10. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzados. (...) Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación. 11. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados.”

Ahora bien, sin la adecuada participación del niño involucrado con la representación de la Asesora Tutelar o de un abogado especializado que los patrocine, tales standars internacionales no podrán ser exigidos ni verse garantizados.

#### V. f).- Interés Superior del niño.

Desde otra óptica, no puede tampoco pasarse por alto, que la protección del derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la seguridad y no discriminación en los desalojos forzados no es, ni puede ser independiente de la protección de otros derechos

comprometidos en el resultado de esta acción, entre otros el derecho de mi defendido al más alto nivel de vida, a su desarrollo adecuado y a su interés superior; máxime en la situación particular que presenta mi defendido, pues siguiendo las pautas dadas por V.E. “...*la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos...*” (Fallos: 328: 2870).

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisface a todos ellos. Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular” (v. Rubén Santos Belando “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, [www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos\\_juridicos](http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos)).

Sin embargo, lejos de todo ello, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, impidió a mis defendidos el acceso a la justicia ay a la tutela efectiva de los delicados derechos en juego, pasando por alto que el propio art. 4 de la CDN, establece que los Estados partes, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención.

**Así, en base a la normativa invocada y ante el caso concreto planteado, debió el tribunal superior de la causa, admitir la participación activa de los niños afectados y de su representante promiscuo, de modo tal que pudieran peticionar en este proceso, las medidas pertinentes para garantizar la plena efectividad de sus derechos, mas no asumir la conducta obstaculizadora y poco tuitiva de los delicados intereses en juego.**

En ese marco, le compete ahora a esa Corte, en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa de modo que a los menores de autos, se le conceda con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la ley de Protección Integral de los derechos de Niños,

**Niñas y Adolescentes Ley N° 26.061, su derecho a un debido proceso en el que se le garantice su derecho de defensa en juicio, a hacer oído y participar activamente en todo asunto que lo afecta e involucra y, fundamentalmente, se le tutele su derecho a crecer en el seno de una vivienda digna, haciendo operativo y efectivo su interés superior.**

Por lo expresado, va de suyo, que el remedio federal deducido deberá prosperar.

**VI.-** Por ello, solicito a V.E. que se declare procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoque la resolución apelada y se dé efectiva participación a los niños involucrados y a su representante promiscuo, la Asesora tutelar, a fin de garantizar la tutela efectiva de sus derechos.

**DEFENSORÍA OFICIAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,** 9 de junio de 2011.

---

HURTIG DE BÁRTOLI, IRENE  
C/ MURRAY DE PRILICK, SUSANA  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

### *DAÑOS Y PERJUICIOS*

Corresponde revocar la sentencia que sancionó civilmente a quien se limitó a plantear ante medios periodísticos las dudas que el asesinato de su amiga le generaba ya que, si bien los pronunciamientos penales no se encuentran firmes, lo cierto es que revelan que las dudas o sospechas que albergaba la demandada sobre el rol que les cupo a los familiares en el trágico acontecimiento tenían asidero suficiente para excluir la atribución de responsabilidad por formular comentarios al respecto y se minimizó el hecho de que en la causa penal los agentes fiscales hubieran imputado a la actora por considerarla prima facie coautora penalmente responsable.

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de agosto de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho interpuesto por la demandada en la causa Hurtig de Bártoli, Irene c/ Murray de Prilick, Susana s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que esta Corte, mediante remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal, con fecha 19 de abril de 2011, Fallos: 334:405, dejó sin efecto la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho parcialmente lugar a la demanda de daños y perjuicios deducida por Irene Hurtig contra Susana Murray de Prilick, con sustento en que la alzada no había tenido en cuenta los avances registrados en la causa penal en la que se investigaba el homicidio de María Marta García Belsunce, a pesar de que la demandada había hecho notar que en dicho proceso el fiscal actuante había requerido que se investigara la conducta de la actora en el luctuoso acontecimiento.

2º) Que en el referido dictamen se indicó también que la cámara había examinado algunas frases atribuidas a la demandada, para concluir que a través de ellas se había transmitido de modo culpable una suerte de sospecha sobre la actuación de Irene Hurtig en la muerte violenta de la hermana, mas no se había preguntado -a la luz del curso de la causa penal sobre homicidio- por la regularidad del ejercicio a la libre manifestación del pensamiento, en función de la posible razonabilidad o no de una sospecha cuya comunicación pública prestó asidero a la condena.

3º) Que la Sala J de la referida cámara dictó un nuevo fallo en el que -después de hacer una breve reseña de los antecedentes de la causa, de transcribir los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal y de enunciar algunos principios generales atinentes al alcance que se debía asignar

al art. 1089 del Código Civil – hizo mérito de la medida para mejor proveer ordenada, a fin de establecer cuál era la situación procesal en que se encontraba la demandante en los autos caratulados “García Belsunce de Carrascosa, María Marta s/ homicidio”.

4º) Que a tal fin señaló que el juez que llevaba adelante la investigación del referido crimen, había informado que el 12 de mayo de 2011 los fiscales habían solicitado la detención de Irene Hurtig por considerarla *prima facie* coautora penalmente responsable del delito de homicidio calificado en perjuicio de María Marta García Belsunce y que dicho pedido había sido denegado el 17 de mayo de 2011, sin que el Ministerio Público Fiscal hubiese adoptado temperamento alguno al respecto.

5º) Que sobre esa base la alzada estimó que a pesar de los casi nueve años transcurridos entre el hecho y el aludido informe, la situación procesal de la actora se encontraba enmarcada en la incertidumbre. A renglón seguido, examinó las declaraciones que la demandada había efectuado en tres importantes medios gráficos para llegar a la conclusión de que de esas declaraciones se desprendía un halo de duda, sospecha e intriga que se había hecho recaer sobre Irene Hurtig y la familia de la asesinada.

6º) Que, sentado ello, sostuvo que el principio de inocencia tiene jerarquía constitucional (conf. art. 18 de nuestra Carta Magna) y que nadie puede ser reputado como autor de un delito sin condena judicial previa; que era grave y frecuente la “condena social” que califica a una persona como delincuente a pesar de no mediar esclarecimiento jurisdiccional al respecto y que las innecesarias expresiones empleadas por la demandada en medios de gran difusión pública, no podían sino ser consideradas cuanto menos de una grave imprudencia generadoras de responsabilidad civil.

7º) Que contra ese pronunciamiento la demandada dedujo un nuevo recurso extraordinario que, denegado, dio motivo a la presente queja. Aduce que su parte ha sido condenada porque

de sus declaraciones ante los medios periodísticos "se desprende un halo de duda, sospecha e intriga que se hace recaer sobre la familia de la asesinada, que como hermana, la señora Hurtig forma parte..."; empero, en el caso debe decidirse teniendo en cuenta las circunstancias comprobadas en la causa, el contexto en que las declaraciones fueron formuladas y los progresos obtenidos en la causa penal iniciada con motivo del homicidio de María Marta García Belsunce, si transmitir ese estado de sospecha constituyó o no el ejercicio regular de la libertad de expresión consagrada por el art. 14 de la Ley Fundamental.

8º) Que la apelante afirma también que las sospechas o las dudas que su parte pudo haber transmitido tenían un sólido fundamento en los hechos y se nutrían de los acontecimientos que se iban conociendo en torno a los movimientos de la familia y de personas allegadas a la víctima en los momentos inmediatamente posteriores a su muerte, lo que dio lugar a que se hicieran las más variadas conjeturas acerca de las circunstancias en que se había producido el deceso, sus responsables y las causas del crimen.

9º) Que tales declaraciones –vinculadas con el homicidio de una íntima amiga– fueron formuladas mientras se estaba investigando a diversos familiares y allegados por el delito de encubrimiento y el fallo apelado no ha ponderado adecuadamente –como había ordenado la Corte en su intervención anterior– los hechos ocurridos en las causas penales derivadas del asesinato.

10) Que la recurrente señala también que el 18 de junio de 2009, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires había condenado a Carlos Carrascosa a la pena de prisión perpetua, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo en la persona de su cónyuge y que en ese pronunciamiento se dispuso también que se remitiera copia de la sentencia a la Unidad Funcional de Instrucción para que se investigara la eventual participación y coautoría funcional de al menos otras dos personas en el hecho investigado y materia de acusación principal.

11) Que, según la demandada, esa circunstancia motivó que los agentes fiscales intervenientes imputaran a Irene Hurtig como coautora del homicidio y solicitaran su detención. Agrega que el 4 de noviembre de 2011, el Tribunal en lo Criminal n° 1 de San Isidro condenó por encubrimiento agravado a Guillermo Bártoli, a Juan Hurtig y a Horacio García Belsunce, quienes pertenecían al círculo familiar de la occisa, como también a Juan Gauvry Gordon y a Rafael Binello.

12) Que la apelante sostiene que las sospechas o las dudas que pudo transmitir en sus declaraciones gozaban de razonabilidad a la fecha en que fueron efectuadas y que después se vieron ampliamente confirmadas por imputaciones mucho más fuertes hechas en juicio por quienes tenían a su cargo la persecución penal, circunstancia que revela que su conducta se inscribe en el marco del ejercicio razonable de la libertad de expresión.

13) Que los agravios planteados suscitan cuestión federal que justifican la apertura de esta instancia excepcional, pues se ha controvertido la inteligencia de un pronunciamiento de esta Corte dictado con anterioridad en la misma causa y la solución adoptada por el tribunal se aparta de lo resuelto y desconoce lo esencial de su decisión (Fallos: 304:494; 307:483; 308:125 y 312:2187, entre otros).

14) Que, en efecto, de la lectura del dictamen de la señora Procuradora Fiscal –al cual el Tribunal se remitió– surge que los jueces estaban obligados a abordar lo relativo a la veracidad de las manifestaciones consideradas injuriantes y que debían ponderar los hallazgos adquiridos en las causas penales derivadas del crimen de María Marta García Belsunce.

15) Que en el fallo se hizo un examen superficial del tema. La nueva sala interveniente minimizó el hecho de que en la causa penal los agentes fiscales hubieran imputado a la actora

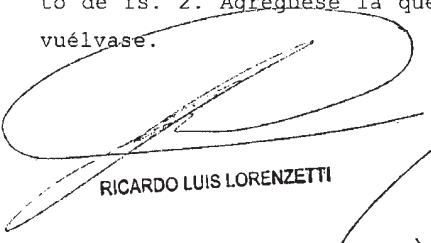
por considerarla *prima facie* "coautora penalmente responsable del delito de homicidio calificado en perjuicio de María Marta García Belsunce", con el simple argumento de que el pedido de detención solicitado por los representantes del Ministerio Público Fiscal había sido rechazado y dicha resolución no había sido recurrida, mas lo cierto es que tal decisión no relevaba a la actora de la imputación realizada en su contra en la causa criminal.

16) Que el a quo no ponderó tampoco que el 4 de noviembre de 2011, el Tribunal en lo Criminal n° 1 de San Isidro condenó por encubrimiento agravado a Guillermo Bártoli, a Juan Hurtig, a Horacio García Belsunce, al médico Juan Gauvry Gordon y a Rafael Binello, y si bien los referidos pronunciamientos penales no se encuentran firmes, lo cierto es que revelan que las dudas o sospechas que albergaba la demandada sobre el rol que les cupo a los familiares en este trágico acontecimiento, tenían asidero suficiente para excluir la atribución de responsabilidad por formular comentarios al respecto.

17) Que la demandada no imputó a la actora ni al resto de los familiares ser autores de un delito, se limitó a señalar –en ejercicio legítimo de su libertad de expresión– las dudas o sospechas que le generaba la conducta de los familiares de María Marta García Belsunce. La eventual responsabilidad de la demandante –que aún permanece involucrada en la causa penal, más allá de que se haya rechazado el pedido de detención formulado por el Ministerio Público Fiscal– deberá ser dilucidada en el ámbito jurisdiccional correspondiente, pero ello no autoriza a sancionar civilmente a quien se limitó a plantear las dudas que el asesinato de su amiga le generaba.

18) Que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso, y atento a lo dispuesto por el art. 16 de la ley 48, revocar la sentencia apelada y rechazar la pretensión deducida.

Por ello, resultando inoficioso que dictamine el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, se revoca la decisión apelada y se rechaza la demanda, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Susana Murray de Prilick**, representada por el Dr. **Pablo Raúl Masud**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 11**.

---

MARINCOVICH, JOSE ANTONIO  
C/ VARGAS, ABRAHAM LUIS  
S/ RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA MAGISTRADO S

#### INMUNIDAD DE JURISDICCION

Si bien resulta evidente que el reconocimiento de responsabilidad civil sujeta a

los jueces a una instancia de escrutinio de su desempeño profesional, ello por sí solo no alcanza para sostener que, en los términos en que ha sido cuestionada la constitucionalidad del art. 93, inc. 7º de la Constitución de Santa Fe, la ausencia de inmunidad de jurisdicción de los magistrados afecta la sustancia de su garantía de independencia judicial y, dada la conexión del planteo respecto del contenido del principio constitucional señalado en el art. 5º, no se advierte ninguna razón válida para considerar que la sustancia de la garantía se ve afectada por el reconocimiento de alguna forma de responsabilidad civil de los jueces en ejercicio de sus funciones.

### *DERECHO PUBLICO LOCAL*

El recurso extraordinario fue mal concedido porque se circunscribió a la única cuestión -tema de competencia- que se ordena sustanciar en la Corte local y que fue resuelta con fundamento en disposiciones de derecho público local (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

### **DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

-I-

A fs. 233/239, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, por mayoría, al rechazar una excepción planteada por el demandado, declaró su competencia para conocer en esta causa por responsabilidad civil que se sigue contra un magistrado provincial.

Para así resolver, los integrantes que conformaron la posición mayoritaria del tribunal consideraron que el demandado no se había hecho cargo de las previsiones de los arts. 5º y 7º de la ley 1486 –que la Corte local declaró vigente, según lo había resuelto en otra causa–, ni tampoco tuvo en cuenta que en ese precedente se había tratado en forma pormenorizada la cuestión relativa a la competencia de ese cuerpo para entender en las acciones de responsabilidad civil contra magistrados.

Asimismo, uno de los jueces amplió sus fundamentos y sostuvo que la interpretación que formula el demandado del art. 93, inc. 7º), de la Constitución Provincial, en el sentido de que dicho precepto legal opera

únicamente en el caso de que el Estado pretenda del juez el reembolso de lo pagado en otro proceso en el que resultó condenado por la actuación irregular de aquél en el ejercicio de su función, no tiene sustento alguno en la letra de la Constitución Provincial e importa desconocer la responsabilidad personal y directa de los funcionarios públicos por los hechos que ejecuten.

-II-

Contra tal decisión, el demandado dedujo el recurso extraordinario de fs. 242/294, que fue concedido por el *a quo* (fs. 318/322).

Sostiene que la sentencia es arbitraria, porque omite considerar las cuestiones federales propuestas cuales son: la coordinación de los arts. 18 y 93, inc. 7º), de la Constitución Provincial y la inmunidad de jurisdicción reconocida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También dice que el precedente invocado por el *a quo* es inaplicable y que la ley provincial que sirve de fundamento a la decisión no sólo es inconstitucional por vulnerar la disposición del art. 75, inc. 12), de la Ley Fundamental nacional, sino que también está abrogada implícitamente por ser incompatible con la legislación común o de fondo.

Con relación a la inmunidad de jurisdicción que reclama y que la Corte local desconoció en la sentencia apelada, sostiene que, si bien las provincias conservan todo el poder que no delegaron en la Constitución Nacional y se rigen por sus propias instituciones, deben hacerlo conforme a lo que aquélla dispone en el art. 5º. Y que entre las garantías que por dicho artículo las constituciones provinciales deben respetar se encuentran las que aseguran la independencia de los magistrados y, entre ellas, la inmunidad de jurisdicción. Alega, entonces, que si alguna constitución local no asegura esas garantías, evidentemente esos jueces no gozarán de la independencia que reclama el sistema republicano de gobierno.

Además, afirma que el fallo genera un supuesto de gravedad institucional, toda vez que la cuestión debatida en la causa transciende el mero interés de las partes al estar comprometida la garantía de inmunidad de

jurisdicción de los magistrados y, por último, reitera su postura en el sentido de que primero se debería promover una demanda contra el Estado provincial por la actuación de uno de sus órganos jurisdiccionales y luego, cuando el magistrado haya cesado en su cargo, aquél debería iniciar un juicio de repetición.

-III-

Ante todo, cabe señalar que, más allá de la índole aparentemente procesal y de derecho público estadual de la cuestión, el recurso extraordinario deducido por el juez demandado es formalmente admisible, en tanto aquél cuestionó la validez de la ley local 1486, por estimarla contraria a la Constitución Nacional y la decisión de la Corte Suprema de Justicia provincial fue a favor de la validez de la norma local (art. 14, inc. 2º, de la ley 48. Doctrina de Fallos: 331:1755, entre otros).

Asimismo, en cuanto al requisito de que el recurso extraordinario proceda contra una sentencia definitiva, pienso que también se halla satisfecho, toda vez que, si bien la resolución impugnada no pone fin al proceso, de todas formas puede ser asimilada a dicha categoría, por las consecuencias que produce, en tanto ocasiona un gravamen actual de imposible reparación ulterior (doctrina de Fallos: 300:73; 327:45).

Ello es así, porque el apelante sostiene que la decisión que impugna desconoció su inmunidad jurisdiccional y, en tales condiciones, ésta es la única oportunidad en que el derecho constitucional que aquél invoca puede encontrar adecuada y oportuna tutela, dado que no podrá subsanarse una vez convalidados los actos procesales cuestionados (Fallos: 326:1053).

-IV-

Sentado lo anterior, conviene recordar que mediante la decisión que ahora se cuestiona, el *a quo* se declaró competente y dio trámite a una causa en la que se demanda la responsabilidad civil de un magistrado provincial por su actuación judicial y que, para resolver de este modo, la Corte Suprema de Justicia local se fundó en la disposición de la ley 1486 que contempla que tales causas pueden seguirse sin necesidad de desafuero. Por su parte, el demandado sostiene que ello atenta contra las garantías de independencia del

Poder Judicial, previstas en la Constitución Nacional y que, por formar parte del sistema republicano de gobierno, esa protección se extiende a los jueces provinciales.

Con relación a la posibilidad de iniciar este tipo de acciones, del examen de una larga y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema, surge claramente que constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se le sigan por actos realizados en ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante el juicio político regulado en los arts. 42, 51 y 52 de la Constitución Nacional (anterior a la reforma de 1994, hoy arts. 53, 59 y 60) o el cese de sus funciones por cualquier otra causa.

En efecto, ya en Fallos 1:302 el Tribunal desestimó entender en una demanda por responsabilidad civil que se intentaba contra un juez de sección, mientras no fuera apartado de su cargo mediante el procedimiento constitucionalmente previsto para ello. Esta posición se mantuvo en los casos de Fallos: 116:409; 300:75; 317:365; 323:2114; 326:1053, entre otros.

Asimismo, V.E. se ha encargado de resaltar que el objetivo de la doctrina reseñada no ha sido el de impedir a los tribunales el conocimiento de las causas en las que se encuentran involucrados magistrados judiciales pues, tal como lo señaló el Procurador General, al dictaminar en Fallos: 113:317, no existe impedimento alguno una vez cumplidas las formalidades del juicio político, en someter ante la justicia a los funcionarios comprendidos en el art. 45 (anterior a la reforma) de la Ley Fundamental y tampoco la citada excepción tiende a establecer un privilegio contrario al art. 16 del texto constitucional a favor de los magistrados judiciales, toda vez que aquélla se funda en razones de orden público, relacionadas con la marcha regular del gobierno creado por la Constitución Nacional. Por tal razón la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que la inmunidad contra proceso o arresto no es un privilegio que contemple a las personas sino a las instituciones y el libre ejercicio de los poderes (Fallos: 323:2114), privilegio que las provincias pueden consagrar respecto de sus gobernadores, legisladores y jueces y que debe ser respetado dentro de sus

respectivos territorios (*Fallos: 252:184* y sus citas).

A lo expuesto, cabe añadir que si bien la existencia de inmunidad jurisdiccional constituye una fuerte restricción al derecho individual de ocurrir ante los tribunales en procura de la justicia, V.E. ha declarado que dicha restricción se justifica por la necesidad de asegurar el libre y regular ejercicio de la función judicial, la cual seguramente se frustraría si los jueces estuviesen expuestos a las demandas de litigantes insatisfechos con sus decisiones (*Fallos: 317:365*).

Según mi parecer, si bien de modo indirecto, esta doctrina también se aplicó en casos en los que se pretendía hacer efectiva la responsabilidad de jueces provinciales, como se comprueba con la lectura del precedente de *Fallos: 252:184*, o con la del más reciente de *Fallos: 329:1881*. En el primero de ellos, ante la pretensión de un juez federal de tomar declaración indagatoria a un juez de paz no letrado de una provincia, V.E. señaló que, como medida previa a esa diligencia, el magistrado federal debía solicitar el correspondiente desafuero del juez local ante la autoridad competente (v. p. 186), mientras que, en el segundo de tales casos, en el que se juzgó acerca de la responsabilidad civil de un juez provincial, cabe señalar que ello fue posible, entre otros motivos, porque dicho magistrado manifestó expresamente su voluntad de renunciar a la prerrogativa derivada de su condición de juez para ser sometido a los tribunales ordinarios (v., en especial, p. 1887).

En tales condiciones, puede afirmarse que la inmunidad de jurisdicción de los magistrados, en la medida en que impide que sean sometidos a juicio civil mientras permanezcan en sus cargos, es una garantía de independencia de los jueces que hace a la esencia del sistema republicano de gobierno y que, como tal, no sólo se encuentra asegurada en la Constitución Nacional, sino que también debe ser respetada por los ordenamientos provinciales.

La trascendencia de esta cuestión excede el marco del derecho público local y se proyecta en el ámbito de la vigencia de la Constitución Nacional, pues si bien está garantizada a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, aquélla les

impone expresamente el deber de asegurar su administración de justicia (art. 5º), proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31) y encomienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación su mantenimiento (art. 116).

Por ello, ante situaciones como la de autos, en las que se comprueba que ha sido lesionada esa garantía (inmunidad de jurisdicción) reconocida por expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido de que constituye uno de los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, la intervención de V.E. no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respectar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804; 322:1253).

En este contexto, la decisión del *a quo* colisiona con los principios y garantías consagrados en las constituciones nacional y provincial, en particular contra el régimen republicano de gobierno y, por lo tanto, corresponde hacer lugar a la pretensión del recurrente de que se respeten sus garantías.

-V-

Por lo tanto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 242/294, revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte una nueva ajustada a derecho.

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2009.

LAURA M. MONTI

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *primero de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Marincovich, José Antonio c/ Vargas,

Abraham Luis s/ responsabilidad civil contra magistrados".

Considerando:

1º) Que un abogado del foro santafecino promovió demanda contra el juez de primera instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Distrito Judicial nº 15 de esa provincia con el objeto de que se declare la responsabilidad civil del magistrado y se lo condene a resarcir el daño moral causado por diversas actuaciones cumplidas en ejercicio de sus funciones judiciales.

En su contestación, el magistrado peticionó el rechazo de la demanda por dos razones: por la incompetencia del superior tribunal para tramitar este asunto en su instancia originaria, y por su falta de legitimación pasiva, sosteniendo que no podía ser demandado civilmente sin haber sido previamente removido de su cargo. Fundó este segundo argumento en las inmunidades funcionales que -afirma- surgen para los jueces de los arts. 1º, 5º, 16, 18, 33, 53, 59, 60 y 123 de la Constitución Nacional.

2º) Que respecto de la incompetencia planteada, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe resolvió en instancia originaria que correspondía desechar el planteo, dado que la Constitución provincial establece que a ese tribunal compete "exclusivamente, el conocimiento y resolución de (...)Los juicios de responsabilidad civil contra los magistrados judiciales" (art. 93, inc. 7º).

En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva, el tribunal afirmó por remisión a su precedente "González Echenique" (A. y S., t. 81, pág. 419), que aun cuando la mayoría de la jurisprudencia y doctrina en el orden nacional exigía la previa remoción de los magistrados para poder reclamar su responsabilidad civil, el artículo en cuestión de la Constitución de Santa Fe era claro y disipaba toda duda en el sentido de que los magistrados judiciales son enjuiciables por responsabilidad civil sin necesidad de suspensión o remoción previa por juicio político o jury de enjuiciamiento.

También por remisión al precedente citado, el a quo precisó que el constituyente de Santa Fe había tomado inequívocamente partido por un sistema de responsabilidad judicial que no reflejaba el sistema de la Constitución Federal, y señaló que "hay que estar en nuestro país en el orden nacional a lo establecido en la Constitución Nacional, y en el orden provincial a lo que las respectivas constituciones determinen".

3º) Que contra esta decisión, el juez demandado interpuso un recurso extraordinario, en el que, a más de insistir con la alegación de incompetencia del superior tribunal, esencialmente sostiene que no puede ser demandado por responsabilidad civil mientras no haya sido removido por enjuiciamiento político de su cargo de juez. Reitera en este punto las prerrogativas funcionales que reconoce la Constitución Nacional a los jueces; afirma que el artículo citado de la Constitución de Santa Fe resulta contrario a esas normas, y que por esa razón cabe descalificarlo.

4º) Que la defensa relativa a la incompetencia del tribunal a quo debe ser desestimada, pues remite a una cuestión de derecho público local que ha sido resuelta con fundamentos que, más allá de su acierto o error, la ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad invocada (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5º) Que distinta suerte corre el agravio relativo a la falta de legitimación pasiva, pues surge con claridad que el recurrente invoca en sustancia las garantías que en la Constitución Federal apuntan a proteger la independencia de los jueces, en el entendimiento de que constituyen uno de los postulados esenciales del Estado constitucional, y que son por lo tanto aplicables a las provincias. En ese marco se agravia de que la Corte Suprema de Santa Fe se haya expedido a favor de la validez de la norma local.

Al rechazar este planteo, el citado tribunal ha clausurado de manera final el debate sobre la cuestión constitucional trazada, de manera que se impone admitir el carácter definitivo

tivo de su decisión.

Con esta extensión, corresponde declarar admisible el recurso extraordinario (art. 14, inc. 2º de la ley 48).

6º) Que para dar tratamiento a este asunto cabe delinear el alcance de las normas constitucionales que definen la garantía de inmunidad jurisdiccional de los jueces y seguidamente determinar de qué manera esas garantías resultarían aplicables a las provincias a la luz del sistema federal que organiza nuestra Constitución.

7º) Que en referencia al primer punto, en el Título Primero referido al "Gobierno Federal" de la segunda parte de nuestra Constitución, se supedita cualquier tipo de juicio ante los tribunales ordinarios al dictado previo de un juicio destitutorio por el órgano juzgador, precisando que el fallo, que será irrecusable, no tendrá más efecto que destituir al acusado, quedando la parte condenada "*no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios*" (art. 52 de la Constitución histórica y arts. 60 y 115 del texto reformado en 1994).

8º) Que limitada entonces la inmunidad que prevé la Constitución Nacional a la actuación de los jueces nacionales, puede afirmarse que de sus normas no se desprende postura alguna respecto de la responsabilidad civil de los magistrados derivada de la actividad judicial que resulte igualmente aplicable a jueces provinciales: en estos términos, no hay fundamento para exigir a las provincias el respeto de una cláusula que la misma Constitución Nacional no estableció para ellas.

9º) Que sentado ello, resta seguidamente examinar si la inmunidad de jurisdicción de los jueces que alega el recurrente viene impuesta por el compromiso asumido por cada provincia de dictar "*para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia...*", en la medida en que son las obli-

gaciones sustanciales del art. 5º que —en cuanto aquí interesa— las provincias acordaron respetar.

10) Que en base a esta norma el Tribunal ha dicho que la Constitución Argentina no garantiza solamente la división republicana de los poderes en las provincias, sino también el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones (*Fallos*: 154:192), entendiendo en todo caso que esa garantía debe ser provista por el gobierno federal a cada provincia dentro del orden provincial respectivo, sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de otra (*Fallos*: 119:291).

Es por ello que cabe aquí considerar el principio republicano a la luz de las adecuaciones propias de un Estado federal que reconoce inequívocamente la autonomía de sus provincias fundadoras. Tales adecuaciones, sintetizadas por Alberdi en la “regla general de deslinde entre lo nacional y lo provincial” que consagra el actual art. 121, también fueron trazadas por Vélez Sarsfield durante la Convención de Buenos Aires que precedió a la reforma constituyente de 1860, partiendo de la premisa que “*la nación pide aquellas formas que están en la Constitución; que tenga cuerpo legislativo; que tenga poder ejecutivo (...) [pero] no puede decirse que han de ser bajo tales o cuales formas sino conforme a la Constitución, con los poderes que la Constitución establece*” (Intervención de Dalmacio Vélez Sarsfield, 4ª sesión ordinaria, abril 27 de 1860, Convención del Estado de Buenos Aires).

11) Que en procura de lograr este equilibrio federal se ha considerado que la adecuación al principio republicano no implica que los alcances de las garantías que sustentan la independencia de los jueces en el ámbito provincial deban ser idénticos a los que se traza en el esquema federal, sino más bien que la exigencia del artículo 5º resulta suficientemente cumplida por esos Estados en la medida en que las normas locales preserven la sustancia de la garantía (*Fallos*: 311:460).

La necesidad de armonía entre las provincias y el Es-

tado Nacional —se explica en el precedente mencionado con cita de Joaquín V. González— “debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional (...). Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquella. Porque la Constitución de una Provincia es el código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación” (Manual de la Constitución Argentina, Bs. As., 1959, Ed. Estrada, pp. 648/649).

12) Que en lo que se refiere a la administración de justicia, esto implica considerar el texto de los arts. 5º, 31 y 123 que establecen en su conjunto el compromiso de las provincias de asegurar ese servicio conformemente al sistema republicano, de acuerdo al principio de supremacía de la Constitución Federal; más específicamente, éste principio de división de poderes apunta a asegurar el reconocimiento de una amplia independencia judicial, con el objetivo de que los jueces actúen sin quedar sujetos a presiones de naturaleza alguna por la intromisión de los poderes políticos.

Para acreditar la relación directa e inmediata de estos artículos de la Constitución Nacional con lo resuelto por el superior tribunal provincial, era entonces necesario demostrar en forma precisa que el privilegio invocado resulta inherente al principio republicano de la separación de poderes, o que su desconocimiento altera —de alguna forma— el servicio de administración de justicia que la provincia de Santa Fe se comprometió a proveer a sus habitantes.

En el sub examine, si bien es evidente que el reconocimiento de responsabilidad civil sujeta a los jueces a una instancia de escrutinio de su desempeño profesional, ello por sí solo no alcanza para sostener que, en los términos en que ha sido cuestionada la constitucionalidad del art. 93, inc. 7º de la

Constitución de Santa Fe, la ausencia de inmunidad de jurisdicción de los magistrados afecta la sustancia de su garantía de independencia judicial.

Dada la desconexión del planteo efectuado respecto del contenido del principio constitucional señalado en el art. 5º, no se advierte por lo tanto ninguna razón válida invocada por el recurrente para considerar que la sustancia de la garantía se ve afectada por el reconocimiento de alguna forma de responsabilidad civil de los jueces en ejercicio de sus funciones.

13) Que frente a este examen, que concluye en la inexistencia de confrontación entre el texto de la Constitución Nacional y la norma impugnada de la Provincia de Santa Fe, debe primar el principio de autonomía que da sentido al federalismo argentino, en virtud del cual las provincias conservan todo el poder que no delegaron (art. 121), se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas, eligiendo sus autoridades sin intervención del gobierno federal (art. 122). De tal afirmación se deriva, entre otros principios fundacionales de la organización del poder en la República Argentina, que las cuestiones relativas a los estados provinciales que no afectan los principios de la organización del Estado federal están reservadas a las instancias judiciales locales.

Tan amplia lectura del principio de autonomía provincial resulta abonada por la tesis de Juan Bautista Alberdi, que advertía en 1853 frente a la oposición de Buenos Aires de incorporarse a la República que "sería incurrir en un grande y capital error el creer que las provincias se desprenden o enajenan el poder que delegan en el Gobierno nacional. No abandonan un ápice de su poder en esa delegación. En una parte de él abandonan una manera local de ejercerlo en cambio de otra manera nacional de ejercer ese mismo poder, que parecen abandonar y en realidad toman. (...) Delegando poderes, las provincias no hacen más que aumentar su poder." '(Derecho Público Provincial, Bs. As., 1956, Universidad de Buenos Aires, Departamento Editorial,

pág. 37/38)

En clave de la normativa constitucional, esta lectura resulta respaldada por un momento constituyente de singular importancia en el proceso de formación del Estado argentino, como resultó ser la decisión de la Convención Nacional de 1860 de abandonar la pretensión de unidad de las constituciones provinciales al suprimir del art. 5º la obligación que pesaba sobre cada provincia de remitir al Congreso Nacional sus textos constitucionales para ser revisados antes de ponerlos en ejercicio (*"Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal garante a cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"*, art. 5 *in fine* de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, también el art. 103 del mismo texto: *"Cada Provincia dicta su propia Constitución, y antes de ponerla en ejercicio, la remite al Congreso para su examen, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º"* [Las constituciones de la Argentina, 1810/1972, Recopilación, notas y estudio preliminar de Arturo E. Sampay, Tomo I, EUDEBA, 1975, pág. 359]).

Las supresiones señaladas constituyen pautas de interpretación insoslayables al momento de evaluar las normas que –con mayor fuerza tras la vigorización del esquema federal que surge de la reforma de 1994– gobiernan las relaciones de autonomía, participación, coordinación y subordinación al orden nacional de los sujetos firmantes del pacto constitucional argentino.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara parcialmente admisible el recurso extraordinario –//–y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a las particularidades de la causa y la complejidad de la cuestión debatida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comer-

cial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

  
*(Soy el que firmo)*  
CARLOS S. FAYT  
*(en el nombre de)*

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

  
*Dra. RAÚL E. RAFFARONI*

VO-/-

  
*(por su voto)*

CARMEN M. ARGIBAY

-//TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y  
DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que los suscriptos adhieren al voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, en su totalidad por compartir la resolución que en él se propone, así como las consideraciones que le sirven de fundamento. Sin perjuicio de esta concordancia, es oportuno añadir una reflexión complementaria.

Que, si bien la decisión apelada es previa a la sentencia de fondo, en ella se rechaza de manera final e irreversible el derecho a la inmunidad de jurisdicción invocada por el demandado. En tales condiciones, se impone admitir el carácter definitivo del pronunciamiento dictado por el a quo, dada la similitud que, en este aspecto, guarda con el que esta Corte tuvo por tal en Fallos: 317:365.

La inmunidad de jurisdicción ha sido tratada por esta Corte en diversos precedentes, algunos de los cuales hacen la precisión de que dicha protección responde a "razones de orden público, relacionadas con la marcha regular del gobierno, establecida para defender el principio de autoridad" (Fallos: 116:409, 412, donde se utiliza el criterio sentado con anterioridad en Fallos: 113:317), sin mencionar que tales razones guarden un vínculo directo con la vigencia del sistema republicano adoptado por la Constitución en su art. 1º y garantizado a las provincias en el art. 5º. Estos precedentes fueron recordados y ratificados en la decisión de Fallos: 317:365.

En línea con estos conceptos, el Tribunal ha desestimado el intento de funcionarios provinciales por fundar su inmunidad de jurisdicción en el citado art. 5º de la Constitución. Así, ante la invocación de esa cláusula para fundar la inmunidad de arresto y proceso criminal por parte de un senador provincial, esta Corte dijo que "al reconocer a los miembros del Congreso el privilegio de no ser procesados en causa criminal sin previo desafuero" la Constitución lo hizo "'por razones peculiares de nuestra sociabilidad y motivos de alta política' y no porque fuera inherente al sistema representativo de gobierno" (Fallos: 119:291). Con mayor concisión, en Fallos: 139:64, expresó que "los privilegios e inmunidades de que puedan gozar los miembros de una legislatura provincial con relación a la competencia de los tribunales de la misma Provincia, están inmediatamente regidos por la Constitución y leyes locales y no por el art. 5º que se cita de la Constitución Nacional".

Si, como queda dicho, la inmunidad de jurisdicción de

los funcionarios provinciales, no está regida "inmediatamente" por el art. 5º de la Constitución, ello solo tiene el efecto de descartar planteos como el de autos, fundados en la premisa de que un régimen provincial, al admitir la exposición de los jueces a procesos de responsabilidad civil, es, *por ese solo hecho*, violatorio de las condiciones impuestas por la Constitución Nacional a las provincias en el citado art. 5º. No media, entonces, impedimento alguno para que se demuestre en juicio, por parte interesada, la inconsistencia de un determinado régimen de responsabilidad con las garantías mínimas de los jueces que sí han sido asociadas a la forma republicana y que, por consiguiente, forman parte de las obligaciones que el art. 5º de la Constitución impone a las provincias (arg. Fallos: 310:804 y 322:1253).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara parcialmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a las particularidades de la causa y la complejidad de la cuestión debatida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT

CARMEN M. ARGIBAY

DISI-/-

-//DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que frente al planteo de incompetencia introducido por el demandado en su contestación con fundamento en que, con arreglo a lo dispuesto por normas de derecho local, la causa

no correspondía a la instancia originaria de la corte provincial sino que debía radicarse ante un Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual o ante un Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, (punto IV.2; fs. 216/217), se corrió traslado a la actora (fs. 225), que contestó a fs. 227/229 y, en lo que interesa, mantuvo la posición sostenida en la demanda con base en normas de derecho público provincial y remitiendo al precedente de la corte santafesina registrado en A. y S. t. 81, págs. 419/444.

2º) Que la corte provincial -con el voto concurrente de cinco de los seis jueces que participaron de la decisión- rechazó el acuse de incompetencia, para lo cual sostuvo que eran aplicables las disposiciones contenidas en los arts. 5º y 7º de la ley 1486, cuya vigencia subsiste, a la par que eran de aplicación las consideraciones efectuadas por ese mismo tribunal en la causa invocada por el demandante "González Echenique" (A. y S. t. 81, pág. 419), en que trató de manera pormenorizada la cuestión relativa a la competencia para entender en las acciones de responsabilidad civil contra magistrados, haciendo eco de profusa doctrina y jurisprudencia y advirtiendo las diferencias con el sistema nacional (fs. 233/239).

3º) Que contra dicho pronunciamiento el juez demandando interpuso recurso extraordinario en el cual, en lo medular, promueve el examen de dos cuestiones federales. Por un lado, la arbitrariedad de lo decidido en su planteo atinente a la incompetencia -por las personas y por la materia- del superior tribunal para tramitar este asunto ante su instancia originaria. Por el otro y a la luz de lo decidido por la corte local en el precedente a cuyos desarrollos argumentativos y conclusión reenvió, sostiene la ausencia de legitimación pasiva para ser demandado mientras no haya sido removido -mediante el pertinente enjuiciamiento político-, invocando para ello la inmunidad jurisdiccional que le corresponde en su condición de magistrado, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1º, 5º, 16, 18, 33, 53, 59, 60 y 123 de la Constitución Nacional, cuyas disposiciones mantienen

supremacia sobre toda disposición de orden local que desconozca la existencia o alcance de la prerrogativa de la naturaleza institucional que invoca en su favor (fs. 242/294).

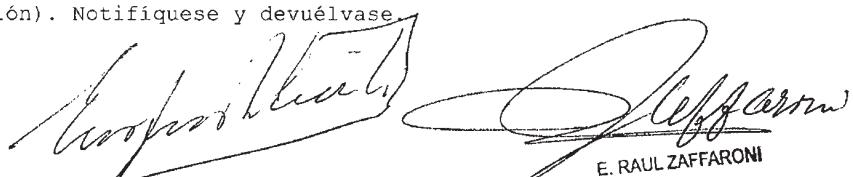
El letrado demandante contestó el traslado corrido, expidiéndose tanto sobre la impugnación formulada con respecto a la competencia del tribunal interveniente, como sobre el planteo concerniente a la inmunidad de jurisdicción proclamado por el magistrado demandado (fs. 301/306).

4º) Que la Corte Suprema santafesina –por decisión mayoritaria de cuatro de sus siete miembros– concedió el recurso extraordinario (fs. 318/322). Tras señalar que si bien la cuestión pareciera meramente procesal al tratarse de una cuestión de competencia local, lo cierto era que se ventilaba una cuestión institucional de suficiente importancia que se proyectaba sobre la buena marcha del servicio de justicia, en la medida en que podría encontrarse afectada la inmunidad de jurisdicción de los magistrados y, con ella, la independencia del poder judicial. La disidencia, en cambio, rechazó la apertura de la instancia federal en tanto consideró que no se observaba el recaudo de sentencia definitiva, pues al tratarse de una mera cuestión de competencia entre órganos provinciales no mediaba ningún supuesto de denegación del fuero federal, máxime cuando tampoco se demostraba el modo en que la sentencia afectaba directamente a la comunidad en sus valores más sustanciales y profundos.

5º) Que el recurso extraordinario ha sido mal concedido, pues de las constancias de la causa surge que la corte local solo ordenó substanciar el acuse de incompetencia introducido por el demandado en su contestación, no haciéndolo –en cambio– con respecto a la invocación efectuada en el responde acerca de la falta de legitimación pasiva; que la actora respondió el planteo postulando la competencia del órgano interveniente y que en la sentencia recurrida se resolvió expresamente dicha cuestión de competencia con fundamento en disposiciones –constitucionales y legales– de derecho público local.

6º) Que con esta comprensión, al circunscribirse la cuestión planteada en el recurso extraordinario a la única defensa que, en rigor, fue ordenada sustanciar por la corte local, el recurso federal es inadmisible con arreglo a la reiterada doctrina de esta Corte según la cual las decisiones dictadas en materia de competencia no habilitan la instancia del art. 14 de la ley 48, a menos que se hubiese denegado la intervención del fuero federal, se verificara un supuesto de privación de justicia o se desconociera un privilegio federal invocado por alguna de las partes (Fallos: 311:522; 326:2479; 327:1500, 2950). Y es claro que ninguna de esas circunstancias de excepción concurre en el caso, pues el demandado planteó que la causa correspondía al conocimiento de un tribunal inferior de la justicia provincial, introduciendo en este punto un planteo de inconstitucionalidad entre normas locales que es igualmente ineficaz para habilitar la instancia federal del art. 14 de la ley 48, que excluye lo atinente a la interpretación y compatibilidad de disposiciones locales (art. 31 de la Constitución Nacional; arts. 14, incs. 1º y 2º de la ley 48; Fallos: 316:842; 317:1798; 318:1349; causa "Trova, Facundo Martín", Fallos: 332:2504).

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



ENRIQUE S. PETRACCHI  
E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por Abraham Luis Vargas, patrocinado por el Dr. Miguel A. Piedecasas.

Traslado contestado por José Antonio Marincovich, patrocinado por el Dr. Roberto A. Büsser.

Tribunal de origen: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

**OBRA SOCIAL BANCARIA ARGENTINA  
C/ SANTA FE, PROVINCIA DE  
s/ ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (SOBRE LA LEY 11854)**

***OBRAS SOCIALES***

Cabe rechazar la demanda mediante la cual la Obra Social Bancaria Argentina- en su carácter de Obra Social Sindical y de agente natural del seguro nacional de salud, en los términos de la ley 23.661- plantea la inconstitucionalidad de la ley 11.854 de la Pcia. de Santa Fe y del decreto 1744/01, por cuanto ordena la incorporación como afiliados obligatorios al Instituto Autárquico Provincial de Obra Social ( I.A.P.O.S), de los jubilados bancarios de entidades públicas que pertenecían a O.S.B.A, toda vez que la reincisión al ente referido de los ex-agentes del sector bancario oficial de la provincia-jubilados ante la caja local-, no importó mas que la recuperación del ejercicio de facultades no delegadas en la Nación en lo que se refiere al ámbito del personal dependiente de su administración pública, sin que puedan ser excluidos de tal categoría quienes desde la función pública estatal desempeñaron actividades en la esfera bancaria.

***OBRAS SOCIALES***

Cabe rechazar la demanda mediante la cual la Obra Social Bancaria Argentina- en su carácter de Obra Social Sindical y de agente natural del seguro nacional de salud, en los términos de la ley 23.661- plantea la inconstitucionalidad de la ley 11.854 de la Pcia. de Santa Fe y del decreto 1744/01, por cuanto ordena la incorporación como afiliados obligatorios al Instituto Autárquico Provincial de Obra Social ( I.A.P.O.S), de los jubilados bancarios de entidades públicas que pertenecían a O.S.B.A, pues en el marco constitucional y legal aplicable al caso, no se advierte que el ejercicio razonable de las facultades locales con relación a agentes de la banca provincial, suscite una injerencia en el plexo federal, no habiendo acreditado el demandante el alegado exceso en el ejercicio de facultades provinciales.

***PROVINCIAS***

El ejercicio correcto de las facultades reconocidas a las provincias en los artículos 121 y 125 de la Constitución Nacional -facultades no delegadas y facultades concurrentes- no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la seguridad social, marco en el cual deben preservarse seriamente las facultades inherentes de la administración provincial, en mérito al compromiso constitucional que exige conservar y vigorizar el federalismo; reconociendo y haciendo efectivo el poder de las provincias para gobernarse por si mismas, y para reglar, en todo lo no delegado a la Nación, cuanto concierne a su régimen, progreso y bienestar.

## *SEGURIDAD SOCIAL*

La necesidad de alcanzar los beneficios de la seguridad social, en sus diversos propósitos particulares, importa el reconocimiento de facultades concurrentes de la Nación y las provincias sin que pueda admitirse que la Constitución las haya centralizado exclusivamente en el gobierno nacional, sin que quepa desconocer la atribución de las provincias de crear, conforme al principio que emana del art. 122 de la Constitución Nacional, sistemas de esa índole para los agentes de su administración pública, sin que el inc. 12 del art. 75 de la Ley Suprema -relativo al dictado de un código de la seguridad social por el legislador nacional-, signifique una delegación exclusiva y excluyente en favor del gobierno central, dado que la armonización de las diversas cláusulas constitucionales exige, por la igual imperatividad de sus preceptos, tener presente lo estatuido en el art. 14 nuevo que, en cuanto al vocablo "estado" se refiere tanto al estado nacional como a los provinciales.

## **DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- I -

La Obra Social Bancaria Argentina (OSBA) interpone la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de obtener que se declare la invalidez constitucional de la ley local n° 11.854, promulgada por el decreto n° 1.744/01.

La cuestiona, en cuanto modifica el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (IAPOS) -ley n° 8.288, en la versión de la ley n° 10.553- e incorpora como afiliados obligatorios a dicha entidad a los jubilados y pensionados bancarios de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Santa Fe. Arguye que la preceptiva avanza de manera ilegal y arbitraria sobre asuntos de competencia exclusiva de las autoridades nacionales, como es lo referente al Sistema Nacional del Seguro de Salud de las leyes n° 23.660 y 23.661, y vulnera los artículos 1, 5, 14 bis, 28, 31, 75, incisos 12, 23 y 32, 104, 108 y 126 de la Constitución Nacional (v. fs. 11/25).

A fojas 29, de conformidad con el parecer de esta Procuración General (fs. 27/28), esa Corte confiere trámite ordinario a la cuestión en el ámbito de su competencia originaria.

- II -

Corrido traslado del reclamo a la Provincia de Santa Fe, ésta lo evacúa a fojas 57/65.

Además de una negativa pormenorizada de lo argüido por la accionante en el libelo introductorio, la requerida argumenta que esa parte no ha alegado ni fundado los requisitos de admisibilidad de la acción, en particular, el daño actual y la inexistencia de otros remedios procesales.

Respecto del primer tema, se ha limitado a argüir el quiebre del principio de solidaridad sectorial sin cuantificar el número de jubilados y pensionados provinciales del sector bancario oficial afiliados a OSBA, el monto de los aportes y contribuciones dejados de percibir por la entidad, la incidencia en sus ingresos y el impacto global de la pérdida de esos afiliados en la ecuación económico-financiera de la asociación.

Hace hincapié en que no se ha explicitado el nivel promedio de gastos generados por la masa de afiliados pasivos, normalmente superior al promedio de los gastos irrogados por los afiliados en actividad.

Respecto de la inexistencia de medios procesales más idóneos, señala que la reclamante no acreditó haber agotado la vía administrativa local ni haber acudido a la instancia contencioso-administrativa provincial, ámbito donde correspondía debatir extremos referidos a la relación de empleo público -causa fuente de lo dispuesto en la ley n° 11.854- y al régimen previsional, propios por imperativo constitucional del derecho público de Santa Fe (arts. 19 y 21, C. Provincial).

Subraya que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional autoriza que los beneficios de la seguridad social se hallen a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, y que constituye una potestad no delegada lo tocante a la relación de empleo público.

Enfatiza que lo debatido involucra a jubilados y pensionados de la Caja Previsional local que, como personal activo, prestaron servicios en la Administración Pública, desempeñándose en los ex-bancos Provincial de Santa Fe, Municipal de Rosario y Municipal de Santa Fe, con sujeción al régimen administrativo provincial; y que las razones por las que

la Provincia decidió implementar y luego suprimir el régimen excepcional de la ley n° 10.553, para el personal pasivo del sector bancario, constituye una cuestión política no revisable por la vía judicial.

Puntualiza que el IAPOS no es una obra social sindical sino una entidad autárquica local -paraestatal- sometida al derecho público provincial, que no requiere para su funcionamiento una autorización nacional; y que la ley 11.854 ha sido dictada en el marco de facultades no delegadas inherentes a la relación de empleo público, para disponer sobre una de las consecuencias del vínculo como es asegurar las prestaciones médico-asistenciales de los agentes activos y pasivos de la Provincia.

Invoca en respaldo de su postura que la ley n° 23.660 no alcanza a los institutos autárquicos provinciales (art. 1º); que el personal -activo y pasivo- dependiente de los estados provinciales no pertenece, sino a través de un convenio de adhesión, al sistema nacional del seguro de salud (art. 6, ley n° 23.661); y que la alegación por OSBA del decreto 292/95 -de libre elección- importa el reconocimiento de que el IAPOS no integra el régimen nacional de obras sociales.

Defiende la razonabilidad de la ley n° 11.854 con fundamento en que, a través de su dictado, se regularizó la situación del único estamento o sector relacionado con la administración excluido del IAPOS: los jubilados y pensionados que habían pertenecido a la banca oficial provincial o municipal.

Al respecto, explica que originariamente los agentes de la banca oficial no eran beneficiarios del IAPOS -lo que justificó el dictado de la ley n° 10.553 que apartó del instituto a los pasivos del sector- y que, ulteriormente, con la privatización de la banca oficial, gran parte de sus empleados fueron reubicados en otros sectores de la administración y, por ende, fueron incorporados a la Obra Social.

La ley n° 11.854, argumenta, vino a refrendar y generalizar esa inclusión en el IAPOS de todos los ex-dependientes de los bancos públicos provinciales y municipales de Santa Fe, lo que importó reasumir la competencia transitoriamente abdicada por medio de la ley n° 10.553.

Dice, además, que la OSBA carece de legitimación para cuestionar las

supuestas desventajas que depararía a los beneficiarios directos la ley n° 11.854 (periodo de carencia, aumento de cuotas, pérdida del derecho a la libre elección, etc.), aspectos que sólo incumbe ponderar a los interesados.

Subraya que, tanto en el sistema nacional como en el local, la afiliación obligatoria y solidaria es la regla y la libre alternativa es la excepción -a lo que se agrega que las obras sociales locales son ajenas al decreto n° 292/95- y que el aumento del aporte no es sustancial y se compensa con la mayor calidad del servicio prestado por el IAPOS (cfse. fs. 57/65).

- III -

Abierta a prueba la causa, obran agregados informes requeridos por la accionante a distintas entidades médico-asistenciales (fs. 98, 100, 101, 115 y 118), en tanto que el Alto Tribunal hizo lugar a la negligencia acusada respecto de la prueba informativa del Estado provincial (v. fs. 131).

Asimismo, a fojas 142/144 y 146/147, obran agregados los alegatos de los litigantes.

A fojas 151, por su lado, se adjunta al expediente principal, *ad effectum videndi et probandi*, la causa S.C. O. n° 192, L. XXXVII; "OSBA c/ Provincia de Santa Fe s/ acción de inconstitucionalidad", radicada ante la Corte, en la que se sustanció una pretensión análoga al *subexamine* y en la que se declaró la caducidad de la instancia el 28/09/04 (cf. fs. 261 del adjuntado).

En este estado, se corre vista de lo actuado a esta Procuración General (v. fs. 141 y 151).

- IV -

Previo a todo incumbe referir que, a través de la ley provincial n° 8.288 (B.O. 19/09/78), se creó el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (IAPOS), como una persona jurídica autárquica en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe, con el fin de organizar y administrar un sistema de atención médica-asistencial para sus afiliados (v. arts. 1 y 2).

En el estatuto se estableció la afiliación obligatoria al IAPOS de: "a) Los

magistrados, funcionarios y agentes en actividad de los Poderes del Estado provincial y sus organismos descentralizados y autárquicos; b) Los beneficiarios de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Santa Fe; c) Los integrantes de los grupos familiares primarios de los afiliados comprendidos en los incisos anteriores..." (v. art. 3).

Se exceptuaba de la regla anterior "... a los agentes de los organismos autárquicos y descentralizados de la Administración Pública que por razón de su actividad se encuentren forzosamente comprendidos en otro régimen similar" (art. 4).

Más tarde, mediante la ley n° 10.553 (B.O. 21/01/91), se modificó, en lo que interesa, el artículo 3, inciso b), de la ley n° 8.288, excluyendo de la afiliación obligatoria a los beneficiarios de la Caja provincial "... pertenecientes al sector bancario, que hubieren prestado servicios en el Banco Provincial de Santa Fe, en el Banco Municipal de la ciudad de Rosario y en el ex-Banco Municipal de la ciudad de Santa Fe" (v. art. 1º).

Congruente con lo anterior, el artículo 2 de la ley n° 10.553 establecía, a partir de su vigencia, la desafectación del régimen de la ley n° 8.288, de todos los jubilados y pensionados, y sus respectivos grupos primarios, que gozan de los beneficios de la Caja, "... en razón de haber prestado servicios en el Banco Provincial de Santa Fe, en el Banco Municipal de la ciudad de Rosario, y en el ex-Banco Municipal de la ciudad de Santa Fe, los que deberán quedar comprendidos en otro régimen similar correspondiente a su actividad específica".

La legislatura provincial, posteriormente, retomó la cuestión y habilitó a los jubilados y pensionados de la ex-banca oficial de Santa Fe, y grupos familiares primarios, por el plazo de ciento ochenta días, a reincorporarse voluntariamente al IAPOS (cf. arts. 1 y 2 de la ley n° 11.854 del 30/11/00).

Dicha norma, no obstante, fue observada por el Poder Ejecutivo local sobre la base de que la opción establecida por la ley sancionada vulneraría los principios de solidaridad en los aportes y universalidad de cobertura que motivaron la creación de la obra social del Estado Provincial. Propuso por ello a la Legislatura la incorporación total del sector, sin condicionamientos de ningún tenor, salvo un período de carencia prestacional de noventa días, con pago de aportes (v. decreto n° 3.785 del 18/12/00).

Admitido el veto por la Legislatura local con las enmiendas propuestas, el Ejecutivo promulgó la ley n° 11.854. Determina finalmente la norma, a partir de su entrada en vigor, la incorporación al régimen de la ley n° 8.288 de todos los jubilados y pensionados de la Caja local, y sus grupos familiares primarios, que hubieren prestado servicio en los ex-bancos oficiales de la provincia mencionados, y que a esa fecha se hallaran comprendidos en otro régimen semejante por imperio de la ley n° 10.553 (cfr. art. 1 del decreto n° 1.744 del 20/07/01).

La Obra Social Bancaria Argentina, por su lado, conforme quedó dicho, cuestiona la anterior disposición fundada en que: altera el sistema nacional de obras sociales al exceder el límite de los poderes delegados, le ocasiona un grave perjuicio en su calidad de obra social nacional del sector y contradice el régimen constitucional federal (cfse. fs. 11/25 y 142/144).

- V -

El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, acto que, al decir de V.E., trasunta gravedad institucional y configura la *ultima ratio* del orden jurídico, debe acreditar clara y fehacientemente de qué forma contraria la Ley Fundamental, causándole un gravamen, y que esa circunstancia acontece en el caso concreto (cfse. Fallos: 327:1899; 328:1416; 4282; entre otros).

Dicho extremo implica una estimación siquiera provisoria o aproximada de los eventuales perjuicios, así como elementos serios que permitan justipreciarlos (Fallos: 324:754; etc.). En ausencia de tal demostración, ha dicho asimismo V.E., se torna abstracto cualquier pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la norma (cfr. Fallos: 312:2530, entre otros).

En el supuesto, aprecio que asiste razón a la accionada en punto a que no se acredita conforme es menester el concreto perjuicio que afecta a la demandante (cf. fs. 59/60 y 146vta.).

En efecto, la accionante se limita argüir un daño actual, concretamente, la afectación del principio de solidaridad, "base y fundamento del sistema de obras sociales".

Ese extremo -afirma- le impide cumplir su mandato legal y agrava la crisis que atraviesan las obras sociales como la actora (v. fs. 15, 20 y 143vta./144).

Su empeño probatorio, no obstante, se dirige mayormente a acreditar la existencia de cobertura prestacional de la OSBA en la Provincia de Santa Fe (cf. informativas de "G y D S.A.", "ACE", "Asociación Médica del Dpto. de General Obligado", "Clínica Privada Banfield" y "CFA", a fs. 98, 100, 101, 115 y 118).

La omisión, por otro lado, no se suple con la remisión a la causa S.C. O. n° 192, L. XXXVII, pues tampoco allí se deja de resalto el número de jubilados y pensionados del sector bancario oficial de la Provincia de Santa Fe afiliados a OSBA, el monto de aportes dejados de percibir, su incidencia en los ingresos y en la ecuación financiera de la entidad, el nivel promedio de los gastos de salud en pasividad, etc. Lo anterior ni siquiera se acredita en ocasión de fundar la actora su solicitud cautelar en dichas actuaciones (v. fs. 86/90 y 96/98), denegada por V.E. (v. fs. 94 y 99 del expte. adjuntado).

La informativa del IAPOS que obra a fojas 137/197, además del detalle de cobertura prestacional del Instituto, da cuenta de reclamaciones de personal jubilado de la banca provincial motivadas por la insuficiencia prestacional de la parte actora; mientras que el informe del Centro de Asistencia Médica para Obras Sociales ("CAMOS"), expresa que no hubo períodos de interrupción de servicios a los beneficiarios de IAPOS (v. fs. 199 del expte. adjuntado).

Los informes de la Superintendencia de Servicios de Salud del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo tampoco abonan las afirmaciones de la OSBA, en tanto que se limitan a acompañar documentación administrativa y laboral referente a dicha entidad (estatuto, resolución registral, nómina de autoridades, legajo de la entidad, etc.; fs. 235/256 y 265/278).

En las condiciones antedichas, las aserciones de la reclamante acerca de la vulneración de su derecho devienen dogmáticas, a lo que se agrega que, como apunta la contraria, carece de legitimación para alegar afectaciones de derechos que, en todo caso, concernirían a los afiliados -es decir, terceros cuya representación no se acredita (cf. doctrina de Fallos: 307:813; 312:1149, 326:3285, etc.)- tales como las vinculadas con la privación del

derecho de opción, carencia prestacional con aportes, aumento de alícuota, etc. (cf. fs. 19/20 y 144).

Por lo demás, se discurre aquí acerca de los agravios constitucionales derivados de la reincorporación al Instituto Autárquico Provincial de Obra Social de Santa Fe (IAPOS) de los jubilados y pensionados bancarios de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de dicha Provincia, y sus grupos familiares primarios, es decir, de agentes en retiro de la banca oficial local, hoy privatizada.

Dista, por ende, de asimilarse a la situación valorada por V.E. en Fallos: 319:408 y 331:1262. Si bien, como en esos casos, el asunto involucra aquí a una obra social nacional, agente del seguro de salud, víctima de una supuesta desafiliación forzosa por parte de la autoridad local, se debatía allí la situación de docentes de establecimientos transferidos a la órbita provincial. En el primer supuesto, el tenor privado del vínculo de empleo obsta a la asimilación, y en el otro, la existencia de un convenio interjurisdiccional que garantizaba a los docentes transferidos el derecho de optar entre la obra social nacional, a la que se hallaban afiliados, y la local.

En el *sub lite*, insisto, se trata de la reinserción de ex-agentes del sector bancario oficial de la Provincia, jubilados ante la Caja local, en el Instituto Provincial de Obra Social; personal, por principio, ajeno al seguro nacional de salud (cf. arts. 8, ley n° 23.660 y 5 y 6 de la ley n° 23.661).

Sobre el tema ha expresado V.E. que la facultad de legislar en materia de seguridad y previsión social compete a la Nación (art. 75, inc. 12, C.N.) y a las provincias, por cuanto la obligación que impone el artículo 14 bis de la Carta Fundamental se extiende a los estados provinciales en lo concerniente a la administración pública local, los magistrados y funcionarios de sus tribunales, los integrantes de las legislaturas y al propio del ejercicio del poder de policía sobre la práctica de las profesiones liberales (cfr. Fallos: 312:418; 319:791; 322:2817; 323:1995; 330:1927; etc.).

En tales términos, no advierto acreditado, una vez más, el exceso en el ejercicio de las potestades provinciales reprochado por la actora, lo que autoriza a descartar su presentación federal.

- VI -

Por lo dicho, entiendo que procede desestimar el planteo constitucional de la actora, referido a los artículos 1 y 2 de la ley provincial nº 11.854, con las enmiendas propuestas por el artículo 2º del decreto nº 3.785/00, aprobadas por la Honorable Legislatura local (v. dec. n° 1.744/01).

Buenos Aires, 12 de noviembre de 2010.

MARTA A. BEIRO de GONZALEZ  
Procuradora Fiscal ante  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de agosto de 2013.

Vistos los autos: "Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) A fs. 11/25, la Obra Social Bancaria Argentina (O.S.B.A.), institución de carácter sindical, inscripta en el Registro Nacional de Obras Sociales bajo el N° 1-26304, que agrupa a los trabajadores bancarios y de entidades financieras de todo el país –según arguye sobre la base de las cláusulas 1ª y 3ª de su Estatuto–, en su condición de agente natural del seguro nacional de salud, según el artículo 15 de la ley 23.661, promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de la ley local 11.854, promulgada por el decreto 1744/01.

Cuestiona dicha norma en cuanto modifica el artículo 3º de la ley 8288 –que creó el Instituto Autárquico Provincial

de Obra Social (en adelante, "I.A.P.O.S.")- t.o. según la ley 10.553, e incorpora como afiliados obligatorios a esa entidad a los jubilados y pensionados bancarios que pertenecían a O.S.B.A.

Relaciona las leyes nacionales 23.660 y 23.661, en tanto regulan la seguridad social a nivel federal, y observa que el régimen de la ley 23.660 patentiza la inconstitucionalidad de la norma local que objeta.

Añade, en ese contexto, que el decreto 292/95 es una reafirmación de la competencia federal en la materia, ya que reconoce a todos los trabajadores afiliados la facultad de elegir al respecto.

Argumenta que el I.A.P.O.S., al no revestir el carácter de obra social de los jubilados bancarios, no es ni siquiera una opción posible dentro del régimen de libre elección, conforme las disposiciones nacionales vigentes.

Sostiene que con la normativa que impugna se ha invadido el ámbito personal y de actuación establecido por disposiciones legales de carácter superior, al transferir compulsiva e ilegítimamente, a su criterio, a los beneficiarios de la O.S.B.A., jubilados de entidades públicas de la Provincia de Santa Fe, al I.A.P.O.S. Aduce, así, que la provincia avanza -de manera ilegal y arbitraria- sobre asuntos de competencia exclusiva de las autoridades federales, como es el Sistema Nacional del Seguro de Salud, del cual es agente, regido por las leyes nacionales citadas y, en consecuencia, viola los artículos 14 bis, 28, 31, 75, inc. 12, 104 y 108 de la Constitución Nacional.

II) A fs. 27/28 obra el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, sobre la base del cual se dio curso a la demanda por la vía de la instancia originaria de la Corte (fs. 29).

III) A fs. 57/65, se presenta la Provincia de Santa Fe y contesta la demanda. Tras las negativas de rigor, argumenta que la actora no ha alegado ni fundado los requisitos de admisibilidad de la acción, en particular, el daño actual y la inexis-

tencia de otros remedios procesales. Respecto al primer argumento, objeta que se haya limitado a argüir el quiebre del principio de solidaridad sectorial sin cuantificar el número de jubilados y pensionados provinciales del sector bancario oficial afiliados a O.S.B.A., el monto de los aportes y contribuciones dejados de percibir por la entidad, la incidencia en sus ingresos y el impacto global que la pérdida de esos afiliados genera en la ecuación económico-financiera de la asociación. Asimismo indica que no se ha explicitado el nivel promedio de gastos generados por la masa de afiliados pasivos, normalmente superior al promedio de los gastos irrogados por los afiliados en actividad.

En orden a la segunda defensa planteada, señala que la demandante no acreditó haber agotado la vía administrativa local ni haber acudido a la instancia contencioso-administrativa provincial, ámbito donde correspondía debatir extremos referidos a la relación de empleo público –causa fuente de lo dispuesto en la ley 11.854– y al régimen previsional, propios por imperativo constitucional del derecho público de Santa Fe (arts. 19 y 21 de la Constitución provincial).

Recuerda que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional reconoce el derecho de que los beneficios de la seguridad social se hallen a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, y que, la relación de empleo público constituye una potestad no delegada.

Enfatiza que la cuestión en debate involucra a jubilados y pensionados de la Caja Previsional local que, como personal activo, prestaron servicios en la Administración Pública, desempeñándose en los ex-bancos Provincial de Santa Fe, Municipal de Rosario y Municipal de Santa Fe, con sujeción al régimen administrativo provincial; y que las razones por las que la provincia decidió implementar y luego suprimir el régimen excepcio-

nal de la ley 10.553, para el personal pasivo del sector bancario, constituye una cuestión política no revisable por la vía judicial.

Observa que el I.A.P.O.S. no es una obra social sindical sino una entidad autárquica local -paraestatal- sometida al derecho público provincial, que no requiere para su funcionamiento una autorización nacional; y que la ley 11.854 ha sido dictada en el marco de facultades no delegadas inherentes a la relación de empleo público, para disponer sobre una de las consecuencias del vínculo como es asegurar las prestaciones médico-asistenciales de los agentes activos y pasivos de la provincia.

Arguye en respaldo de su postura, que la ley 23.660 no alcanza a los institutos autárquicos provinciales (art. 1º); que el personal -activo y pasivo- dependiente de los estados provinciales no pertenece, sino a través en su caso, de un convenio de adhesión, al sistema nacional del seguro de salud (art. 6º, ley 23.661); y que la alegación por O.S.B.A. del decreto 292/95 -de libre elección- importa el reconocimiento de que el I.A.P.O.S. no integra el régimen nacional de obras sociales.

Sostiene la razonabilidad de la ley 11.854, con fundamento en que a través de su dictado se regularizó la situación del único estamento o sector relacionado con la administración local excluido del I.A.P.O.S., los jubilados y pensionados que habían pertenecido a la banca oficial provincial o municipal.

Al respecto explica que originariamente los agentes de la banca oficial no eran beneficiarios del I.A.P.O.S. -lo que justificó el dictado de la ley 10.553 que apartó del instituto a los pasivos del sector- y que, ulteriormente, con la privatización de la banca oficial, gran parte de sus empleados fueron reubicados en otros sectores de la administración y, por ende, fueron incorporados a la Obra Social.

Argumenta que la ley 11.854 vino a refrendar y generalizar esa inclusión en el I.A.P.O.S. de todos los exdependientes de los bancos públicos provinciales y municipales de Santa Fe, lo que importó reasumir la competencia transitoriamente resignada a través de la ley 10.553.

Dice, además, que la O.S.B.A. carece de legitimación para cuestionar las supuestas desventajas que depararía a los beneficiarios directos la ley 11.854 (periodo de carencia, aumento de cuotas, pérdida del derecho a la libre elección, etc.), aspectos que sólo incumbe ponderar a los interesados.

Subraya que, tanto en el sistema nacional como en el local, la afiliación obligatoria y solidaria es la regla y la libre alternativa es la excepción -a lo que se agrega que las obras sociales locales son ajena al decreto 292/95-, y que el aumento del aporte no es sustancial y se compensa con la mayor calidad del servicio dado por el I.A.P.O.S. (cfse. fs. 57/65).

IV) La causa fue abierta a prueba, y una vez clausurado el periodo probatorio, a fs. 142/144 y 146/147, la actora y la Provincia de Santa Fe presentaron sus alegatos.

V) A fs. 152/156 luce el dictamen de la señora Procuradora Fiscal acerca de las cuestiones constitucionales propuestas.

Considerando:

1º) Que la presente demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2º) Que en estas actuaciones la Obra Social Bancaria Argentina, en su carácter de Obra Social sindical y de agente natural del seguro nacional de salud, en los términos de la ley 23.661, plantea la inconstitucionalidad de la ley local 11.854, y del decreto 1744/01, que la promulgó, por cuanto ordena la incorporación como afiliados obligatorios al Instituto Autárquico

Provincial de Obra Social (I.A.P.O.S.), de los jubilados y pensionados bancarios de entidades públicas que pertenecían a O.S.B.A.

3º) Que la vía intentada es formalmente admisible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues se verifica una controversia concreta en torno al alcance de la referida ley provincial, cuyos efectos son resistidos por O.S.B.A., quien le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal en la materia, extremo que admite remedio mediante un pronunciamiento definitivo del Tribunal (Fallos: 316:1713; 320:1556; 2851 y 331:1262). En efecto, la actora se agravia del perjuicio que le causa la aplicación de la legislación local que impugna, al verse privada de los aportes de los afiliados incorporados al ámbito provincial; de allí que la afectación de su interés legítimo aparece configurada en forma concreta, directa y suficiente (O.673.XL. "Obra Social de docentes particulares - O.S.D.O.P. c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 22 de diciembre de 2009).

Por lo demás, resulta intrascendente el hecho de que no se hayan agotado los trámites administrativos previstos en la legislación provincial, habida cuenta de que la competencia originaria de la Corte, que proviene de la Constitución, no queda subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales (Fallos: 312:475; 323:1206; 328:1442 y 331:1262).

4º) Que los agravios expresados por la Obra Social Bancaria Argentina consisten en cuestionar la disposición provincial con fundamento en que altera el sistema nacional de obras sociales al exceder el límite de los poderes delegados; le ocasiona un grave perjuicio en su calidad de obra social nacional del sector, y contradice el régimen constitucional federal (cfse. fs. 11/25 y 142/144).

5º) Que, en primer lugar, cabe subrayar que el interesado en una declaración de inconstitucionalidad, tal como se pide, definida por el Tribunal como un acto de extrema gravedad institucional y que configura la última *ratio del orden jurídico*, es quien debe acreditar clara y fehacientemente de qué forma contraria la Ley Fundamental, causándole un gravamen, y que esa circunstancia se compruebe en el caso concreto (cfse. *Fallos*: 327:1899; 328:1416 y 4282, entre otros).

6º) Que el Congreso de la Nación sancionó las leyes nacionales 23.660, de obras sociales; 23.661 del Sistema Nacional del Seguro de Salud, y sus normas reglamentarias y complementarias, aplicables en lo pertinente a la Obra Social Bancaria (O.S.B.A.).

Con relación a la ley citada en primer término es oportuno señalar que las obras sociales –como la aquí actoran entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud, a las que pueden adicionar otras prestaciones de carácter social. Estas entidades se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios.

En esta línea y según lo establece el artículo 2º de la ley 23.660, las obras sociales tienen personalidad jurídica propia y diferenciada del organismo, dependencia estatal, empresa o asociación sindical o profesional a las que se hallan vinculadas. Para el cumplimiento de su función reciben y administran recursos de la seguridad social, conformados por los aportes y contribuciones de los empleados y empleadores, empresa o dependencia pública cuya existencia determina la conformación del grupo de beneficiarios (artículo 16 de la ley 23.660). En tal condición se constituyen en agente del Sistema Nacional del

Seguro de Salud, conforme el artículo 2º de la ley 23.661, que determina a los sujetos comprendidos en su artículo 5º, excluyéndose al personal "dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados retirados y pensionados del mismo ámbito" –artículo 6º– (ver también decreto 492/95 y resolución conjunta del ANSSAL - INOS 6108-148/96).

Al ser O.S.B.A. una entidad que desarrolla una actividad de interés público, se encuentra sometida al contralor estatal que sobre ella ejerce la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación (conf. arts. 3º, 8º, 15, 18, 28 y concordantes de la ley 23.661; artículo 7º de la ley 23.660, y arg. Fallos: 319:408 y 331:1262, ya citados).

A su vez, la ley 23.661, en sus artículos 1º y 2º, establece como principios fundantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, en primer lugar, la búsqueda del pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación de ninguna clase y, en segundo término, la provisión de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones.

7º) Que por su parte, en jurisdicción de la Provincia de Santa Fe, por medio de la ley provincial 8288 (B.O. 19/09/78), se creó el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (I.A.P.O.S.), como una persona jurídica autárquica en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe, con el fin de organizar y administrar un sistema de atención médica-asistencial para sus afiliados (ver artículos 1º y 2º).

En el estatuto se estableció la afiliación obligatoria al I.A.P.O.S. de: "a) Los magistrados, funcionarios y agentes en actividad de los Poderes del Estado provincial y sus organismos descentralizados y autárquicos; b) Los beneficiarios de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Santa Fe; c) Los integrantes de los grupos familiares primarios de los afiliados comprendidos en los incisos anteriores..." (v. artículo 3º).

'Se exceptuaba de la regla anterior "...a los agentes de los organismos autárquicos y descentralizados de la Administración Pública que por razón de su actividad se encuentren formalmente comprendidos en otro régimen similar" (artículo 4º).

Tiempo después, por medio de la ley 10.553 (B.O. 21/01/91), se modificó -en lo que aquí interesa- el artículo 3º, inciso b, de la ley 8288, excluyendo de la afiliación obligatoria a la caja provincial a los beneficiarios "...pertenecientes al sector bancario, que hubieren prestado servicios en el Banco Provincial de Santa Fe, en el Banco Municipal de la ciudad de Rosario y en el ex-Banco Municipal de la ciudad de Santa Fe" (ver artículo 1º).

Por medio del artículo 2º de la ley 10.553 se establecía -en consonancia con lo anterior- la desafectación al régimen de la ley 8288, de todos los jubilados y pensionados, y sus respectivos grupos primarios, que gozaban de los beneficios de la Caja, "... en razón de haber prestado servicios en el Banco Provincial de Santa Fe, en el Banco Municipal de la ciudad de Rosario, y en el ex-Banco Municipal de la ciudad de Santa Fe, los que deberán quedar comprendidos en otro régimen similar correspondiente a su actividad específica".

Con posterioridad, la Legislatura provincial habilitó a los jubilados y pensionados de la ex-banca oficial de Santa Fe, y grupos familiares primarios, por el plazo de ciento ochenta días, a reincorporarse voluntariamente al I.A.P.O.S. (v. Expte. 7789 -Letra P.J.- Proyecto de ley, presentado por el señor diputado Sellares, "Derogando la Ley 10.553 y modificando el artículo 3º de la ley 8288, I.A.P.O.S.").

La normativa en cuestión fue, no obstante, observada por el Poder Ejecutivo local, sobre la base de que la opción establecida por la ley sancionada vulneraría los principios de solidaridad en los aportes y universalidad de cobertura que motivaron la creación de la obra social del Estado Provincial. Por ende, propuso a la Legislatura la incorporación de todo el sector, sin condicionamientos de ningún tenor, salvo un período de carencia prestacional de noventa días, con pago de aportes (v.

decreto 3785 del 18/12/00).

Acogido el voto por la Legislatura local con las enmiendas propuestas, el Poder Ejecutivo promulgó la ley 11.854, del 30 de noviembre de 2000 (B.O. 1/8/01), que vino así a zanjar el asunto. En efecto, esta norma determinó que a partir de su entrada en vigor, quedaban incorporados al régimen de la ley 8288 todos los jubilados y pensionados de la caja local, y sus grupos familiares primarios, que hubieren prestado servicio en los ex bancos oficiales de la provincia antes referidos, y que a esa fecha se encontrasen comprendidos en otro régimen semejante por imperio de la ley 10.553 (cfr. artículo 1º del decreto 1744 del 20/07/01).

8º) Que corresponde indicar que la Constitución Nacional en su artículo 14 bis, párrafo tercero, establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social y garantizará la protección integral de la familia.

El término "Estado", empleado en sentido genérico, alude tanto al Estado Nacional como a los estados provinciales, de tal manera que la reglamentación de este precepto no es privativa del gobierno federal (conf. dictamen del Procurador General en *Fallos*: 302:721 y sus citas, y *Fallos*: 305:1888 y 312:418). En efecto, la facultad de legislar en materia de seguridad social, jubilaciones y pensiones compete a la Nación y a las provincias, por cuanto la obligación que impone el artículo 14 bis, no se limita al Estado Nacional sino que se extiende a los estados provinciales, si bien acotada al ámbito de la administración pública provincial y al del ejercicio del poder de policía (*Fallos*: 286:187; 330:1927 y 331:1262).

9º) Que en el precedente de *Fallos*: 305:1888, del año 1983, el Tribunal señaló que la necesidad de alcanzar los beneficios de la seguridad social, en sus diversos propósitos particulares, importa el reconocimiento de facultades concurrentes de la Nación y las provincias sin que pueda admitirse que la Constitución las haya centralizado exclusivamente en el gobierno na-

cional. No cabe desconocer la atribución de las provincias de crear, conforme al principio que emana del artículo 105 (actual artículo 122) de la Constitución Nacional, sistemas de esa índole para los agentes de su administración pública, sin que el inc. 11 del artículo 67 (actual inc. 12 del artículo 75) de la Ley Suprema —máxime correlacionado con el texto no modificado del artículo 108 (actual artículo 126)— relativo al dictado de un código de la seguridad social por el legislador nacional, signifique una delegación exclusiva y excluyente en favor del gobierno central, dado que la armonización de las diversas cláusulas constitucionales exige, por la igual imperatividad de sus preceptos, tener presente lo estatuido en el artículo 14 nuevo que, en cuanto al vocablo “Estado” se refiere a ambas órbitas de gobierno.

En similar sentido, en Fallos: 312:418, se indicó que el recordado inciso 11 del artículo 67 (hoy inciso 12 del artículo 75) de la Constitución confiere al Congreso Nacional el mandato de dictar el Código de Seguridad Social, atribuyéndole potestad para legislar en tal materia. No obstante —se sostenía en ese pronunciamiento— “en determinadas circunstancias se ha reconocido que como consecuencia del poder conservado por las provincias en virtud de lo dispuesto por el artículo 105 (actual artículo 122) de la Constitución Nacional éstas pueden crear y reglamentar regímenes de seguridad social bien que limitada esa facultad al ámbito de los agentes de su administración pública, los magistrados y funcionarios de sus tribunales, los integrantes de sus legislaturas y también, en razón del ejercicio del poder de policía retenido sobre el ejercicio de las profesiones liberales, respecto de estas últimas actividades” (Fallos: 319: 408 y 331:1262).

A su vez, el artículo 121 de la Constitución Nacional sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquéllos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y el artículo 125 reconoce los poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto fe-

deral como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (ver en especial el párrafo segundo, según la reforma de 1994).

10) Que el ejercicio correcto de esas facultades no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la seguridad social. En ese marco deben preservarse seriamente las facultades inherentes de la administración provincial, en mérito al compromiso constitucional que exige conservar y vigorizar el federalismo; reconociendo y haciendo efectivo el poder de las provincias para gobernarse por sí mismas, y para reglar, en todo lo no delegado a la Nación, cuanto concierne a su régimen, progreso y bienestar (arg. Fallos: 235:571, causa "Liberti, Atilio César", 1956, voto del señor Presidente Doctor Don Alfredo Orgaz).

11) Que, en ese contexto, los agravios constitucionales referidos en el considerando 4º anterior que, como quedó expresado, resultan de la reincorporación al Instituto Autárquico Provincial de Obra Social de Santa Fe (I.A.P.O.S.) de los jubilados y pensionados bancarios de esa provincia, y sus grupos familiares primarios, es decir, de agentes en retiro de la banca oficial local, no pueden ser atendidos.

Ello es así toda vez que la reinserción al ente referido de los ex-agentes del sector bancario oficial de la provincia -jubilados ante la caja local-, no importó más que la recuperación del ejercicio de facultades no delegadas en la Nación en lo que se refiere al ámbito del personal dependiente de su administración pública. En efecto, no pueden ser excluidos de esa categoría quienes desde la función estatal desempeñaron actividades en la esfera bancaria.

12) Que de la manera dispuesta, la Provincia de Santa Fe a través de la ley 11.854 y del decreto 1744/01 materializó el pleno ejercicio de sus potestades en punto a los dependientes bancarios integrantes de la administración pública local (cfr. Fallos: 312:418; 319:791; 322:2817; 323:1995; 330:1927, entre otros).

13) Que no es un óbice a lo expuesto –sino todo lo contrario–, los convenios celebrados por el I.A.P.O.S. con el Instituto de Servicios Sociales Bancarios, el 17 de septiembre de 1980 y el 1º de agosto de 1987. A través de esos acuerdos –cuya vigencia ya ha transcurrido, y que podían ser rescindidos unilateralmente (ver sus cláusulas novena y décima)–, Santa Fe le confió al ente la prestación de los servicios sociales que le debían ser dados a los jubilados y pensionados en cuestión; extremo que pone en evidencia el ejercicio de facultades propias, retenidas y no delegadas en la Nación por parte de la demandada.

14) Que, en efecto, su suscripción importó, en el marco de las relaciones inherentes al empleo público, en el caso de jubilados y pensionados de los bancos estatales, disponer sobre una de las consecuencias constitucionales de ese vínculo, cual es el asegurarles las prestaciones médico asistenciales de los agentes activos y pasivos de las entidades bancarias creados por ella (conf. ley 11.854). Mal podría haber hecho uso de esa atribución si, como pretende la actora, sus beneficiarios estuviesen comprendidos excluyentemente en el régimen federal que intenta hacer valer.

15) Que, por último, corresponde observar que la solución del caso de autos se aparta de la situación examinada y resuelta en Fallos: 319:408 y 331:1262. Si bien, como en esas causas, el asunto compromete el sub lite a una obra social nacional, agente del seguro de salud, que invoca una alegada desafiliación forzosa por parte de la autoridad local, lo que se discernía en aquéllas era la situación previsional de docentes de establecimientos transferidos a la órbita provincial.

En el primer precedente, la índole privada del vínculo de empleo obsta a una asimilación a la cuestión aquí debatida; y, en el segundo caso, gravitaba la existencia de un convenio de transferencia del sistema educativo, que garantizaba a los docentes transferidos el derecho de optar entre la obra social nacional a la que se hallaban afiliados, y la local.

En el *sub iudice*, no se advierte -a tenor del marco constitucional y legal examinado en los considerandos anteriores- que el ejercicio razonable de las facultades locales con relación a agentes de la banca provincial suscite una injerencia en el plexo federal.

16) Que tampoco es óbice a todo lo expresado, el hecho de que el estatuto de la O.S.B.A. declare que tiene como beneficiarios al personal en relación de dependencia o contratado de las entidades bancarias y financieras del Estado Nacional, de los estados provinciales y de las municipalidades, ya sean centralizadas o autárquicas mixtas y privadas (conf. artículo 1º; ver fs. 43/53 del expte. 0.192.XXXVII "O.S.B.A. c/ Provincia de Santa Fe s/ acción de constitucionalidad"). Ello es así, dado que en el caso, las normas provinciales que regulan la especie, tienen preeminencia sobre aquél.

17) Que, por las razones antedichas, al no haber acreditado la demandante el alegado exceso en el ejercicio de facultades provinciales, la impugnación propuesta no puede prosperar y, por ende, corresponde desestimar su pretensión.

Por ello y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Rechazar la demanda seguida por la Obra Social Bancaria Argentina contra la Provincia de Santa Fe. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial

-/- de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la señora Procuradora General de la Nación y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: Obra Social Bancaria Argentina.

Nombre del demandado: Provincia de Santa Fe.

Profesionales intervenientes: Doctores Carmen Graciela Juri, Dra. Lucía I. Bulacio, Aidilio Gustavo Fabiano e Irmgard E. Lepenies, Fiscal de Estado.

Ministerio Público: Marta A. Beiró de González.

---

SCHRÖDER, JUAN Y OTROS  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS  
s/ DAÑO AMBIENTAL

*DAÑO AMBIENTAL*

Corresponde admitir la participación de la "Cámara Unión Pesquera Artesana y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión" como tercero interesado en los términos de la ley 25.675 pero denegar su intervención como parte

si pretende ampliar la demanda por daño ambiental contra otras provincias y organismos provinciales y nacionales respecto de los cuales los actores no habían dirigido reclamo de ninguna especie, infringiendo de este modo el preciso alcance subjetivo asignado por los pretensores a la reclamación formulada.

### *COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA*

La causa iniciada a partir de una demanda por daño ambiental no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional si no se encuentra acreditado, y ni siquiera ha sido invocado, que "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales" (art. 7º de la ley 25.675), de modo de justificar la competencia federal y el Estuario de Bahía Blanca cuya recomposición se pretende está ubicado en la Provincia de Buenos Aires y la contaminación denunciada, atribuida al derrame de desechos y efluentes derivados de las actividades que realizan las empresas demandadas, también encontraría su origen en territorio de ese Estado provincial.

### *DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL*

Suprema Corte:

-I-

Juan Schröder, en su carácter de profesor de ecología política, junto al resto de los firmantes del escrito de inicio, todos pescadores artesanales que explotan el recurso ictícola del Estuario de Bahía Blanca, quienes denunciaron tener su domicilio en la Provincia de Buenos Aires, dedujeron demanda por daño ambiental, con fundamento en los arts. 27 a 33 de la ley 25.675 General del Ambiente, ante el Juzgado Federal de Bahía Blanca. Dirigieron su pretensión contra PBB Polisur S.A., Solvay Indupa S.A.I.C., Profertil S.A., Compañía Mega S.A., Petrobras Energía S.A., Transportadora del Gas del Sur S.A., el Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros – Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable – Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, Prefectura Naval Argentina, Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), la Provincia de Buenos Aires – Ministerio de Infraestructura – Dirección de Servicios de Agua y Cloacas, el Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA) y el

Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible (OPDS).

Promovieron demanda a fin de que: a) cesen los vertidos de agentes causantes de daño ambiental colectivo en el Estuario de Bahía Blanca; b) se realicen todas las acciones que resulten necesarias para la recomposición integral de dicho ecosistema; c) se logre la total desaparición de agentes contaminantes en las lagunas de mar, el lecho marino y de especies animales y vegetales acuáticas; d) se efectúe la reposición del medio ambiente a su estado anterior; e) se realice la adecuación de cualquier sistema de disposición de residuos que evite la emisión y posterior acumulación de agentes contaminantes en la zona; y f) se adopten todas las medidas necesarias para evitar nuevos perjuicios.

Asimismo, pidieron que se condene a las demandadas al pago de una suma de dinero compensatoria a las municipalidades de Bahía Blanca y Coronel Rosales, para la creación de un patrimonio especial de afectación.

Subsidiariamente requirieron la constitución de un Fondo de Compensación Ambiental, en los términos del art. 28 de la ley 25.675, y recomponer el ambiente del estuario a un estado de equilibrio apto para el desarrollo humano y las actividades productivas, a la luz de los principios precautorios y de progresividad.

A su vez, solicitaron la citación como terceros de la Municipalidad de Bahía Blanca y del Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca, en cuanto consideraron que la controversia les es común, pues eventualmente cualquiera de ellos podría ser el titular del futuro Fondo de Compensación que se constituya.

Adujeron que las demandadas, si bien ejercen una actividad industrial y comercial lícita, puesto que gozan de habilitación para actuar, han ocasionado un daño ambiental de gravedad por vertidos, emisiones, emanaciones, inmisiones, pérdidas y fugas de productos, subproductos,

desechos y residuos, lo cual ha provocado que actualmente las aguas, la flora y fauna del Estuario de Bahía Blanca estén contaminadas con zinc, plomo, mercurio, cromo, hidrocarburos, etc., en violación de los principios precautorio, de prevención, responsabilidad y sustentabilidad previstos en el art. 4º de la ley 25.675.

Manifestaron que la contaminación del estuario y el daño a la salud de los habitantes de la zona no sólo se produce debido a la actividad de estas empresas que integran el Polo Petroquímico, sino también al funcionamiento de los puertos de Bahía Blanca, Ingeniero White, Galván y Rosales —que se encuentran bajo jurisdicción provincial—, así como al funcionamiento de Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), que vuelca los líquidos cloacales en el lugar sin tratamiento alguno.

Señalaron que la afectación del estuario acarreó la imposibilidad de usar las aguas para actividad recreativa, como así también relevantes alteraciones del comportamiento del recurso ictícola, lo cual perjudicó la zona de la “Reserva Natural Provincial Bahía Blanca, Bahía Falsa y Bahía Verde”, humedal protegido por la Convención de Ramsar, aprobada y ratificada por la República Argentina mediante las leyes nacionales 23.919 y 25.335, cuyos límites norte y noreste están constituidos por el “Canal Principal” del estuario, donde se asientan las empresas demandadas.

Como diligencia preliminar reclamaron, en los términos del art. 323, inc. 1º, del CPCCN, que se ordene a las empresas que presten declaración jurada por escrito sobre la nómina actual completa de los miembros de sus directorios, indicando nombres y domicilios, y, en su defecto, que se libre oficio a la Inspección General de Justicia, a tal fin (conf. art. 31 de la ley 25.675).

Peticionaron también, con carácter de medida cautelar, que: 1. se ordene a las demandadas a contratar seguros o denunciarlos, con una

cobertura de entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiere producirse, según el art. 22 de la ley 25.675; 2. se comunique la existencia del juicio a la Comisión Nacional de Valores; y 3. se prohíban nuevas radicaciones industriales en el Puerto de Bahía Blanca y en el Polo Petroquímico (art. 230 del CPCCN).

Fundaron el derecho que les asiste en el art. 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en las leyes locales 10.907 de creación de Reservas Naturales, 11.477 de Pesca y 11.723 de Medio Ambiente, en las leyes nacionales 18.398 que regula el funcionamiento de la Prefectura Naval Argentina, 24.089 que ratifica el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de los Buques (1973 y sus protocolos y anexos), 24.093 que crea la Autoridad Portuaria Nacional y 25.675 General del Ambiente, en el art. 41 de la Constitución Nacional, y en los instrumentos internacionales que indican.

A fs. 110 el Juez Federal, de conformidad con el dictamen del Fiscal (fs. 109), se declaró competente.

A fs. 210/218, se denunció la adhesión de nuevos coactores en su calidad de pescadores artesanales de la Ría de Bahía Blanca, se agregó como demandada a la empresa Cargill S.A.C.I. y se sumó a las medidas cautelares requeridas la prohibición de distribuir dividendos.

A fs. 321/334, se formuló la lista definitiva de demandados con los directores de las empresas señaladas y se amplió la prueba informativa solicitada.

A fs. 336/338 y 378/379, el Juez Federal rechazó las medidas cautelares requeridas y a fs. 380 decidió darle al juicio el tratamiento de una “acción de clase” por lo que a fin de evitar la multiplicación de procesos ordenó que se publiquen edictos.

A fs. 527/543, se presentó la Cámara Unión Pesquera Artesanal y

Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión, a fin de tomar participación en autos y que se brinde información ambiental sobre el estado de contaminación de la Ría y la Cuenca de la Ría de Bahía Blanca y de las demás cuencas fluviales y marítimas a las que se extiende dicha contaminación (el Río y la Cuenca del Río Colorado y el Río y la Cuenca del Río Negro) y, en su caso, la recomposición integral del medio ambiente afectado.

Dirigió esta nueva demanda contra la Provincia de Buenos Aires, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable, el Estado Nacional – Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y el Consejo Federal de Medio Ambiente y peticionó que se cite como tercero al juicio al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, al Defensor del Pueblo de la Nación, a las provincias de Río Negro y La Pampa, al Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca, a la Universidad Nacional del Sur, al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y al Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires.

Además, requirió que el Juez se declare incompetente por corresponder la causa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ser parte la Provincia de Buenos Aires junto con el Estado Nacional e intervenir como terceros las provincias de Río Negro y La Pampa.

A fs. 553, el Juez Federal tuvo por “parte” a la Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión, decisión que fue cuestionada por el actor (v. recursos de fs. 572/577), en cuanto consideró que correspondía admitir, en su caso, la participación de la cámara en calidad de “tercero” pero no de “parte”, de conformidad con los arts. 90 del CPCCN y 30 de la ley 25.675.

El magistrado desestimó la revocatoria intentada, a fs. 584/585, declaró su incompetencia, a fs. 559/560, de conformidad con el dictamen

del Fiscal (fs. 556/557), y remitió la causa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación al intervenir en el pleito varias provincias junto con el Estado Nacional.

A fs. 604, V.E. corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

Ante todo, cabe que me expida sobre la presentación que efectuó a fs. 527/543 la Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión, puesto que ello permitirá definir el alcance subjetivo de la demanda y luego poder contestar la vista que se me confiere sobre la competencia del Tribunal.

A tal fin, corresponde advertir que el presentante pretende ampliar la demanda contra otras provincias y organismos provinciales y nacionales respecto de los cuales los actores no han dirigido reclamo de ninguna especie, infringiendo de este modo el preciso efecto subjetivo asignado por los pretensores a la reclamación que han formulado en el *sub lite*.

En relación a ello, V.E. en Fallos: 329:3445 ha dicho que “*no obstante las importantes razones de economía procesal que justifican la intervención voluntaria de terceros —en cualquiera de sus versiones— en un proceso en trámite, dicho fundamento es desplazado y deja de ser predictable cuando mediante una actuación de esa naturaleza se pretende modificar el contenido objetivo y subjetivo dado por el demandante a la pretensión promovida, pues lo impide el principio dispositivo que —en la cuestión que se trata— mantiene su sitial preeminente para procesos de esta índole. Ello es así, pues la condición del demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal le confiere la absoluta*

*disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un límite infranqueable que desecha de plano todo intento —de parte del tribunal o de cualquier tercero— de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es ajeno a su interés declarado. La gestión procesal reconocida por el ordenamiento procesal a un tercero no permite, ni aún en la categoría que mayores atribuciones se les reconoce, la facultad de interferir en la voluntad del demandante y de modificar los elementos constitutivos de su pretensión”.*

Además, corresponde recordar que el instituto de la intervención de terceros reviste carácter excepcional y su admisión debe ser interpretada en forma restrictiva, ya que siempre importa una alteración de la normalidad del juicio (Fallos: 327:1020), y, a su vez, el Tribunal, frente a situaciones como la examinada, debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25.675.

Sentado lo anterior, entiendo que resulta inadmisible la pretensión de la Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión, en tanto conlleva la modificación del curso de la causa al extremo de ampliar el alcance subjetivo de la pretensión a otros demandados respecto de los cuales los actores no han dirigido su reclamo. No obstante, su participación en autos puede ser admitida como tercero interesado en los términos de los arts. 90 del CPCCN y 30 de la ley 25.675.

-III-

A fin de contestar la vista que se me confiere en relación a la

competencia del Tribunal, en principio, es dable indicar 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 sólo excepcionalmente a los del fuero federal en aquellos casos en los que se encuentren afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones (conf. art. 7º, ley 25.675).

A mi modo de ver, tal situación no se presenta en la especie, toda vez que en autos se ponen en tela de juicio cuestiones concernientes al derecho público local, lo que determina que el litigio no deba ventilarse en la instancia originaria de este Tribunal, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y la decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios del derecho provincial, dictado en uso de facultades reservadas de las provincias (arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional).

Al respecto, resulta propicio recordar que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal. En uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (arts. 116, 117 y 127 de la Constitución Nacional; *Fallos*: 311:489; 318:992; conf. causa "Verga" [*Fallos*: 329:2280]).

El hecho de que la demandante sostenga que la causa concierne a normas de naturaleza federal —leyes nacionales y tratados internacionales que cita en su escrito de inicio— o invoque la responsabilidad del Estado

Nacional o de la Prefectura Naval Argentina en la tutela y cumplimiento de la ley 25.675, no funda per se la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa "directa y exclusivamente" en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244 y sus citas), pero no cuando, como sucede en autos, 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 318:992), como son los atinentes a la protección ambiental en la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, tampoco los actores demostraron que el *sub examine* se enmarque en un supuesto de almirantazgo y jurisdicción marítima (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2. 7 a 10 de la ley 48), que esté en juego el art. 75, inc. 13 de la Ley Fundamental o que se dé alguno de los casos enumerados en el art. 4º de la ley 18.398, que establece la competencia de la Prefectura Naval Argentina.

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

Tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41,

tercer párrafo, de la Constitución Nacional; Fallos: 318:992, cons. 7º; causa “Verga”, ya citada).

La Ley General del Ambiente, 25.675, establece en su art. 6º los presupuestos mínimos que el art. 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (arts. 2º, 4º y 8º). La referida ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales —destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental—, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

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

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

Las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio; máxime si, como se indicará seguidamente, no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción territorial.

A mi juicio, en el caso no se encuentra acreditado —con el grado de verosimilitud suficiente que tal denuncia importa y exige para su escrutinio— que "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales" (art. 7º de la ley 25.675), de modo de surtir la competencia federal perseguida (conf. causa "Mendoza", considerando 7º, Fallos: 329:2316).

En este sentido, cabe destacar que toda la extensión del estuario de Bahía Blanca cuya recomposición se pretende, está ubicada en la Provincia de Buenos Aires, y que la contaminación denunciada, atribuida a distintas causas, también encontraría su origen en actos realizados en territorio de esa provincia.

Frente a ello, y teniendo en cuenta que la indiscutible migración de los cursos de agua, y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica, no resulta suficiente para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada, ni para determinar que el asunto deba ser sustanciado y decidido en la jurisdicción federal pretendida (Fallos: 329:2469 y 331:1312). Si bien la interdependencia es inherente al ambiente, y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional referido, para valorar las situaciones que se exponen no debe perderse de vista la localización del "factor degradante", y resulta claro que en el *sub lite* dicho factor, en el caso de existir, se encuentra en el territorio de la Provincia de Buenos Aires. Más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a los residuos industriales, químicos y cloacales, no existen elementos en autos que autoricen a concluir que será necesario disponer que otras jurisdicciones recompongan el medio ambiente tal como se pide (arg. causa A.40.XLII "ASSUPA c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 25 de septiembre de 2007). En

efecto, de todo lo expuesto se deduce que es sólo la Provincia de Buenos Aires quien deberá responder y llevar a cabo los actos necesarios para lograr la recomposición del medio ambiente que se dice afectado, en el caso en que se determine que ha incurrido en actos u omisiones en el ejercicio de facultades propias, cual es su poder de policía en materia ambiental.

Tampoco considero que procede la competencia originaria de este Tribunal *ratione personae*, pues la acumulación subjetiva de pretensiones que intentan efectuar los actores contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional y la Prefectura Naval Argentina, resulta inadmisible a la luz de las razones expuestas en la causa "Mendoza", cons. 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 razones suficientes para decidir que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Así lo pienso, en tanto la responsabilidad que se le atribuye al Estado Nacional y a la Prefectura Naval Argentina, sobre la base de que con su actuar contribuyen a la contaminación que se denuncia, no exige que ambas cuestiones deban ser necesariamente acumuladas en un único proceso, ya que se pueden pronunciar dos sentencias útiles en cada uno de los procesos 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 (conf. doctrina de Fallos: 331:1312).

En consecuencia, los reclamos de los demandantes deberán ser formulados ante los tribunales que resulten competentes, cuya determinación surgirá según que se demande a la Provincia de Buenos

Aires, que en esta materia —que versa sobre aspectos del derecho público provincial— sólo puede ser demandada, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, ante sus propios tribunales locales, o al Estado Nacional o a la Prefectura Naval Argentina, a quienes únicamente corresponde litigar ante la jurisdicción federal (art. 116 de la Constitución Nacional, ley 48, arts. 2º, inc. 61 y 12; ley 1893, art. 111, inc. 5º).

Y en su caso el art. 14 de la ley 48 permitirá la consideración de las cuestiones federales que puede comprender este tipo de litigios, y consolidará el verdadero alcance de la jurisdicción provincial, preservando así el singular carácter de la intervención del Tribunal, reservada para después de agotada la instancia local (*Fallos: 180:87; 255:256; 258:116; 259:343; 283:429; 311:2478; 312:606; 318:992; 319:1407; 322:617; 329:2469*).

En virtud de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en el precedente "*Sojo*", publicado en *Fallos: 32:120*, y reiterado en *Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642*, entre muchos otros, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte.

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

LAURA M. MONTI

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

*Buenos Aires, 1º de agosto de 2013 -*

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el señor Juan Schröder, en su carácter de

profesor de ecología política, junto al resto de los firmantes del escrito de inicio, todos pescadores artesanales del Estuario de Bahía Blanca, promovieron demanda ante el Juzgado Federal de Primera Instancia nº 2 de Bahía Blanca por daño ambiental, con fundamento en los artículos 27 a 33 de la ley 25.675 General del Ambiente, contra PBB Polisur S.A., Solvay Indupa S.A.I.C., Profertil S.A., Compañía Mega S.A., Petrobras Energía S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., el Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, y Prefectura Naval Argentina-, Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), la Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Infraestructura, Dirección de Servicios de Agua y Cloacas; Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA) y Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible (OPDS).

Solicitaron que se condene a las demandadas a: a) cesar los vertidos causantes de daño ambiental colectivo en el Estuario de Bahía Blanca; b) realizar todas las acciones que resulten necesarias para la recomposición integral de dicho ecosistema; c) lograr la total desaparición de agentes contaminantes en las lagunas de mar, el lecho marino y de especies animales y vegetales acuáticas; d) efectuar la reposición del medio ambiente a su estado anterior; e) realizar la adecuación de cualquier sistema de disposición de residuos que evite su acumulación en la zona; y f) adoptar todas las medidas necesarias para evitar nuevos perjuicios.

Asimismo, pidieron que también se las condene al pago de una suma de dinero compensatoria a las municipalidades de Bahía Blanca y Coronel Rosales, para la creación de un patrimonio especial de afectación.

Subsidiariamente requirieron la constitución de un Fondo de Compensación Ambiental, en los términos del artículo 28 de la ley 25.675, y recomposición del ambiente del estuario a un estado de equilibrio apto para el desarrollo humano y las actividades productivas, a la luz de los principios precautorio y de

progresividad.

A su vez, solicitaron la citación como terceros de la Municipalidad de Bahía Blanca y del Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca, en cuanto consideraron que la controversia les es común, pues eventualmente cualquiera de ellos podría ser el titular del futuro Fondo de Compensación que se constituya.

Adujeron que las demandadas, si bien ejercen una actividad industrial y comercial lícita, puesto que cuentan con habilitación para actuar, han ocasionado un daño ambiental de gravedad por vertidos, emisiones, emanaciones, inmisiones, pérdidas y fugas de productos, subproductos, desechos y residuos, lo cual ha provocado que las aguas, la flora y fauna del Estuario de Bahía Blanca estén contaminadas con zinc, plomo, mercurio, cromo, hidrocarburos, etc., en violación a los principios precautorio, de prevención, responsabilidad y sustentabilidad previstos en el artículo 4º de la ley 25.675.

Sostuvieron que la contaminación del estuario y el daño a la salud de los habitantes de la zona no solo se produce debido a la actividad de estas empresas que integran el polo petroquímico, sino también al funcionamiento de los puertos de Bahía Blanca, Ingeniero White, Galván y Rosales -que se encuentran bajo jurisdicción provincial-, así como al funcionamiento de Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), que vuela los líquidos cloacales en el lugar sin tratamiento alguno.

Señalaron que la afectación del estuario acarreó la imposibilidad de usar las aguas para actividades recreativas, como así también relevantes alteraciones del comportamiento del recurso ictícola, lo cual perjudicó la zona de la "Reserva Natural Provincial Bahía Blanca, Bahía Falsa y Bahía Verde", humedal protegido por la Convención de Ramsar, aprobada y ratificada por la República Argentina mediante las leyes nacionales 23.919 y 25.335, cuyos límites norte y noreste están constituidos por el "Canal Principal" del estuario, donde se asientan las empresas

demandadas.

Peticionaron que se ordene una diligencia preliminar en los términos del artículo 323, inciso 10, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a los efectos de que las empresas presenten una declaración jurada por escrito sobre la nómina completa de los miembros de sus directorios, indicando nombres y domicilios y, en su defecto, que se libre oficio a la Inspección General de Justicia a tal fin.

También requirieron el dictado de una medida cautelar, con el objeto de que se obligue a las demandadas a contratar seguros o denunciarlos, con una cobertura de entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiere producirse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 25.675; se comunique la existencia del juicio a la Comisión Nacional de Valores, y se prohíban nuevas radicaciones industriales en el Puerto de Bahía Blanca y en el Polo Petroquímico.

Fundaron su derecho en el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en las leyes locales 10.907, 11.477 y 11.723; en las leyes nacionales 18.398, 24.089, 24.093 y 25.675 General del Ambiente, en el artículo 41 de la Constitución Nacional, y en los instrumentos internacionales que indican.

A fs. 210/218 se denunció la adhesión de nuevos coactores en su calidad de pescadores artesanales de la Ría de Bahía Blanca, se amplió la demanda contra la empresa Cargill S.A.C.I. y se solicitó que también se disponga a modo de medida cautelar la prohibición de que las demandadas practiquen distribución alguna de dividendos durante la tramitación del juicio, o eventualmente hasta que exista debida constancia de que han tomado medidas económico-financieras o contractuales adecuadas para asumir responsabilidades por los efectos degradantes para el ambiente y su prevención futura.

A fs. 321/334 se denunció la lista definitiva de los demandados con los directores de las empresas referidas y se amplió la prueba informativa.

A fs. 336/338 y 378/379 el juez federal rechazó las medidas cautelares requeridas, y a fs. 380 decidió darle al juicio el tratamiento de una "acción de clase", y a fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos relacionados con el objeto del presente, ordenó que se publiquen edictos para poner en conocimiento de su existencia a cualquier persona que pudiere tener interés en el resultado del litigio.

A fs. 527/543 se presentó la "Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión", a fin de tomar participación en autos y solicitó que se informe sobre el estado de contaminación de la Ría y la Cuenca de la Ría de Bahía Blanca y de las demás cuencas fluviales y marítimas a las que se extiende (el Río y la Cuenca del Río Colorado y la Cuenca del Río Negro) y, en su caso, la recomposición integral del medio ambiente afectado.

Dirigió nuevas pretensiones contra la Provincia de Buenos Aires, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable, el Estado Nacional - Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y el Consejo Federal de Medio Ambiente, y peticionó que se cite como tercero al juicio al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, al Defensor del Pueblo de la Nación, a las provincias de Río Negro y La Pampa, al Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca, a la Universidad Nacional del Sur, al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y al Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires.

Además, requirió al juez federal que se declare incompetente por entender que la causa corresponde a la jurisdicción originaria de esta Corte, al ser parte la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional, e intervenir como terceros las provincias de Río Negro y La Pampa.

A fs. 553 el juez federal la tuvo por "parte", deci-

sión que fue cuestionada por la actora (ver recursos de fs. 572/577), en cuanto consideró que la participación de la Cámara podía admitirse en calidad de "tercero" pero no de "parte", de conformidad con los artículos 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 30 de la ley 25.675.

A fs. 584/585 se rechazó el recurso de reposición interpuesto y a fs. 559/560 el magistrado previniente declaró su incompetencia y remitió la causa a este Tribunal.

2º) Que de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, corresponde en primer término expedirse acerca de la presentación efectuada a fs. 527/543 por la "Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión", puesto que ello permitirá definir el alcance subjetivo de la demanda y determinar si corresponde admitir o no la competencia atribuida a esta Corte.

3º) Que lo decisivo para resolver la inadmisibilidad de la intervención con el alcance pretendido está dado por la circunstancia de que la presentante de fs. 527/543 intenta ampliar la demanda contra el Consejo Federal de Medio Ambiente y peticionó que se cite como tercero al juicio al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, al Defensor del Pueblo de la Nación, a las provincias de Río Negro y La Pampa, a la Universidad Nacional del Sur, al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y al Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, respecto de los cuales los actores no han dirigido reclamo de ninguna especie, infringiendo de este modo el preciso alcance subjetivo asignado por los pretensores a la reclamación que han formulado en el sub lite.

4º) Que, en efecto, no obstante las importantes razones de economía procesal que justifican la intervención voluntaria de terceros –en cualquiera de sus versiones– en un proceso en trámite, dicho fundamento es desplazado y deja de ser predecible cuando mediante una actuación de esa naturaleza se pretende modificar el contenido objetivo y subjetivo dado por el de-

mandante a la pretensión promovida, pues lo impide el principio dispositivo que –en la cuestión que se trata– mantiene su preeminencia para procesos de esta índole. Ello es así, pues la condición del demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal le confiere la absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discretionales que adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un límite infranqueable que desecha de plano todo intento –de parte del tribunal o de cualquier tercero– de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es ajeno a su interés declarado. La gestión procesal reconocida por el ordenamiento procesal a un tercero no permite, ni aún en la categoría que mayores atribuciones se les reconoce, la facultad de interferir en la voluntad del demandante y de modificar los elementos constitutivos de su pretensión.

Debe recordarse que, por su naturaleza, en el tratamiento y decisión de todo planteo que tenga por objeto la intervención de terceros debe imperar un criterio restrictivo ya que siempre importa una alteración de la normalidad del juicio (*Fallos*: 327:1020), regla que impide admitir, como se pretende, una intervención con un grado que lleva tal modificación del curso de la causa al extremo de ampliar el alcance subjetivo de la pretensión (*Fallos*: 329:3445).

5º) Que en las condiciones expuestas, frente a situaciones como la examinada, el Tribunal debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el artículo 32 de la ley 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones de esta naturaleza hayan sido morigerados ciertos principios procesales y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteamientos que se aparten de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarian por convertir a este proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frus-

trada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura.

6º) Que la conclusión alcanzada con respecto a la inadmisibilidad de la ampliación de demanda perseguida, no conlleva a denegar la participación en el sub lite requerida por la "Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión", pues una decisión en ese sentido frustraría las facultades procesales reconocidas por la ley 25.675, en cuyo régimen está típicamente reglada la intervención como terceros de los sujetos legitimados cuando se trata de un proceso promovido con anterioridad por otro de los titulares habilitados (artículos 30, 31 y 32).

De allí que, en definitiva, corresponda admitir su participación como tercero interesado en los términos de la ley 25.675 (arg. Fallos: 329:3445 ya citado).

7º) Que en tales condiciones, y por las razones y fundamentos que seguidamente se expondrán, la presente causa no corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

8º) Que resulta propicio recordar que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal. En uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes al almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (artículos 116, 117 y 127 de la Constitución Nacional; Fallos: 311:489; 318:992; 329:2280).

9º) Que el hecho de que la demandante sostenga que la

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

10) Que el caso de autos es revelador de la singular dimensión que presentan los asuntos de naturaleza ambiental, en tanto en ellos participan y convergen aspectos de competencia federal y otros de neta competencia provincial.

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

Tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional; Fallos: 318:992, considerando 7º; 329:2280).

11) Que la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su artículo 6º los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos

de gestión para llevarla a cabo (artículos 2º, 4º y 8º).

La referida ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales -destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental-, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

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

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

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

Máxime si, como se indicará seguidamente, no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción.

13) Que, si por la vía intentada, se le reconociese a la jurisdicción originaria de esta Corte la extensión que se le pretende atribuir, la justicia nacional habría realizado por su facultad de examen y el imperio de sus decisiones, la absorción

completa de los atributos primordiales del gobierno de los estados (arg. Fallos: 141:271; 318:992).

14.) Que en el caso no se encuentra acreditado, y ni siquiera ha sido invocado, que "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales" (artículo 7º de la ley 25.675), de modo de justificar la competencia federal perseguida (conf. Fallos: 329:2316, considerando 7º).

En este sentido, cabe destacar que el Estuario de Bahía Blanca cuya recomposición se pretende, está ubicado en la Provincia de Buenos Aires, y que la contaminación denunciada, atribuida al derrame de desechos y efluentes derivados de las actividades que realizan las empresas demandadas, también encontraría su origen en territorio de ese Estado provincial.

Asimismo, es dable poner de resalto que la administración y el dominio de los puertos de Coronel Rosales y de Bahía Blanca –este último previa creación del "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca", ley local 11.414– fueron transferidos a título gratuito a la órbita provincial mediante el convenio del 4 de mayo de 1993 y el acta de transferencia del 1º de septiembre del mismo año, suscriptos entre la Nación y la provincia y ratificados por las leyes locales 11.535 y 11.672, respectivamente.

15) Que frente a ello, no se advierte razón para concluir que el caso en examen deba ser sustanciado y decidido en la jurisdicción federal (arg. Fallos: 329:2469). Si bien la interdependencia es inherente al ambiente, y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional referido, para valorar las situaciones que se plantean no debe perderse de vista la localización del factor degradante, y resulta claro que en el sub lite dicho factor, en

el caso de existir, se encuentra en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a los desechos y efluentes que constituirían la causa de la contaminación denunciada, no existen elementos en autos que autoricen a concluir que será necesario disponer que otras jurisdicciones recompongan el medio ambiente tal como se pide (arg. Fallos: 330:4234). En efecto, es la Provincia de Buenos Aires quien deberá responder y llevar a cabo los actos necesarios para lograr la recomposición del medio ambiente que se dice afectado, en el caso en que se determine que ha incurrido en actos u omisiones en el ejercicio de facultades propias, cual es su poder de policía en materia ambiental.

16) Que es preciso recordar que el examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito —la determinación del carácter interjurisdiccional del daño denunciado— debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local (Fallos: 324:1137, entre muchos otros).

La aplicación de ese principio de estrictez es insoslayable frente a la competencia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, en la medida en que resulta exclusiva y no puede ser ampliada por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 271:145; 280:176; 285:209; 302:63, entre muchos otros).

17) Que tampoco procede la competencia originaria de este Tribunal *ratione personae*, pues la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar la actora contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional, resulta inadmisible a la

luz de las razones expuestas en el precedente de *Fallos: 329:2316*, considerando 16, 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 artículo 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

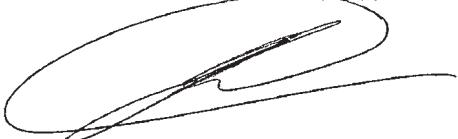
En efecto, el hecho de que se atribuya responsabilidad a la Prefectura Naval Argentina, al Ministerio de Agricultura Ganadería y Pesca y a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, sobre la base de las competencias que tienen asignadas en las leyes 11.398, 24.922 y en el decreto 357/2002 y sus modificaciones, respectivamente, no exige que esas cuestiones deban ser necesariamente acumuladas en un único proceso, ya que no se advierte razón para afirmar que no se puedan pronunciar dos sentencias útiles en cada uno de los que se instruya como consecuencia del criterio emergente del caso "Mendoza" (*Fallos: 329:2316*). 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*).

18) Que frente a la incompetencia originaria definida precedentemente, y con arreglo a lo decidido en el precedente de *Fallos: 331:1679* y sus citas, las actuaciones cumplidas deberán continuar su trámite ante la justicia provincial de Buenos Aires.

A su vez, de mantener la actora su pretensión contra el Estado Nacional, se remitirán copias certificadas del expediente al Juzgado Federal de Primera Instancia nº 2 de Bahía Blanca, en el que encontrará satisfecho su privilegio federal (artículo 116 de la Constitución Nacional), a los efectos de continuar con la tramitación del reclamo efectuado en su contra.

19) Que en su caso el artículo 14 de la ley 48 permitirá la consideración de las cuestiones federales que puede 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; 259:343; 311:2478; 312:606; 318:992; 329:2469).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Denegar la participación de la "Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión" con el alcance pretendido a fs. 527/543, y admitir su intervención como tercero en los términos de la ley 25.675 y con las limitaciones señaladas en los considerandos 3º a 6º. II. Declarar que esta causa no es de --/-la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese, comuníquese a la señora Procuradora General y, oportunamente provéase por secretaría con arreglo a las peticiones que formule la demandante en los términos señalados en el considerando 18.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

Parte actora: señores Juan Schröder, por derecho propio, y Héctor Andrés Córdoba, Alfredo David Córdoba, Daniel Omar Córdoba, José Luis Córdoba, Rubén Ernesto De Angelis, Gregorio Raúl Costa, Sergio Heraldo Díaz, Juan José Bauser, Raúl Horacio Bauser, Rubén Fernando Córdoba, Eduardo Alberto Uncalac, Enrique Sebastián Núñez, Ricardo Luis Pasquali, Jorge Luis Santucho, Héctor Eduardo Ortiz, Miguel Ángel Córdoba, Carlos Alberto Córdoba, Gustavo Fabián Torres y Eduardo Alberto Velazco, Pablo Alejandro Bustos, Álvaro Milton Sánchez Zenteno, Diego Alejandro Lahorca, Eduardo Antonio Harrison, Daniel Aníbal Domínguez, Guillermo Armando Córdoba, Martín Rodrigo Pérez, Rubén Daniel Pérez, Graciela Cristina Cejas, Maximiliano Ezequiel Bustos, Pablo Nicolás Bustos, Ramón Ángel Giménez, Eduardo Alamiro Mena, Juan José Córdoba, Vanesa Verónica Cerilla, Pablo Guillermo Pan, Héctor Ariel Peralta, Roberto Andrés Ledesma, Carlos Eduardo Cornejo, Claudia Alejandra Arcuri, Julio Guillermo Gutiérrez Ortiz y Diego Martín Arias, representados por su apoderado, Dr. Lucas Omar Beier, con el patrocinio letrado del Dr. Luis Osvaldo Arellano.

Parte demandada: PBB Polisur SA, representada por su apoderado, Dr. José Martín Fasano; Dow Química Argentina SA, representada por su apoderado, Dr. Carlos Alberto D'Amico; Solvay Indupa SAIC, representada por su apoderado, Dr. Juan Carlos Bonacorsi; Profertil SA, representada por sus apoderados, Dres. Nidia Alicia Maiorano y Francisco José Fasano; Compañía Mega SA; Petrobras Energía SA; Transportadora de Gas del Sur SA, representada por sus apoderados, Dres. María Marta Monacelli y Martín Miguel Otaño Manterola; Cargill SACI, representada por su apoderada, Dra. Cristina Leonor Menéndez; Aguas Bonaerenses SA (ABSA), Estado Nacional -Prefectura Naval Argentina, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación-, Provincia de Buenos Aires -Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA), Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible (OPDS) y Ministerio de Infraestructura, Dirección Provincial de Servicios de Agua y Cloacas-.

Tercero: Cámara Unión Pesquera Artesanal y Comercial de Ingeniero White Puerto Rosales y Bahía Unión, representada por su apoderado, Dr. Gustavo Adolfo Becerro González.

---

CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO  
C/ ESTADO NACIONAL -  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - PROVINCIA DEL  
CHUBUT  
s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

*COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y reconocer el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el informe de la Comisión en el marco de un reclamo de nulidad y de reparación de daños y perjuicios por parte de un juez provincial que fue removido por un decreto dictado por el Poder Ejecutivo de facto provincial, si dicho resultado es el que impone el "sentido" que debe atribuirse a los términos de dicho precepto tanto en el "contexto" específico cuanto en el general en que están insertos, atendiendo al "objeto y fin" del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad y es el que mejor corresponde al principio de "buena fe" y al "efecto útil" de dicho régimen, evitando así el "debilitamiento

to" del sistema, cuando no, del propio ser humano al cual está destinado a servir.

### *COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Corresponde rechazar los agravios del Estado Nacional si, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la conducta del recurrente durante los largos años que transcurrieron desde la fecha del Informe N° 30/97 de la Comisión, no se ha dirigido a dicho objeto en manera alguna y tampoco ha alegado la existencia de obstáculos fácticos o jurídicos en tal sentido sino que su defensa residió, y reside, en ignorar las recomendaciones en juego y escudarse en que éstas carecen de carácter vinculante.

### *COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Además de que la voz recomendación no excluye un contenido obligacional, lo decisivo es que toda eventual hesitación respecto de si las recomendaciones que formula la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 51.2 de la Convención tienen para el Estado naturaleza obligatoria o no, se ve despejada, ni bien se observa que dicha norma expresa que el Estado "debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada", para lo cual, incluso, la Comisión le fijará un "plazo" (inc. 2).

### *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*

No resulta atendible la queja del actor -que reclamó la nulidad de su remoción como juez y la reparación de daños y perjuicios materiales y morales y que obtuvo un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- relacionada a la cuantía de la indemnización, si la apelación no ha expresado de manera concreta y pormenorizada, y ni siquiera de forma global, las bases de cálculo y el monto de dichos rubros y si omite exponer las razones por las cuales deberían computarse los "salarios caídos" o "el importe neto de los salarios no percibidos" cuando, según se sigue de su propio relato, la pretensión sobre la que recayó el impedimento había descartado la reposición en el cargo.

### *COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, ya que tal como surge del art. 68 del Pacto solo las sentencias de este último tribunal

son ejecutables en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, pero el principio de la buena fe obliga a tener en cuenta su contenido pues la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos no es ajena a la jurisdicción de la Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla (Voto del juez Enrique Santiago Petracchi).

### *COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

La aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, criterio que se corresponde con el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe ser guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Voto del juez Juan Carlos Maqueda).

### *COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos eligió no instar el procedimiento ante la Corte Interamericana, la publicación del informe es la sanción final que debe soportar el Estado Parte y, si lo que pretende el actor es obtener una condena contra el Estado Argentino -a raíz de su destitución como juez provincial por medio de un decreto dictado por el gobierno militar-, cuadra concluir que el carácter ejecutivo y jurisdiccional de la recomendación emitida por la Comisión pretendido por la parte actora se aparta del sistema de resolución de controversias creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

### *COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

La afirmación del a quo adjudicando obligatoriedad a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aparece en pugna con las disposiciones de convenciones internacionales y la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana cuanto de la Corte Suprema ya que, sin desconocer el indudable valor que cabe asignar a las recomendaciones que pudiera formular la Comisión, como así tampoco el hecho de que al ratificar la Convención Interamericana los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes, no cabe derivar carácter obligatorio que pueda generar responsabilidad internacional en el caso de incumplimiento (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Elena I. Highton de Nolasco).

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Toda vez que en el día de la fecha me expido en el recurso de queja que dedujo el Estado Nacional contra la sentencia de fs. 423/436 de los autos principales (expte. C. 594; L.XLIV del registro del Tribunal), en el que examine las cuestiones federales que se presentan en la causa, considero que resulta innecesario que me pronuncie en esta queja del actor contra la decisión denegatoria del recurso extraordinario que dedujo contra la sentencia mencionada.

Buenos Aires, 1 de septiembre de 2009.

ESTEBAN RIGHI

-I-

A fs. 423/436 de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), por mayoría, confirmó en lo principal la sentencia de la jueza de primera instancia de fs. 314/321 y su aclaratoria de fs. 327 y condenó al Estado Nacional a abonarle al actor una suma en concepto de indemnización por la privación del servicio de justicia que aquél padeció.

En esta causa, el doctor Gustavo Carranza Latrubesse demanda al Estado Nacional para que se dé certeza a su derecho y se declare que la República Argentina es responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del informe N° 30/97, del 30 de septiembre de 1997, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la causa 10.087. En su mérito y de conformidad con lo dispuesto en ese informe, requiere que se le indemnicen los perjuicios que sufrió como consecuencia de la violación de sus derechos.

Para resolver de ese modo, todos los integrantes de la cámara señalaron que la indemnización corresponde no por la cesantía que sufrió el actor, sino por la privación del servicio de justicia.

Con esta comprensión, el juez que votó en primer término consideró que la cuestión central del caso es determinar si la Argentina respetó sus

compromisos internacionales o hizo caso omiso de ellos y así, luego de reseñar el proceso de internacionalización de los derechos humanos y en particular del sistema interamericano de protección de tales derechos, concluyó que resultan obligatorios los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que, en el *sub lite*, la indemnización debida al actor por el incumplimiento estatal tiene su fundamento en la denegación de justicia y no en la separación de su cargo de juez provincial que dispusieron las autoridades *de facto*.

El segundo de los jueces que se pronunció en la sentencia apelada también examinó el valor de las recomendaciones de esa Comisión y, partiendo de la inteligencia que le asignó al precedente de V.E. “Giroldi” (Fallos: 318:514), abordó la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el valor vinculante o no de las aludidas recomendaciones y, por último, la conducta del Estado argentino con respecto a dichas directrices. En este sentido, señaló que desde su incorporación al sistema consagrado por la Convención Americana, las autoridades nacionales habían observado una conducta coherente en el sentido de acatar aquellas decisiones, práctica que quedó claramente incumplida en el caso del actor. Por ello, consideró que el Estado contrarió el principio de buena fe que debe regir su actuación en el orden internacional, del que deriva la obligación de fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Por lo demás, coincidió con su colega de sala que se expidió en primer término, en cuanto al alcance de la indemnización que le corresponde al doctor Carranza Latrubesse.

Finalmente, el último de los integrantes de tribunal *a quo* señaló que las decisiones de Corte y las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para la interpretación de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con apoyo en el caso “Giroldi”, recién citado, y aunque también indicó que las decisiones de aquella Corte tienen mayor valor que los informes de la Comisión, de todas formas sostuvo que ello era irrelevante para decidir el caso, porque, según su parecer, el Estado Argentino no niega haber violado en perjuicio del demandante los arts. 8º y 25 del tratado internacional, ni discute el contenido de la recomendación de la Comisión, sino que, por el contrario,

admite el derecho de aquél de percibir una reparación pecuniaria.

Sin perjuicio de ello, al igual que sus pares, entendió que la indemnización adecuada que recomienda la Comisión Interamericana no tiene el alcance que pretende otorgarle el actor, sino la que corresponda por violación de los citados preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en virtud de ello, concluyó en que el Estado debía elevar a aquel órgano internacional una propuesta de indemnización.

-II-

Disconformes con esta decisión, tanto el actor como el Estado Nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto) dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 441/457 y 461/486; respectivamente.

El *a quo*, también por mayoría, los desestimó por considerar que las presentaciones no satisfacen los requisitos de la acordada 4/2007 del Tribunal. Ante ello, ambas partes se presentaron en queja y traen el asunto a conocimiento directo de la Corte.

(a) Recurso extraordinario del actor (fs. 441/457):

El doctor Gustavo Carranza Latrubesse cuestiona la sentencia de la cámara fundamentalmente por cuanto, a su entender, limita la indemnización que surge del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En sustancial síntesis, si bien admite que la cuestión contenida en el informe 30/97 de ese órgano es la violación del debido proceso legal y de las garantías judiciales (arts. 8º, 25 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sostiene que no es cierto que aquél informe sólo tenga por alcance una reparación abstracta por la mera violación de los preceptos normativos citados, pues si así fuera quedarían sin contenido las disposiciones de los arts. 1.1, 25.2. y 63 de esa Convención.

El apelante aduce que la reparación adecuada que surge del informe de la Comisión supone hacer cesar las consecuencias y allanar los obstáculos o impedimentos generados por la violación, además de fijar una indemnización. En el caso, dice que la *restitutio in integrum* que le corresponde incluye los daños causados por la violación del debido proceso y de las garantías judiciales que frustraron la

posibilidad de obtener una decisión de fondo sobre el acto que dispuso su cesantía como juez provincial.

**(b) Recurso extraordinario del Estado Nacional (fs. 461/486):**

Los agravios que esta parte plantea contra la sentencia del *a quo* pueden resumirse del siguiente modo: (i) La cámara no trató adecuadamente la defensa de falta de legitimación pasiva que opuso al progreso de la demanda. En su concepto, si bien el Estado Nacional es quien debe responder en el exterior por los hechos violatorios de los derechos humanos inferidos por autoridades provinciales o nacionales, de ello no se sigue que en el interior de la República y ante el reclamo de un particular se pueda extrapolar el concepto de responsabilidad internacional del Estado y pretender –como sucede en el caso de autos– hacer surgir esa responsabilidad no ya en el órgano que produjo la lesión, o en el que es responsable de la ejecución del presupuesto, o en el que ha sido encargado por el Poder Ejecutivo Nacional para ocuparse de estos temas, sino en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, por el mero y simple hecho de haber actuado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, dice que la acción se debió dirigir contra el Poder Ejecutivo Nacional, o en su defecto contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pero nunca contra el ministerio encargado de las relaciones exteriores. (ii) También se agravia porque el *a quo* no trató su queja relativa a la falta de agotamiento de la vía administrativa previa a promover esta demanda, así como por la incorrecta valoración que efectuaron los jueces respecto del tipo de acción que el actor promovió. Todo ello, dice, afecta al derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional). (iii) Por último, centra su atención en el valor que se le otorgó a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, desde este punto de vista, afirma que si bien en todo momento los jueces se esmeraron por no conferirle carácter obligatorio, en definitiva sí lo hicieron al condenarlo a cumplir aquella recomendación.

Sostiene que, si bien es cierto que al adoptar tratados internacionales sobre derechos humanos los Estados Parte se someten a ello, asumiendo obligaciones y haciéndose responsables por los actos y omisiones de sus

poderes que violen dichas obligaciones internacionales, en el caso de autos ello no se produjo, porque no hay norma alguna que obligue a los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica a acatar de manera automática y acrítica las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dice que esa Comisión posee competencia para atender denuncias o quejas de violaciones de la Convención contra un Estado Parte y que su intervención se traduce, en última instancia, en la elaboración de un informe o recomendación sobre el asunto, o bien en la posibilidad de presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asumiendo, en este supuesto, el rol de parte. Si resuelve no acudir ante esa Corte, entonces puede decidir entre publicar o no su informe, sin otra consecuencia jurídica. Por ello, la propia Corte Interamericana ha sostenido que el término recomendaciones utilizado por la Convención Americana debe ser utilizado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla de interpretación contenida en su art. 31.1. Por lo tanto, con apoyo en precedentes de ese tribunal internacional que estima aplicables al caso, continúa diciendo que el informe o recomendación que produce aquella Comisión no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional imperativa cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado, por lo que este no incurre en responsabilidad internacional por no cumplir con una recomendación no obligatoria.

Sobre la base de tales premisas, afirma que, como el Poder Ejecutivo no se encuentra obligado a cumplir una recomendación —que no es vinculante para el Estado—, resulta totalmente improcedente tanto que el actor pretenda que el Estado Nacional tenga que hacerlo en forma compulsiva como sostener que esa obligación deriva de la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, en resumen, finaliza diciendo que es sumamente grave para un Estado de Derecho que el Poder Judicial obligue al Poder Ejecutivo a cumplir una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando el mismo órgano internacional no lo hace, ni se ha dirigido a la Corte Interamericana para plantear el caso.

-III-

Ante todo, corresponde verificar si en autos concurren los

presupuestos para habilitar la instancia de excepción, toda vez que el tribunal *a quo*, por mayoría, denegó los recursos extraordinarios de ambas partes por considerar que ninguno de ellos cumplía los requisitos fijados por el Tribunal en la acordada 4/2007, porque exceden con creces la cantidad de renglones por página que exige el reglamento que aprueba esa acordada.

En este sentido, cabe poner de relieve que V.E. es la encargada de constatar el efectivo cumplimiento de los recaudos formales que impone aquel reglamento, tanto por su carácter de juez de la admisibilidad del recurso en la instancia que se intenta abrir (conf. doctrina de Fallos: 320:2118) como porque así lo dispone expresamente dicho cuerpo normativo cuando establece: “*En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva*” (art. 11).

La disposición atiende a la práctica jurisprudencial del Tribunal que enseña que, si bien el contenido de las normas procesales posee una reconocida importancia que exige su riguroso cumplimiento, su desnaturalización, su sobredimensionamiento por encima de su razón de ser, termina por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladeros tendientes a frustrar el derecho constitucional al debido proceso (Fallos: 320:463; 325:1541; 327:608; 328:4073; 329:4672, entre otros).

Por lo tanto, de considerar V.E. que los defectos que la cámara reprocha a los recursos de las partes no son esenciales ni importan un obstáculo insalvable para admitirlos, podría dejar de lado tales reparos para el caso de autos e ingresar el examen de las cuestiones que aquéllos plantea ante vuestro estrado.

Sin perjuicio de ello, entiendo pertinente señalar que, desde mi punto de vista, aun cuando es cierta la crítica que la cámara le endilga a los escritos de los apelantes, considero que son razonables las explicaciones que aquéllos brindan en sus respectivas quejas para justificar su comportamiento. El actor afirma que

siguió atentamente las prescripciones de la acordada 4/2007, para que el escrito no superara la extensión que ahí se establece (no más de cuarenta páginas ni veintiséis líneas), pero por un error de impresión el resultado fue una presentación de treinta y tres páginas con treinta y una líneas por carilla, en lugar de las veintiséis permitidas, mientras que el demandado explica que también cumplió los requisitos de aquella acordada pero le hizo saber a la cámara, en oportunidad de interponer el recurso extraordinario, que por razones que hacen a la correcta defensa en juicio de sus derechos necesariamente su presentación se extendería más allá del límite máximo de páginas que prevé el reglamento, pero que ello no constitúa un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva.

Tales explicaciones son plausibles y permitirían dar por superadas las deficiencias formales; máxime cuando los escritos introducen de modo claro cuáles son las cuestiones de naturaleza federal cuya dilucidación requieren de la Corte y, además, como se puso de manifiesto, el propio reglamento contempla la posibilidad de que V.E., según su sana discreción, los admita formalmente.

Por otra parte, en el caso se encuentra en discusión el alcance e interpretación de normas de naturaleza federal (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Asimismo, es evidente la trascendencia institucional del *sub lite*, en tanto se trata de determinar el alcance y fundamentalmente la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por las razones que llevo expuestas, y para el caso de que la Corte considere pertinente habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, a continuación expondré la opinión del Ministerio Público Fiscal sobre los temas involucrados en esta litis.

-IV-

Sentado lo anterior, también cabe tener presente que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de ese tipo de normas, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal ni de las partes, sino que le incumbe realizar

una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas; 328:2671; 329:888).

Como surge del relato efectuado, ambas partes discrepan con la sentencia apelada: el actor porque sostiene que el *a quo* limitó el derecho que surge de la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el demandado porque afirma que dicha recomendación carece de carácter obligatorio y, por lo tanto, nada debe al actor.

En virtud de los planteos de las partes, un orden naturalmente lógico impone considerar en primer término el recurso extraordinario del Estado Nacional, pues en caso de que se admitan sus agravios contra la resolución de la cámara, ello determinará que resulte innecesario analizar los del actor.

-V-

Los planteos del Estado Nacional por los que critica la sentencia del *a quo*, a saber, (i) por no tratar adecuadamente la defensa de falta de legitimación pasiva que opuso al progreso de la demanda, (ii) porque no admitió la queja relativa a la falta de agotamiento de la vía administrativa previa a promover esta demanda, y (iii) por la incorrecta valoración que habrían efectuado los jueces respecto del tipo de acción que el actor promovió, no pueden ser atendidos en esta instancia, toda vez que se trata del examen de cuestiones de orden procesal y fáctica, cuya resolución constituye materia propia de los jueces de la causa y es ajena, por tanto, al recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

Y, si bien dicho principio admite excepciones, pienso que en el *sub discussio* no concurren los presupuestos que permiten apartarse de esta regla, pues las quejas trasuntan la disconformidad del apelante con la resolución de la cámara pero no logran demostrar, tal como es necesario en estos casos, que aquélla esté afectada por graves vicios que la descalifiquen como acto judicial válido.

Con relación al primero de aquellos planteos, el recurrente parece olvidar elementales principios jurídicos que rigen la organización administrativa y, así, para defenderse de la pretensión del actor, procura que la acción se dirija contra otro ministerio que también depende jerárquicamente del Poder

Ejecutivo y que, por supuesto, forma parte de una misma persona jurídica. Esta posición es inaceptable, pues a los fines de resolver el *sub lite*, lo fundamental es tener presente que el sujeto demandado es el Estado Nacional y, por lo tanto, es indiferente el órgano ministerial que ejerza su defensa judicial en estos autos.

En cuanto a la otra crítica, corresponde señalar que tampoco se advierte un caso de arbitrariedad en la forma en que el *a quo* resolvió la procedencia de la vía elegida por el actor (doctrina de Fallos: 326:1138; 329:123, entre otros), circunstancia que también impide admitir su tratamiento en esta instancia excepcional.

—VI—

Una vez despejados estos temas, entiendo que corresponde analizar el argumento central y principal que el Estado Nacional somete a consideración del Tribunal en su recurso extraordinario de fs. 461/486, cual es el carácter no vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tal como ha sido reseñado, con sustento en que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tienen carácter obligatorio, el Estado Nacional se agravia de la decisión del *a quo*, que confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia que, invocando la obligatoriedad de la recomendación emitida por la Comisión en el Informe 30/97, relativo al caso 10.087 (Gustavo Carranza), de 30 de septiembre de 1997, condenó al recurrente a abonar al actor una suma de dinero en concepto de indemnización por la privación de los derechos de debido proceso y acceso a la justicia (garantizados en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En el informe 30/97, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había concluido que “*al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia de Chubut, el Estado argentino [debido a que tanto el Supremo Tribunal de Justicia del Chubut, por sentencia del 1 de julio de 1986, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por sentencia del 24 de febrero de 1987, no habían discutido el mérito del asunto con base en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables] violó sus*

*derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana”* (párrafo 83) y, en consecuencia, recomendó “que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior” (párrafo 84, A).

En la sentencia cuestionada, los jueces integrantes de la Cámara utilizaron básicamente dos argumentaciones para defender la conclusión de que la recomendación de la Comisión Interamericana debía ser acatada. Primero, que las recomendaciones de la Comisión, efectuadas en un informe en los términos del art. 51 de la Convención Americana, son obligatorias para el Estado argentino en virtud de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y, por ello, su incumplimiento generaría responsabilidad internacional del Estado. Segundo, que dichas recomendaciones son obligatorias para el Estado argentino por aplicación de la doctrina desarrollada por V.E. en el caso “Giroldi” (Fallos: 318:514).

La cuestión central que ha de resolverse en el presente caso es aquella de si las recomendaciones de la Comisión Interamericana, emitidas en un informe en los términos del art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son obligatorias para el Estado argentino y, en general, cuál es el valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Su respuesta permitirá responder si, como pretende el actor y se opone la parte demandada, tales recomendaciones son ejecutables ante los tribunales nacionales.

La cuestión de la obligatoriedad o carácter vinculante de las recomendaciones contenidas en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –y, en general, de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos– debe evaluarse, por un lado, desde el punto de vista del derecho interamericano y, por el otro, desde la óptica del derecho argentino. Analizaré la cuestión en ese orden.

(a) La cuestión del valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en el derecho y la jurisprudencia interamericanos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos que tiene por función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región (art. 41

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Entre sus funciones principales se encuentra la de analizar las peticiones individuales y las comunicaciones de los Estados presentadas en los términos de los arts. 44 y siguientes de la misma Convención.

En el procedimiento sobre peticiones o comunicaciones la Comisión puede emitir dos tipos de informes, cada uno de los cuales puede contener recomendaciones para el o los Estados interesados. El informe preliminar, de conformidad con el art. 50 de la Convención Americana, y el informe final, de acuerdo con el art. 51 de ese mismo tratado [cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 13-93 de 16 de julio de 1993 sobre “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos)” solicitada por los gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay]. Según el art. 50, si durante el procedimiento las partes no llegan a una solución amistosa, la Comisión puede redactar un informe preliminar con la exposición de los hechos y sus conclusiones el cual será dirigido al o a los Estados interesados con carácter reservado. En dicho informe *“la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas”* (art. 50.3, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Si en el plazo de tres meses, contados a partir de la remisión al o a los Estados interesados del informe preliminar, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte Interamericana, sea por la Comisión o bien por el Estado interesado, la Comisión podrá emitir su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración en un informe final. En dicho informe, la *“Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.”* (art. 51.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). *“Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.”* (art. 51.3 de esa Convención).

Las disposiciones recién transcritas no proporcionan una respuesta libre de toda duda en relación con el carácter vinculante de las recomendaciones efectuadas en los informes del art. 51 de la Convención Americana

(informes finales), que son precisamente las que atañen al presente caso. Aunque el término “*recomendaciones*” parece no dejar dudas acerca de su carácter consultivo, pues, según el sentido literal y corriente, una recomendación no implica la obligación de seguir el consejo, la parte final del art. 51.2 de la Convención Americana, en cuanto establece que el Estado “*debe*” tomar las medidas adecuadas para remediar la situación en el plazo fijado por la Comisión, hace confusa la inteligencia final de la disposición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia relativa al valor jurídico de los informes finales de la Comisión, proporciona una ayuda para resolver este problema interpretativo.

En varias oportunidades la Corte Interamericana ha expresado que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no son obligatorias para el Estado, y que el valor jurídico de éstas no puede ser equiparado al de las condenas a reparaciones ordenadas en las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana. Así, en el caso “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, sentencia de fondo de 8 de diciembre de 1995 (Serie C, número 22), la Corte Interamericana señaló: *“A juicio de la Corte, el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana, la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado”* (parágrafo 67). En idénticos términos se pronunció la Corte Interamericana en la sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 29 de enero de 1997 (Serie C, número 30) en el caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua” (parágrafo 93).

Aunque en decisiones posteriores la Corte Interamericana modificó parcialmente esta posición, ella nunca llegó a equiparar los efectos de las

recomendaciones de la Comisión con los de sus sentencias contenciosas.

Así, en la sentencia de fondo de 17 de septiembre de 1997 (Serie C, número 33) en el caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, luego de reiterar la doctrina de los casos “Caballero Delgado” y “Genie Lacayo”, recién expuesta, la Corte Interamericana señaló: “*Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana...*” (parágrafo 80). Y a continuación agregó: “*Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.*” (parágrafo 81, énfasis en el original).

Este criterio ha sido reiterado por la Corte Interamericana en decisiones posteriores, entre otras, en la sentencia de fondo de 24 de enero de 1998 (Serie C, número 36) en el caso “Blake vs. Guatemala” (parágrafo 108).

En consecuencia, a partir del caso “Loayza Tamayo” la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció el deber de los Estados de tener en cuenta y realizar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Sin embargo, como he adelantado, la Corte aún no ha llegado a equiparar los efectos de las recomendaciones de la Comisión con los de sus sentencias contenciosas. La Corte Interamericana no afirma la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión, sino que tan sólo establece un deber de considerar o tener en cuenta (“atender”) y de esforzarse por aplicar y cumplir (“realizar los mejores esfuerzos”) tales recomendaciones. Además, en estas sentencias ella vuelve a reiterar la doctrina sentada en los casos “Caballero Delgado” y “Genie Lacayo”, en las que había establecido expresamente las diferencias entre una recomendación de la Comisión, en los términos del art. 51 de la Convención Americana, y una sentencia contenciosa de la Corte, según los arts. 63 y 68 de esa Convención.

Es razonable concluir, entonces, que si bien a partir de la

sentencia en el caso “Loayza Tamayo” la Corte Interamericana estimula a los Estados a seguir las recomendaciones de la Comisión Interamericana, ella mantiene aún su tesisura de negar a los informes de este último órgano un efecto vinculante comparable al establecido por el art. 68.1 de la Convención Americana para las sentencias contenciosas de la misma Corte. Por ello, es dable concluir que el derecho interamericano, según la opinión de su principal intérprete, no otorga a las recomendaciones de la Comisión Interamericana efecto vinculante.

Esta misma interpretación fue sostenida por V.E. en oportunidades anteriores (cfr. Fallos: 321:3555, consid. 9 y 13, y 323:4140, consid. 6) y también por tribunales supremos de países latinoamericanos. Así, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia en la sentencia de revisión del 1 de noviembre de 2007 (radicación 26077 – Juan Bernardo Tulcán Vallejos) expresó que los conceptos o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tienen fuerza vinculante y no son de obligatorio acatamiento para el Estado colombiano: *“Nada se dice en la Convención, por el contrario, acerca del efecto vinculante de las recomendaciones, si bien se establece que la Comisión estará atenta, dentro de un plazo determinado, al cumplimiento de las medidas que deben adoptar los Estados involucrados, luego del cual evaluará si se tomaron o no las medidas adecuadas y si se publica o no el informe respectivo. Sin embargo, es claro que la publicación del informe no soluciona el problema de violación de derechos humanos que fue planteado por el solicitante y si de esto se sigue que la Comisión Interamericana deba remitir el asunto a la Corte Interamericana –donde, emitida una sentencia, ésta sería de obligatorio acatamiento–, concluye la Sala que el alcance de las recomendaciones es bastante limitado”*. Esta misma postura ha seguido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia en la decisión de 6 de marzo de 2008, correspondiente a la acción de revisión número 24841, caso “Farouk, Yanine Díaz y otros” (referido al caso “19 Comerciantes”).

Esta Procuración General comparte el criterio de que, según la Convención Americana, las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias para un Estado parte. Que la interpretación que niega carácter vinculante a las recomendaciones de la Comisión Interamericana es la correcta lo confirma claramente un argumento que surge de la sistemática de la Convención y del sistema

interamericano en general. Si las recomendaciones de la Comisión fueran de cumplimiento obligatorio para los Estados parte, entonces ningún sentido tendría el art. 51.1 de la Convención Americana en cuanto permite a la Comisión someter un caso ante la Corte Interamericana. En otras palabras: ¿qué interés tendría la Comisión Interamericana en someter un caso a conocimiento de la Corte Interamericana —y cuál sería la finalidad del sistema en que lo haga— si sus recomendaciones ya tuvieran los mismos efectos vinculantes que las sentencias contenciosas de este tribunal? ¿Qué sentido tendría que se autorice a la Comisión a someter un asunto a la Corte si ella misma ya pudiera, a través de recomendaciones, imponer reparaciones con carácter obligatorio para el Estado? La interpretación que pretende asignar efectos vinculantes a las recomendaciones de la Comisión emitidas en un informe final termina por vaciar de sentido a la disposición que faculta a la Comisión someter un caso a conocimiento de la Corte, convirtiendo, en los hechos, a la instancia frente a la Corte Interamericano en una suerte de etapa recursiva para el Estado en caso de una decisión adversa de la Comisión.

Es evidente entonces que, entre las dos soluciones de interpretación aún posibles dentro del sentido literal del término del art. 51.2, debe preferirse aquella que mejor se adecua al contexto y sistema de la Convención Americana, esto es, la que no tiene por consecuencia dejar virtualmente en letra muerta una norma de la Convención. Esta solución encuentra un sostén, por otra parte, en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que prevé, como regla primaria de interpretación de los tratados, que una norma de un tratado debe “*interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

Según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, dentro de los términos del art. 68.1 de la Convención Americana y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del ordenamiento jurídico interno, tal como ha sostenido el

Ministerio Público Fiscal en oportunidades anteriores (v. dictámenes en las causas “Derecho, René Jesús”, publicado en *Fallos*: 330:3074, y C. 1495, L. XLIII. “C., Carlos s/ sustracción y destrucción de medios de prueba”, del 9 de marzo de 2009), criterio éste similar al reconocido, por otra parte, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. *Bundesverfassungsgericht*, Segundo Senado, -2 BvR 1481/04-, sentencia de 14 de octubre de 2004).

Las recomendaciones de la Comisión, en cambio, no son obligatorias según el derecho interamericano, aunque se espera que los Estados se esfuerzen, dentro de sus posibilidades, en cumplirlas. Esto significa que si un Estado incumple una recomendación de la Comisión Interamericana, la parte que se habría beneficiado con el cumplimiento de la recomendación no puede ejecutarla judicialmente en los tribunales internos demandando al Estado incumplidor, pues no existe obligación estatal de cumplir dicha recomendación. Las únicas consecuencias de un incumplimiento por parte del Estado permanecen en el plano internacional. Si un Estado incumple una recomendación, la Comisión puede tomar las siguientes medidas. Primero, puede someter el caso ante la Corte Interamericana con el fin de que este Tribunal confirme la lesión de una disposición de la Convención y emita una sentencia de reparaciones –ésta sí obligatoria en los términos del art. 68.1 de la Convención Americana– que exprese el contenido de su recomendación (art. 51.1 de la Convención Americana y art. 44 del Reglamento de la Comisión). Segundo, puede decidir hacer público el informe (art. 51.3 de la Convención Americana y art. 45.3 del Reglamento de la Comisión). Tercero, también puede informar del incumplimiento en su informe anual dirigido a la Organización de Estados Americanos (art. 41, letra g, de la Convención Americana y art. 45.3 del Reglamento de la Comisión).

La ausencia de carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión interamericana es, por otra parte, una posición compartida por la doctrina internacional. Así, por ejemplo, Harris ha sostenido: “Las sentencias de la Corte Interamericana son jurídicamente vinculantes para las partes. [...] las conclusiones y recomendaciones de la Comisión no son jurídicamente vinculantes” (Davis Harris, *Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement*, en

David J. Harris / Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998, p. 3). En el mismo sentido, Caballero y Brewer: “Si la Comisión encuentra a un Estado responsable de las violaciones alegadas, ella puede emitir recomendaciones a ese Estado sobre reparaciones y medidas a tomar para evitar futuras violaciones. Si, sin embargo, el Estado no implementa dichas recomendaciones, y si él ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, de manera general o para el caso particular, la Comisión puede remitir el caso a la Corte para obtener una sentencia jurídicamente vinculante” (Caballero, James/Brewer, Stephanie, *Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: The case of the Inter-American Court*, The American Journal of International Law, vol. 102:768, p. 779; cfr. también, p. 780 y 778)

En consecuencia, si bien el Estado argentino ha de esforzarse por cumplir las decisiones de la Comisión, éstas no son de cumplimiento obligatorio y, por esta razón, su cumplimiento no puede exigirse judicialmente. Un tribunal judicial no puede condenar al Estado argentino a pagar una indemnización contenida en una recomendación de la Comisión Interamericana, pues esta recomendación no es obligatoria para aquél.

(b) La cuestión del valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión interamericana en el derecho y la jurisprudencia argentinos:

Queda ahora por analizar si existen argumentos en el derecho y la jurisprudencia argentinos que pudieran llevar a sostener el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, pues si bien es cierto que ninguna norma del sistema interamericano establece la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión, también lo es que un Estado podría disponer tal carácter vinculante a través de una ley o una norma constitucional. O, incluso, un tribunal superior podría decidir voluntariamente vincular su labor jurisprudencial a la interpretación que emana de esas recomendaciones, al reconocer en la Comisión interamericana un intérprete autorizado de la Convención Americana.

Ante todo, es preciso poner de manifiesto que, a diferencia de las legislaciones de otros Estados de la región (v.gr. la ley colombiana número 288 de 1996, que establece que el Estado colombiano deberá pagar las indemnizaciones por

violaciones a los derechos humanos declaradas, entre otros órganos, por la Comisión Interamericana), el derecho argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión, ni el carácter ejecutivo de las indemnizaciones recomendadas por este órgano.

En la sentencia de la Cámara se encuentra, sin embargo, el argumento de que dichas recomendaciones son obligatorias para el Estado argentino en virtud de la doctrina sentada por V.E. en el caso “Giroldi” (Fallos: 318:514).

En dicho precedente el Tribunal expresó: *“Que la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, parr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”* (considerando 11, énfasis agregado).

En el precedente “Bramajo” (Fallos: 319:1840), por otra parte, V.E. reiteró esta doctrina al decidir un caso relacionado con un informe de la Comisión Interamericana, con lo cual se dejó en claro que ella también es aplicable a pronunciamientos de este órgano interamericano.

Sin embargo, y más allá del alcance que pudiere asignársele a la frase “servir de guía” –esto es, si ella impone una obligación de acatar la jurisprudencia de los órganos interamericanos o tan sólo una obligación de tenerla en consideración–, lo cierto es que esta doctrina se refiere a la “interpretación de los preceptos convencionales” y no a la solución que finalmente haya de dársele al caso. El principio de buena fe exige que un tribunal nacional, al decidir sobre el contenido y alcance de una disposición de la Convención Americana, deba usar de guía para su interpretación aquella dada al mismo precepto por los órganos de protección del sistema interamericano.

En cuanto interesa al caso aquí analizado, esta doctrina no establece que los tribunales nacionales estén obligados a cumplir una recomendación de la Comisión, sino, tan sólo, que al determinar el sentido de una disposición de la Convención Americana, deban tomar en cuenta también la interpretación que al precepto en cuestión le da este órgano de protección.

Conforme a esta doctrina, en varios precedentes V.E. ha seguido la interpretación que la Comisión interamericana había hecho de disposiciones de la Convención Americana (Fallos: 319:1840; 319:2557, entre otros), sin afirmar, sin embargo, en ninguno de ellos, que las recomendaciones de esa Comisión sean de cumplimiento obligatorio.

Por lo anteriormente dicho, es razonable concluir que tampoco en el derecho o la jurisprudencia argentinos puede fundarse una obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión interamericana.

En tales condiciones, considero que debe prosperar esta queja que expresa el Estado Nacional contra la sentencia del *a quo* y que, en consecuencia, corresponde dejarla sin efecto, sin que sea necesario, por otra parte, examinar los agravios que plantea el actor en su recurso extraordinario.

—VII—

Opino, entonces, que, en el supuesto que V.E. considere que las deficiencias que el *a quo* formuló a los recursos extraordinarios de las partes no impiden su tratamiento (conf. art. 11 de la acordada 4/2007), corresponde admitir tales recursos y las quejas respectivas, así como que, con el alcance indicado en los párrafos anteriores, procede revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 1 de septiembre de 2009.

ESTEBAN RIGHI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *Seis de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut' y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio International y Culto en la causa C.594.XLIV 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut'", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor, Dr. Gustavo Carranza Latrubesse, fue removido de su cargo de juez de Primera Instancia de la Provincia del Chubut -al que había accedido en 1971- mediante un decreto dictado por el Poder Ejecutivo de facto de dicha provincia, el 17 de junio de 1976. Superado el periodo de facto -sostiene- promovió en junio de 1984, ante el Superior Tribunal provincial, una acción contencioso administrativa de plena jurisdicción en la que reclamó la nulidad de la medida y la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales que ésta le había causado, mas no la reposición en el cargo (fs. 442 vta./443 del expediente principal). El mencionado órgano, en julio de 1996, declaró la cuestión "no justiciable" invocando jurisprudencia de esta Corte, la cual, a su turno, desestimó el recurso extraordinario interpuesto contra aquella decisión, con arreglo a que el apelante no aportaba ningún argumento que autorizara a revisar los criterios sostenidos por el Tribunal, a los que había remitido el a quo, referentes a la incompetencia del Poder Judicial para resolver cuestiones como la suscitada (24 de febrero de 1987). Posteriormente (31 de agosto de 1987), el actor presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) contra el Estado argentino, sosteniendo que éste había violado sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, enunciados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1, de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos (Convención Americana). La Comisión, una vez sustanciado el proceso, pronunció el "Informe N° 30/97. Caso 10.087. Gustavo Carranza/Argentina", del 30 de septiembre de 1997, en el cual, "reiterando las recomendaciones emitidas en el informe del artículo 50 [de la Convención Americana]" (párr. 82), expresó: "[l]a Comisión concluye que al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia del Chubut, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana" (párr. 83) y, por ello, "[r]ecomienda que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior" (párr. 84). En tales condiciones, el actor inició una acción declarativa ante esta Corte contra el Estado Nacional y la Provincia del Chubut a fin de que se diera certidumbre a su derecho y se declarase que la República era responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del antes citado Informe de la Comisión y, en su mérito, se le indemnizaran los perjuicios que sufrió como consecuencia de la violación de sus derechos. Esta Corte, por sentencia del 12 de marzo de 2002 (Fallos: 325:380), resolvió que la causa no era de su competencia originaria. Remitido el expediente a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal a pedido del actor, el cual desvinculó de la litis al Estado provincial, y admitida por ese fuero su competencia, el litigio fue fallado finalmente por la Sala V de la Cámara respectiva, la cual, por mayoría, hizo lugar a la demanda, condenando al Estado Nacional a pagar al pretensor la suma de \$ 400.000, estimados a la fecha de su pronunciamiento. Ante ello, las dos partes dedujeron sendos recursos extraordinarios cuyas denegaciones motivan las presentes quejas.

2º) Que el Estado Nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto) plantea diversos agravios, de los cuales, solo es admisible el relativo a que el

a quo confirió carácter obligatorio al citado Informe N° 30/97 de la Comisión y a la recomendación que contiene (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 280), pues pone en juego la exégesis de preceptos de jerarquía constitucional, como lo son los de la Convención Americana (Constitución Nacional, artículo 75.22, segundo párrafo), en los que el recurrente funda sus derechos (ley 48, artículo 14.3). A tal fin, cabe anticiparlo, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de las partes ni de la cámara, puesto que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas de naturaleza federal aplicables (Fallos: 330:3758, entre muchos otros).

3º) Que, en primer término, corresponde observar que en el caso se han configurado dos circunstancias que son suficientes para rechazar los agravios propuestos. Por un lado, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, Convención de Viena), si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA, vid. infra, considerandos 12 y 14). Por el otro, la conducta del recurrente durante los largos años que transcurrieron desde la fecha del anteriormente recordado Informe N° 30/97, no se ha dirigido a dicho objeto en manera alguna. Tampoco ha alegado la existencia de obstáculos fácticos o jurídicos en tal sentido. Su defensa residió, y reside, en ignorar las recomendaciones en juego y escudarse en que éstas carecen de carácter vinculante.

4º) Que, no obstante lo antedicho, es preciso profundizar la cuestión litigiosa, vale decir, si las "recomendaciones" que formula al Estado interesado la Comisión en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 51.2 de la Convención Americana, tienen para aquél naturaleza obligatoria o no.

Esta disposición, por lo pronto, presenta "un buen número de dificultades de interpretación", tal como lo advirtió en temprana hora la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (excepciones preliminares, sentencia del 26-6-1987, Serie C N° 1, párr. 63), a las cuales no escapa, cabe agregar, el interrogante aquí en juego. Empero, el Derecho Internacional general y el de los derechos humanos en particular, cuentan con un más que consolidado aparato de normas, pautas y principios de aplicación e interpretación que, por su claridad y precisión, arrojan suficiente luz para alcanzar una respuesta concluyente.

Con todo, previo al ingreso en esa temática, resulta conveniente explicar el marco en el que está inserto el punto en debate. El régimen de la Convención Americana prescribe que "[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte" (artículo 44).

Ahora bien, una vez superada la etapa de admisibilidad de la petición y desarrollado el procedimiento subsiguiente, el artículo 50 de la Convención Americana dispone: "1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones [...] 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas".

En tales condiciones, agrega el artículo 51 de la Convención Americana: "1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la

cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe".

En suma, pueden distinguirse, en lo que concierne a la decisión sobre el fondo de la causa, dos pasos procesales, los cuales se corresponden con el dictado por la Comisión de sendos informes: el primero de estos, que ha dado en llamarse informe "del artículo 50" de la Convención Americana, y el segundo, denominado informe "del artículo 51" o, en palabras de la Corte IDH y del Reglamento de la Comisión (2011), informes "preliminar" y "definitivo", respectivamente (*Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, fondo, sentencia del 8-12-1995, Serie C N° 22, párr. 67; Reglamento, artículos 44.2 y 47.1). Además, surge con nitidez, y sobre esto se volverá, que: a. el juego entre los artículos 50 y 51 supone que en el informe preliminar la Comisión consideró violado un derecho, libertad o garantía tutelados, y b. la expedición del informe definitivo está supeditada a que el asunto no haya sido "solucionado o sometido a la decisión de la Corte" dentro del lapso de tres meses que se abre a partir de la transmisión del informe del artículo 50 (artículo 51.1 cit.).

Es de señalar, desde otro punto de vista, que el trámite ante la Comisión: a. se "encuentra regido por garantías" que aseguran al Estado "el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento", como son "las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y [...] las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal", a lo que se suma "el principio de seguridad jurídica [...]" (Corte IDH, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículos 41 y 44 a*

51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28-11-2005, Serie A N° 19, párr. 27), y b. implica que la Comisión "se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa [...]" (Convención Americana, artículo 48.f), en "cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de [aquéllas]" (Reglamento de la Comisión, artículo 40.1). Además: c. los miembros de la Comisión, que "deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos" (Convención Americana, artículo 34, y Estatuto de la Comisión, artículo 2.1), son elegidos "a título personal", vale decir, actúan con total independencia (idem, artículos 36 y 3.1, respectivamente), estando pre-vista, además, su no participación en la discusión, investigación, deliberación o decisión de un asunto en las hipótesis que pudieran poner en juego dicha independencia o su imparcialidad (vid. Reglamento de la Comisión, artículos 17.2 a 4; asimismo: artículo 4 sobre incompatibilidades de los comisionados). Ninguna duda cabe d que los informes preliminar y definitivo son pronunciados de manera fundada.

5º) Que, formulada esta introducción y retomando el hilo anticipado en el segundo párrafo del considerando anterior, es de advertir que la Convención de Viena aporta un doble orden de elementos de juicio de relevancia decisiva para el presente examen. Por un lado, el contenido en su artículo 26, el cual, bajo el intitulado *pacta sunt servanda*, enuncia dos principios "universalmente reconocidos" (preámbulo, párrafo tercero): "[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Por el otro, el proveniente de su artículo 31 que, al expresar la "regla general de interpretación", establece que "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (inc. 1), al tiempo que prevé que el mencionado contexto comprenderá, *inter alia*, además del texto, el "preámbulo" (inc. 2). Se trata, ciertamente, de principios y re-

glas a los que se han atendido conocida jurisprudencia de la Corte IDH (v.gr. *Godínez Cruz vs. Honduras*, excepciones preliminares, sentencia del 26-6-1987, Serie C N° 3, párr. 33) y de esta Corte Suprema (*Corporación Financiera Internacional*, Fallos: 330:2892 -2007-; *Alianza "Frente para la Unidad"*, Fallos: 324:3143 -2001- entre otros). Más aún; el citado artículo 31.1 ha sido la expresión de lo que ya estaba asentado por el "derecho internacional consuetudinario", según lo entendieron la Corte Internacional de Justicia (*Différend territorial (Jamaïkiriya arabe libyenne/Tchad)*, sentencia del 3-2-1994, Recueil 1994, ps. 21/22, párr. 41) y la Corte IDH ("Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24-9-1982, Serie A N° 1, párr. 33).

En este orden de ideas, procede recordar otra invariable doctrina de la Corte IDH, coincidente, como esta misma lo señala, con la de otros órganos jurisdiccionales internacionales: "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia, sentencia del 28-11-2003, Serie C N° 104, párr. 99; *Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, excepciones preliminares, sentencia del 1-9-2001, Serie C N° 82, párrs. 86 y 87). De ello, por cierto, también se ha hecho eco esta Corte Suprema (Arce, Fallos: 320:2145, 2155/2156 y 2157 -1997- y otros). Estas normas y principios, es imprescindible destacarlo, no se limitan a la aplicación e inteligencia de los preceptos sustan-

tivos (sobre los derechos protegidos), pues también alcanzan, con intensidad no menor, a los que establecen los regímenes de protección internacional. Así, después de citar el artículo 31.1 de la Convención de Viena, la Corte IDH expresó que la Convención Americana debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que "el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte, adquiera todo 'su efecto útil'" (*Godinez Cruz...*, excepciones preliminares, cit., párr. 33). La exégesis, en consecuencia, ha de ser hecha de forma tal que no conduzca "de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención' y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma 'son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos'" (Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-1984, Serie A N° 4, párr. 24 y su cita), lo cual constituye, en síntesis, el "fin último del sistema" (idem, *Cayara vs. Perú*, excepciones preliminares, sentencia del 3-2-1993, Serie C N° 14, párr. 63). Huelga puntualizar que el significado sub examine ha de ser buscado como término incluido en un tratado internacional, i.e., con indiferencia del que pudiera tener en el derecho interno de los Estados Parte (vid. Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9-5-1986, Serie A N° 6, párrs. 19 y 32).

6º) Que, de consiguiente, la inteligencia de los términos de un tratado habrá de atender al sentido corriente que haya de serles atribuido a aquellos. Sin embargo, por las mismas razones, tal cometido no puede realizarse en abstracto o con prescindencia del contexto en el que los términos están insertos. Así lo afirmó la Corte Permanente de Justicia Internacional en una de sus primeras opiniones consultivas, no sin alertar que, de seguirse un criterio opuesto, vale decir, de tomarse algunas frases separadas de su medio, los términos pueden ser entendidos de muchas maneras (*Compétence de l'OIT pour la régle-*

mentation des conditions du travail dans l'agriculture, 12-8-1922, Serie B, nos. 2 y 3, p. 23; vid. asimismo: Corte IDH, *Propuesta de Modificación...*, cit., párr. 23). “[L]a interpretación del ‘sentido corriente de los términos’ del tratado no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro de su objeto y fin” (Corte IDH, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, Serie A N° 20, párr. 26).

Por ende, además de que la voz recomendación, como acción o efecto de recomendar, que es su primera acepción corriente, no excluye un contenido obligacional: “[e]ncargar, pedir o dar orden a alguien para que tome a su cuidado una persona o un negocio” (*Diccionario de la Lengua Española*, RAE, 22<sup>a</sup> ed., itálica agregada), lo decisivo es que toda eventual hesitación al respecto se ve rápidamente despejada ni bien la expresión es puesta en su contexto, vale decir, ni bien se observa que el artículo 51.2 de la Convención Americana expresa con toda eloquencia que el Estado, frente a las recomendaciones, “debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”, para lo cual, incluso, la Comisión le fijará un “plazo” (inc. 2). La itálica que se acaba de agregar al original del término “debe”, confiere a las recomendaciones un inequívoco significado obligacional puesto en cabeza del sujeto a quien aquéllas son dirigidas: el Estado. De consiguiente, al margen de que lo antedicho entrañe o no que dichas recomendaciones caigan dentro del “sentido especial” que prevé la Convención de Viena (“[s]e dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”, artículo 31.4), lo concluyente es que, como lo entendieron algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional durante la elaboración de ese tratado, cuando el contexto permite determinar que un término ha sido usado en un sentido técnico o especial, este sentido resulta, por así decirlo, el sentido ordinario en el contexto dado (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 242). Toda la norma en juego, es menester destacarlo, está

formulada mediante una sucesión de expresiones de neto carácter imperativo: “[l]a Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”, lo cual también surge de su texto en portugués: [a] Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada”; en inglés: “the Commission shall make pertinent recommendations and shall prescribe a period within which the state is to take the measures that are incumbent upon it to remedy the situation examined”, y en francés: “[l]a Commission formulera les recommandations pertinentes et fixera le cas échéant un délai dans lequel l'Etat doit prendre les mesures qui lui compétent pour remédier à la situation considérée” (italicas agregadas). Cuadra acentuar, al respecto, que el método de interpretación de los tratados según la Convención de Viena, se atiene “al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos”, cuya “idoneidad [...] frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes”, resulta “todavía más marcada” en materia de tratados de derechos humanos (Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8-9-1983, Serie A N° 3, párr. 50). La Convención Americana crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, “obligaciones objetivas” (ídem, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia, sentencia del 24-9-1999, Serie C N° 55, párr. 44).

Es oportuno recordar, para estas reflexiones, que la Corte Internacional de Justicia en el primer caso en que juzgó que las medidas precautorias dictadas por ella eran de cumplimiento obligatorio por el Estado al que estaban destinadas –tema que, según lo admitió, había sido objeto “de abundantes controversias doctrinales”– examinó la versión francesa del artículo 41 de su Estatuto: “1. La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conser-

vatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. 2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité" (italicas agregadas). En consecuencia, parafraseando las consideraciones de ese antecedente, es dable afirmar en el sub lite que así como el término "recomendaciones" (al igual que *indiquer* o *indication*) puede ser entendido como "neutro" (*neutre[s]*) respecto de su carácter obligatorio, la expresión "debe" (al igual que *doivent*) tiene, "en cambio" (*en revanche*), un carácter "imperativo" (*impératif*) (*LaGrand (Alemagne v. Etats-Unis d'Amérique)*, sentencia del 27-6-2001, Recueil 2001, ps. 501/502, párrs. 99 y 100).

7º) Que la indicada especificidad de las recomendaciones en el contexto del régimen de peticiones, asimismo, se ve corroborada plenamente a poco que se repare en el sentido y alcances, por demás diferentes del artículo 51.2, que tiene dicha expresión en el único otro cuadro de la Convención Americana que también la emplea, i.e. el artículo 41.b cuando establece, entre las funciones y atribuciones de la Comisión, "formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos" (italicas agregadas). Es por ello, que el ejercicio de las atribuciones en materia de recomendaciones del artículo 41.b cit. "ha de realizarse mediante acciones y procedimientos separados del régimen a que está sometido el conocimiento de las peticiones o denuncias individuales" (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16-7-1993, Serie A N° 13, párr. 44). Y esta corroboración, a su vez, resulta significativamente reforzada en el propio terreno del citado artículo 41, puesto que no solo no ha sido ajeno a las funciones y atribuciones de

la Comisión en materia de "peticiones", sino que dispuso que aquélla, a tal fin, actuará en ejercicio de "su autoridad" de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana (inc. f.).

8º) Que a conclusiones análogas a las que han sido asentadas conduce el estudio de la cuestión desde la perspectiva del contexto y del objeto y fin generales del sistema de protección de la Convención Americana o, si se quiere, atendiendo a la "estructura misma" de ésta (vid. doctrina de la Corte Internacional de Justicia, *Affaire relative à la souveraineté Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, sentencia del 17-12-2002, p. 652, párr. 51: *structure même / very scheme* del tratado en juego), puesto que, procede reiterarlo aunque en otras palabras (*supra*, considerando 6º), el "'sentido corriente de los términos' debe analizarse como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece", con el propósito de "garantizar una interpretación armónica y actual" de la disposición en juego (Corte IDH, Artículo 55 de la Convención Americana..., cit., párr. 26). El régimen procesal de la Convención Americana, según ha sido visto, prevé solo una vía, la cual desemboca, inexorablemente, en que sobre el fondo del asunto no pueda recaer más que una sola y única decisión definitiva. En un extremo, el del ingreso al sistema, se emplaza la Comisión. En el opuesto, i.e., en el desenlace sustancial y definitivo, se encontrarán, pero siempre excluyéndose entre sí, bien la Comisión, mediante el informe definitivo del artículo 51, o bien la Corte IDH, mediante su sentencia definitiva, nunca las dos, ni siquiera *ratione temporis*, por cuanto las "dos opciones son excluyentes una de la otra" (Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, excepciones preliminares, sentencia del 18-11-1999, Serie C N° 61, párr. 39). Expresado de otro modo, si el caso "ha sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar el informe a que se refiere el artículo 51" (*idem*, *Velásquez Rodríguez...*, excepciones preliminares, cit., párr. 63) y, si dicha introducción no se ha producido, "la Comisión continúa conociendo, como único órgano

convencional que puede hacerlo" (*ídем, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97 del 14-11-1997, Serie A N° 15, párr. 47). De ahí, entre otros motivos, que ambos cuerpos sean "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes" (Convención Americana, artículo 33, itálicas agregadas), lo cual implica, para la Comisión, que sus facultades "están dadas para determinar [si la] violación [alegada] efectivamente existe" (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 34) y para precisar las "medidas que han sido consideradas necesarias para remediar la situación examinada" (*ídém, Informes de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 50). De ahí, también, que mal puede sostenerse que este régimen ha desconocido la obligatoriedad para el Estado del pronunciamiento definitivo adverso a él dictado por una de las instituciones que, en su caso, tiene competencia exclusiva y excluyente para ello, la Comisión, máxime que, reiterase, no le ha sido reconocido al individuo legitimación para someter su asunto, una vez resuelto preliminarmente por la Comisión, a la Corte IDH.

9º) Que se integran a todo lo expresado, dentro del mismo orden de ideas, otros fundamentos. En primer lugar, la petición solo es admisible, entre numerosos requisitos, si se han "interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna" (Convención Americana, artículo 46.1.a). Esto presupone, si dirigidos contra actos que violen los derechos fundamentales, la existencia de una vía local "idónea para proteger la situación jurídica infringida" (Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 21-1-1994, Serie C N° 17, párr. 63 y sus citas), para "establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla" (*ídém, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6-10-1987, Serie A N° 9, párr. 24; *Durand y Ugarte vs. Perú*, fondo, sentencia

del 16-8-2000, Serie C N° 68, párr. 102), lo cual exige que dicha vía habrá de asegurar el “cumplimiento” de toda decisión nacional que la haya estimado procedente (Convención Americana, artículo 25.2.c; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29-3-2006, Serie C N° 146, párr. 92); “la efectividad de las sentencias depende de su ejecución [...] Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado” (ídem, *Mejía Idrovo vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 5 de julio de 2011, Serie C N° 228, párr. 104).

El derecho de acceso a la justicia, en el decir de la citada Corte a propósito del artículo 25 de la Convención Americana, “es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo” (*Castañeda Gutman vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 6-8-2008, Serie C N° 184, párr. 100, itálica agregada). Y, en el decir de esta Corte Suprema, es la “posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes” (*Dahlgren, Fallos: 319:2925, 2929 y sus citas -1996-* itálica agregada). Tanto es así, que “para mantener el efecto útil de las decisiones, los tribunales internos al dictar sus fallos en favor de los derechos de las personas y ordenar reparaciones, deben establecer de manera clara y precisa -de acuerdo con sus ámbitos de competencia- el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas” (Corte IDH, *Mejía Idrovo...*, cit., párr. 96). “La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos [...] según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: [...] d. Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación” (“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las

víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, párr. 4, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 60/147, 16-12-2005). Corolario forzoso de todo ello será, entonces, que análogos efectos habrán de estar presentes en el artículo 51 de la Convención Americana, puesto que la “protección internacional de naturaleza convencional” que aquélla instrumenta ha sido establecida, *expressis verbis*, nada menos que para ser “coadyuvante o complementaria” de la que “ofrece el derecho interno de los Estados”, y con arreglo al “propósito”, reafirmado por estos, de “consolidar” en el continente un régimen “fundado en el respeto de los derechos esenciales” del individuo (Convención Americana, preámbulo, párrafos segundo y primero). No es casual que el párrafo 14 de los antedichos Principios y directrices básicos prevea que “[l]os recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos [...] han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno”.

Si la Convención Americana –al igual que la Convención Europea de Derechos Humanos– en el plano nacional obliga a cada Estado Parte a respetar y a hacer respetar en su seno los derechos que aquélla enuncia, en el marco supranacional no tiene a desaprobar toda violación a estos derechos cometida en el orden interno. Lo que es objeto de sanción, en el campo supranacional, son las violaciones que el Estado ha cometido o dejado cometer, y que, además, no ha reparado o podido reparar por medio de su propio ordenamiento jurídico interno (Picard, Etienne, “Article 26”, en *La Convention européenne des droits de l’homme* (L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, directs.), París, Económica, 1995, ps. 592/593 y sus citas de la nota 1).

Nunca ha de olvidarse que la responsabilidad interna-

cional del Estado por la violación de una norma internacional y el consecuente deber de reparación "surge de inmediato" al producirse el hecho ilícito imputable a aquél (Corte IDH, *Acosta Calderón vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24-6-2005, Serie C N° 129, párr. 146), de manera que no depende de una demanda o reclamo de la parte lesionada, según lo acota la Comisión de Derecho Internacional al comentar el artículo 31 del "Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" ("1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito", *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2<sup>a</sup> parte), p. 97), aspecto este que será retomado *infra*.

Más aún; es jurisprudencia permanente, acorde con los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, que el peticionario está dispensado de agotar los recursos locales que no resultaran "efectivos" (Convención Americana, artículo 46), vale decir, *inter alia*, aquellos cuya "inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones" (Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1-7-2009, Serie C N° 198, párr. 69 y sus citas; *Forneron e hija vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27-4-2012, Serie C N° 242, párr. 107). Empero, es inocultable que menos que escaso sentido o efecto tendría esa eximición si el proceso internacional llevara a un resultado definitivo calificable en términos parejos a los antedichos respecto del nacional.

De igual manera puede discurrirse en torno de igual dispensa si se fundara en el "retardo injustificado" de la decisión de los recursos internos (Convención Americana, artículo 46.2.c): "[d]e ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa" (Corte IDH, *Godínez Cruz...*, excepciones preliminares, cit., párr.

95, *italica agregada*).

Es conveniente observar, en este contexto, que las medidas adecuadas que el Comité de Derechos Humanos suele requerir a los Estados para que estos pongan remedio a la violación de una o más disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pronunciadas en las "observaciones" previstas en el artículo 5.4 del Protocolo Facultativo de este último, tienen como base el artículo 3.2 del Pacto, según el cual cada uno de los Estados partes se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo ("Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial", E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 24, párr. 50).

Debe añadirse, aún, que la hipótesis adjetiva indicada revela una situación de gravedad en el plano sustantivo, dado que "cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos [...] no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención" relativas a la protección judicial del artículo 25 de la Convención Americana (Corte IDH, *Castañeda Gutman...*, cit., párr. 34), todo ello con independencia del menoscabo que "también" pudiera haberse irrogado al derecho tutelado que resultó desprotegido (*ídem, Acevedo Buendía y otros...*, cit., párrs. 79 y 91). Por consiguiente, en el citado artículo 25 "es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos [...] La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente

los derechos declarados o reconocidos" (*íd*em, párr. 72). Mas, al ser esto así, si el informe definitivo de la Comisión que tuviera por acreditada una violación por la aludida insuficiencia o impotencia del sistema nacional y previese su reparación, padeciera de iguales debilidades, el régimen convencional más que proporcionar una ruptura del estado de cosas y una solución para el peticionario, terminaría encerrando a éste en un círculo, en el caso, necesariamente vicioso. "La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional" (Corte IDH, *Godínez Cruz...*, excepciones preliminares, cit., párr. 95).

10) Que lo hasta aquí enumerado pone en evidencia que el proceso internacional de la Convención Americana –el cual, como todo proceso, debe ser “un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia” (Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1-10-1999, Serie A N° 16, párr. 117)– constituye una vía tributaria del artículo 1.1 de la Convención Americana, por cuanto tiende, en resolución, a asistir al Estado en la satisfacción de los compromisos asumidos por éste ante ese precepto fundamental: por un lado, “respetar los derechos y libertades” de la Convención Americana y “garantizar su libre y pleno ejercicio” y, por el otro, “asegurar a la víctima una adecuada reparación” (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia del 29-7-1988, Serie C N° 4, párr. 167; *Godínez Cruz vs. Honduras*, fondo, sentencia del 20-1-1989, Serie C N° 5, párr. 184).

Esta última condición, a la vez, posibilita identificar el objeto último para el que ha sido establecido el régimen de peticiones individuales y, a partir de ello, dar mayor luz sobre el valor de las recomendaciones, puesto que para establecer el sentido de un concepto se debe considerar la “finalidad a la que sirve” (Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular...*, cit., párr. 106). Y dicho objeto o finali-

dad, para el citado régimen, no se reduce a la sola comprobación por la Comisión de que se ha producido un menoscabo a un derecho protegido, puesto que, tal como está expresado de manera terminante en el propio artículo 51.2, a lo que se apunta en definitiva, vale decir, más allá de esa comprobación, es a "remediar", por parte del Estado, la situación controvertida.

De esta manera, el sistema de la Convención Americana y las recomendaciones de su artículo 51.2 no hacen más, ni menos, que conferir operatividad, *in concreto*, a un principio inconsciente de Derecho Internacional, en buena medida ya anunciado: toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (Corte Permanente de Justicia Internacional, *Chorzów Factory (jurisdiction)*, sentencia nº 8, 26-7-1927, Serie A, nº 9, p. 21; vid. Corte IDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28-1-2009, Serie C N° 195, párr. 404 y sus citas). "Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional", dispone el antes mencionado "Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (artículo 1), elaborado y aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, y acogido "con beneplácito", junto con sus comentarios, por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 56/83, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", 12-12-2001, A/RES/56/83). Y esa consecuencia, de acuerdo con dichos comentarios, abarca "todas las obligaciones internacionales del Estado y no sólo las debidas a otros Estados. Luego, la responsabilidad de los Estados alcanza, p.ej., a las violaciones de los derechos humanos y otras violaciones del derecho internacional cuando el beneficiario principal de la obligación violada no es un Estado" (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol II (2<sup>a</sup> parte), p. 93). De consiguiente, si bien a este último supuesto no le es aplicable la segunda parte del Proyecto ("Contenido de la responsabilidad internacional del Estado"), éste ha dejado en claro

que ello es así "sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado" (artículo 33.2). La salvedad, por cierto, fue formulada teniendo en cuenta que "en los casos en que la obligación primaria es debida a una entidad que no es un Estado, puede existir un procedimiento que le permita a esta última invocar la responsabilidad por su propia cuenta y sin la intervención de un Estado", tal como es el supuesto, v.gr., "de los tratados de derechos humanos que confieren a los individuos afectados el derecho de presentar una petición ante un tribunal u otro órgano" (*ídem*, p. 101).

Más aún: "[l]a reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de aplicar una convención, sin que sea necesario que esto haya sido enunciado en la convención misma" (Corte Permanente de Justicia Internacional, *Chorzów Factory*, cit., p. 21, itálicas agregadas). Más todavía: ha sido precisamente sobre este precedente que la Corte Internacional de Justicia, en el arriba citado *LaGrand*, juzgó que si un órgano tiene competencia para conocer un diferendo, no requiere de una base de competencia distinta para examinar las reparaciones (*remèdes/ remedies*) que una parte reclama por la violación en juego (párr. 48).

Parece innecesario repetir que el artículo 33.a de la Convención Americana prescribe que la Comisión es "competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes en esta Convención".

11) Que continuando con el orden expositivo propuesto, corresponde prestar atención a que el trámite ante la Comisión, si bien está rodeado de las garantías del debido proceso antes mencionadas (considerando 4º), entraña una inferioridad de armas del peticionario frente al Estado, según ya habrá sido advertido.

En efecto, si la Comisión, una vez sustanciado el expediente, entendiera que ha sido acreditada una violación de un derecho, libertad o garantía tuteladas imputable al Estado, deberá expedir, sin excepciones, el informe preliminar ("no pueden subsumirse en uno sólo los dos informes regulados de manera separada por los artículos 50 y 51 de la Convención", Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 55). Su transmisión al demandado, asimismo, abrirá para éste un término previsto para dos fines, al menos: solucionar el asunto o, en caso contrario y de no compartir el informe, someter la cuestión a la Corte IDH (Convención Americana, artículos 51.1 y 61.1) con el propósito de que ésta ejerza "el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión [...]" (idem, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...*, cit., punto 4 de la opinión; asimismo: párr. 28), lo cual comprende, *inter alia* y cuestionamiento mediante, la revisión de lo "actuado" ante la Comisión y lo "decidido" por ésta, "en aras de asegurar la procedencia de los requisitos de admisibilidad y los principios de contradicción, equidad procesal y seguridad jurídica", de lo cual es un ejemplo patente *Grande vs. Argentina* (excepciones preliminares y fondo, sentencia del 31 de agosto de 2011, Serie C N° 231, párr. 46 y ss.). En otras palabras, en "caso de discrepancia con el Informe emitido por la Comisión Interamericana en virtud del artículo 50 de la Convención Americana, el Estado tiene la facultad, conforme a los artículos 51.1 y 61 de dicho tratado, de someter el caso a conocimiento de esta Corte para que determine los hechos y aplique el derecho conforme a su competencia contenciosa" (idem, *Castañeda Gutman...*, cit., párr. 63, itálica agregada). Importa hacer hincapié en esta alternativa procesal por cuanto, visto desde el ángulo del Estado interesado, la índole preliminar del informe del artículo 50 no significa la posibilidad de que, sin más, la Comisión pueda variar los alcances de aquél mediante el informe definitivo. Si algo resulta claro, desde esa perspectiva, es que la mentada índole deriva de que, regularmente, es la propia conducta estatal, en el sentido

de no solucionar la controversia o no llevarla ante la Corte IDH, la que conducirá al informe definitivo: este último y el preliminar son "dos documentos que, de acuerdo con la conducta asumida en el interin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones" (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 53, itálica agregada; asimismo: Reglamento de la Comisión, artículo 45.1). Debe insistirse (*supra*, considerando 4º) en que ya los procedimientos dispuestos por los artículos 48 a 50 de la Convención "ofrecen a las partes la posibilidad de adoptar las disposiciones necesarias para solucionar la situación planteada, dentro del respeto debido a los derechos humanos reconocidos por la Convención", lo cual implica que la Comisión no dicte el informe del artículo 51 "si aún existe posibilidad de solución amistosa y sin haber dado al Estado la oportunidad de cumplir con sus obligaciones respecto de las alegadas violaciones que se le imputan [...]" (Corte IDH, *González Medina y familiares...* cit., párr. 30), ni someta el litigio a conocimiento de la Corte IDH sin haber esperado el transcurso del plazo otorgado al Estado "para que cumpla con las recomendaciones del informe [preliminar]" (*ídем*, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C N° 219, párr. 30).

Por lo contrario, de acuerdo con la lectura de los citados artículos 50 y 51 que hace la Comisión en su Reglamento, si ésta "establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo", el cual "será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA" (artículo 44.1). Para el actor, en breve, esta hipótesis da lugar, directamente, a una decisión tan definitiva como obligatoria, dado que carece absolutamente de *jus standi* para someter el litigio ante la Corte IDH (Convención Americana, artículos 51.1 y 61). Y ello, además, con notorio beneficio para el Estado de-

mandado, habida cuenta de la suerte de *res judicata* o *non bis in idem* que contempla el sistema (ídem, artículo 47.d; Reglamento de la Comisión, artículo 33.1.b). Otro tanto ocurre si la petición fuese declarada inadmisible, dado que ello determina que "el trámite de la denuncia no continúa y ésta se archive" (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 41).

Resultan expuestos notoriamente, de tal manera, "des-equilibrios procesales" (ídem, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, excepciones preliminares*, sentencia del 4-9-1998, Serie C N° 41, voto del juez Cançado Trindade, párr. 43), precisamente en desfavor del destinatario del sistema: la persona humana. Lo que puede una de las partes, el Estado, "no lo pueden las otras", glosando al juez García Ramírez (ídem, *Artículo 55 de la Convención Americana...*, cit., párr. 26). Esta situación, por lo pronto, resultaría inadmisible en el orden interno con arreglo al artículo 8 de la Convención Americana (*Borelina*, Fallos: 328:3233, 3248 -2005). El principio de igualdad entre las partes deriva de las exigencias de una buena administración (*bonne administration*) de justicia, y la igualdad de acceso a los procedimientos de apelación o a otros recursos disponibles, salvo excepción fundada en motivos objetivos y razonables, debe ser considerada, por lo demás, como una parte integrante de dicho principio (Corte Internacional de Justicia, *Jugement N° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requête contre le Fonds international de Développement agricole*, opinión consultiva, 1-2-2012, p. 18, párr. 44). [P]ara que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables", proclama la Corte IDH (*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular...*, cit., párr. 117). El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso "se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna" (ídem, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*

*Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17-7-2003, Serie A N° 18, párr. 122). Asimismo, resulta evidente que en el trámite ante la Comisión, tanto el peticionario cuanto el Estado invisten el carácter de "parte", tal como, por lo pronto, lo reconoce el Reglamento de la primera (artículos 17.2.b, 25.1.2 y 8, 30.5, 36.1 y 3, entre otros).

Adviértase que esta falta de *jus standi* de los individuos tuvo como fuente de "inspiración" la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (vid. considerando siguiente). Mas, esa privación, en este último terreno, fue superada, ya para 1990, por la adopción del Protocolo 9, respecto de las causas declaradas admisibles por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Para los redactores de ese instrumento, la reforma era un "desarrollo lógico del sistema de control de la Convención"; la imposibilidad de emplear plenamente dicho sistema por los individuos ya era vivido, para ese entonces, como una "incoherencia en relación con el espíritu de la Convención" (*Protocole 9 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Rapport explicatif*, Consejo de Europea, 1992, párr. 12). La innovación, incluso, había sido apoyada, *inter alia*, por la propia Corte Europea de Derechos Humanos, que la consideró "indispensable", y por la mencionada Comisión, que le concedió "importancia mayor" (ídem, párrs. 5 y 8, respectivamente). Huelga precisar que, a partir de la vigencia del Protocolo 11 de la Convención Europea (1998), lo cual implicó la desaparición de la Comisión Europea, ese sistema regional se ha plenamente jurisdiccionalizado en torno de la nueva Corte Europea de Derechos Humanos, con acceso directo de los individuos a sus estrados.

A todo ello se yuxtapone que resulta irrefutable que una "recta interpretación" del proceso internacional entendido como un todo ha de basarse "en un presupuesto de igualdad" entre los contendientes (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...*, cit., párr. 48), y ha de buscar un "justo equilibrio" o "equidad procesal" (ídem, In-

*formes de la Comisión Interamericana...*, cit., párrs. 47 y 48); que el exégeta de tal procedimiento “debe reconocer y resolver los factores de desigualdad” que este apareje (*ídem, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular...*, cit., doctrina del párr. 119); que “[e]n todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos” (*ídem, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28-8-2002, Serie A N° 17*, párr. 132, itálica agregada; vid. *ídem, Artículo 55 de la Convención Americana...*, cit., párrs. 62, 72 y 73). Salvando las distancias, que no son pocas, es notorio, y la propia Corte IDH lo reconoce, que su Reglamento de 2009 ha tenido, entre sus principales objetivos, otorgar “más protagonismo al litigio entre los representantes de las víctimas o presuntas víctimas y el Estado demandado” (*ídem, “Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria”, 2009, p. 2*), tendencia esta que ya registraban sus reglamentos de 2000 y 2003, todo lo cual era resultado “de la experiencia del Tribunal al ejercer sus funciones”, pero también una respuesta “a recomendaciones de la propia Asamblea General de la OEA”; los Estados “ya no son los únicos actores en los procesos internacionales” (vid. *ídem, Artículo 55 de la Convención Americana...*, cit., párrs. 50 y su nota 36, y 85).

En tales circunstancias, a juicio de esta Corte Suprema, el presente “desequilibrio procesal” reclama, para ser “resuelto” según los mentados “justo equilibrio” o “equidad procesal”, por conferir valor vinculante a las recomendaciones *sub discussio*, al modo en que lo son, para el peticionario, las decisiones por las que se desestima su pretensión o es declarada inadmisible. Sobre el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (*Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párr. 101, itálicas agregadas).

Resulta patente, por otro lado, que las reflexiones formuladas por la Corte IDH en la última opinión consultiva dictada hasta el presente (*Artículo 55 de la Convención Americana...*, cit.) impelen al intérprete, decididamente, hacia dicha búsqueda de equilibrios procesales. Dos cuestiones esclareció el citado tribunal, por unanimidad, sobre la Convención Americana. Por un lado, la concerniente al artículo 55.3 ("[s]i entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*"), para lo cual afirmó que la posibilidad de los Estados de nombrar dicho juez *ad hoc* era inaplicable en casos originados en peticiones individuales (opinión, punto 1). Por el otro, la relativa al artículo 55.1 ("[e]l juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo"), aspecto en el que respondió que el juez nacional del Estado demandado "no debe participar en el conocimiento" de los casos antedichos (opinión, punto 2). Estas conclusiones adquieran singular relieve en el sub lite a poco que se repare, para la primera, en dos circunstancias. Por un lado, la respuesta implicó, para la Corte IDH, nada menos que el abandono de una práctica en sentido opuesto que había seguido reiterada y prolongadamente (vid. especialmente párrs. 47/54); más -aseveró- "cuando existen fundamentos para ello, la revisión de una interpretación elaborada previamente no sólo debe ser posible sino necesaria" (párr. 52; asimismo; voto del juez García Ramírez, párr. 20). Por el otro, tomó en especial consideración que el instituto del juez *ad hoc* fue concebido "para mantener el equilibrio procesal entre Estados Partes iguales en derecho", por lo cual "podría entrar en conflicto con el carácter especial de los tratados modernos de derechos humanos y la noción de garantía colectiva". Y añadió: [e]l conflicto en cuestión resulta más evidente cuando los individuos y los Estados se constituyen en partes procesales opuestas" (párr. 37). A la par, para la segunda respuesta, el órgano regional reiteró "que se debe garantizar la capacidad procesal de todas las partes de conformidad con los imperativos y necesidades del debido proceso", y que la

exégesis que sostenía “asegura a las partes en el proceso la vi- gencia de uno de los principios fundamentales de la justicia que es el debido proceso” (párrs. 76 y 77). Total: “no podría sostenerse una interpretación de la [Convención Americana] que atente contra el principio de igualdad [...]” (párr. 54).

Es del todo pertinente agregar que los dos interro- gantes fueron propuestos por Argentina y tuvieron como premisas generales, centralmente, “que el objeto y fin del sistema inter- nacional de la Convención es la protección efectiva de los dere- chos en ella consagrados, reconociendo en la persona humana su único y legítimo destinatario”; que “toda iniciativa que se lle- ve a cabo con miras a fortalecer el sistema debe contemplar, prioritariamente, garantizar una mejor y más eficaz protección de los derechos humanos”; que la “evolución del sistema no de- pende, necesariamente, de la introducción de reformas normati- vas”, pues la “interpretación del plexo jurídico” puede consti- tuir “una herramienta idónea para enriquecer y perfeccionar” el mencionado sistema, y que la “práctica actual” de este último en torno de las dos cuestiones planteadas “se revela[] contraria[a] al objeto y fin de la Convención Americana”. Ello era así, para la República, pues la institución del juez *ad hoc*, “analizada en el contexto del tratado a la luz del estado del derecho actual pareciera sugerir que debería re-examinarse” la “tradicional in- terpretación” de la Corte IDH. Dicha institución generaba una “palmaria afectación del derecho a la igualdad de armas en el proceso”, en perjuicio de la presunta víctima, “demandante mate- rial ante el tribunal [...] La interpretación actual, de designar un juez *ad hoc* en aquellos casos originados en una denuncia in- dividual o la preservación del juez de la misma nacionalidad su- pone una ventaja inaceptable e incompatible con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos diseñada, pre- cisamente, para proteger al individuo frente al poder del Esta- do” (párrs. 2 y 11; y Solicitud de Opinión Consultiva adjunta a la Nota OI 41/08, 14-08-2008, de la Embajada de la República Ar- gentina en Costa Rica). Demás está acotar que esta opinión con-

sultiva se vio rápidamente reflejada en el Reglamento de la Corte IDH de 2009 (artículos 19 y 20).

12) Que los varias veces mencionados artículos 50 y 51 de la Convención Americana se "inspiraron" en los originarios arts. 31 y 32 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (Convención Europea; Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párrs. 45 y 46), aun cuando con arreglo a una estructura propia. El aludido sistema europeo se asentaba en el funcionamiento de tres órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Dicha Comisión, ante la cual debía ser iniciado el trámite de la petición individual (Convención Europea, artículo 25), estaba llamada, si del fondo del asunto se trataba, a pronunciar un informe (*rapport/Report*) en el que daba cuenta de su opinión acerca de los hechos comprobados y de si estos constituyían una violación por el Estado de sus obligaciones convencionales (ídem, artículo 31.1). Empero, este informe, a diferencia del régimen convencional interamericano, era transmitido, además de a dicho Estado (que no podía darlo a publicidad), al Comité de Ministros con las propuestas que la Comisión Europea entendía apropiadas (ídem, incs. 2 y 3). En este estadio del proceso, si dentro del plazo de tres meses contados a partir de la remisión del aludido informe al Comité de Ministros el caso no era sometido a la Corte Europea por alguno de los sujetos legitimados para hacerlo (la Comisión Europea o un Estado interesado, ídem, artículo 48), era el Comité y no la Corte el encargado de resolver sobre los méritos del litigio (ídem, artículo 32.1). En resumidas cuentas, para esta última finalidad, los órganos de decisión eran la Corte Europea o el Comité de Ministros (vid. Golsong, H.: "Implementation of International Protection of Human Rights", en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 110 (1963), p. 87).

La Convención Americana, como habrá sido advertido, se organizó sobre la base de dos órganos, la Comisión y la Corte

IDH, excluyendo un tercero, esto es, una institución "similar" al Comité de Ministros (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 47). Mas, la diferencia, por significativa que fuese, no habla de manera alguna en desfavor de la postura que se ha venido afirmando en punto al valor obligatorio de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana. Antes bien, si algo enseña es que el sistema convencional interamericano, en una suerte de reemplazo del tercer órgano aludido, previó que después del informe preliminar de la Comisión (equiparable al informe de la Comisión Europea) y para la hipótesis de que la causa no terminara bajo la competencia de la Corte IDH, se produjese una nueva intervención de la Comisión, la cual, al modo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, resultaba, entonces, el órgano de cierre definitivo del proceso mediante un pronunciamiento de obligatoria observancia. Un doble orden de circunstancias respalda este aserto. Por un lado, el texto del artículo 51.2 de la Convención Americana sigue a la letra el del artículo 32.2 de la Convención Europea: si el Comité de Ministros decide que se produjo una violación de la Convención "fixe un délai dans lequel la Haute Partie Contractante intéressée doit prendre les mesures qu'entraîne la décision du Comité des Ministres / shall prescribe a period during which the High Contracting Party concerned must take the measures required by the decision on the Committee of Ministers" (italicas agregadas). Y, por el otro, la inteligencia del artículo 51.2 formulada en los términos *supra* indicados (considerando 6º, último párrafo) es precisamente la misma que recibió su modelo europeo (artículo 32.2), por cuanto fue con fundamento en no más que las dos expresiones que acaban de ser puestas en itálica (*doit/must*), esto es, al margen del compromiso de los Estados del que daba cuenta el inc. 4 del citado artículo 32, que la mencionada decisión del Comité de Ministros era obligatoria para aquellos (Leuprecht, Peter, "Article 32", en *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 704 y, especialmente, su nota 3; en sentido análogo: van Dijk, P., van Hoff, G.J.H. y otros, *Theory and Practice of the European Convention*

on Human Rights, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law, 3<sup>a</sup>. ed., 1998, p. 271: bajo el artículo 32.2, cuando el Comité de Ministros "haya comprobado que se produjo una violación de la Convención, el Estado Contratante está obligado (*is obliged*) a adoptar las medidas apropiadas dentro del período prescripto" por el primero). Ha sido visto, incluso, que aun cuando no resultaba obligatoria, la opinión (*avis*) que pronunciaba la Comisión Europea presentaba todas las características de un "acto jurisdiccional" (Cohen-Jonathan, Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1989, p. 51).

Por otro lado, el emplazamiento de la Comisión que acaba de ser señalado, atento que "la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución", según lo proclamó, para 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (considerando tercero), también puede verse avalado si se atiende a los antecedentes que aquélla ya exhibía para la época en que fue adoptada la Convención Americana (1969). La Comisión, creada diez años antes de esta última oportunidad (Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 1959, Resolución VIII, acápite II), constituyó, desde el momento mismo de su instalación (3-10-1960), un órgano destacado en materia de desarrollo e instrumentación del régimen de peticiones individuales dentro del naciente sistema interamericano, así como iniciador de una práctica al respecto que, introducida tempranamente en su Reglamento de 1960 (arts. 25/29; vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la labor desarrollada durante su primer periodo de sesiones* (3/28-10-1960), OEA/Ser.L/V/II.1 Doc. 32, esp. puntos X y XI), se vio aprobada, con mayor amplitud aún, mediante la Resolución XXII, adoptada en 1965 en la 2<sup>a</sup> Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro), modificatoria del Estatuto de la Comisión (OEA/Ser. E/XIII.1). Esta labor precursora, incluso, fue advertida por René Cassin en la primera sesión plenaria de la

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (8-11-1969), i.e., en el marco en el que fue adoptada la Convención Americana, cuando expresó que la Comisión, a la sazón, ya había ido más allá de su función "promotora" de los derechos humanos, para convertirse en "protectora" de estos "al actuar como órgano judicial" (*Actas y Documentos*, OEA, Washington, 1973, p. 433). También lo fue en una de las primeras obras sobre la Comisión (vid. la edición de 1968 de: Vasak, Karel, *La Commission Intéraméricaine des Droits de l'Homme*, París, LGDJ, ps. 52/62 y pássim). De ahí la "doble función que [...] cumple" la Comisión (Corte IDH, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana...*, cit., párr. 30).

Por lo demás, amén de lo antes señalado respecto del artículo 33 de la Convención Americana, los Estados Miembros de la OEA, en 1967, adoptaron el denominado "Protocolo de Buenos Aires" -que reformó la Carta de la Organización y entró en vigencia en 1970- por el cual se elevó a la Comisión, según ya fue anunciado (*supra*, considerando 3º) a la jerarquía de órgano principal de la Organización. En suma, de conformidad con dicha Carta, la Comisión es un órgano principal y autónomo de la OEA, cuyo mandato surge de la Carta de ésta y de la Convención Americana, y que actúa en representación de todos los países miembros de la Organización (Convención Americana, artículo 35; Estatuto de la Comisión, artículo 2.2). No es de olvidar, desde otro ángulo, que la Convención Americana también se diferenció de su modelo europeo, lo cual subraya la importancia vital que le concedió a la Comisión para el funcionamiento del sistema de protección que instrumentaba, en la medida en que la competencia de aquél para la tramitación de peticiones individuales no fue de reconocimiento facultativo por los Estados (Convención Europea, artículo 25), ya que derivó del solo hecho de ser partes de la primera (Convención Americana, artículo 44).

13) Que, naturalmente, un resultado definitivo adverso para el Estado ante la Comisión implicará para aquél, según el criterio que viene exponiéndose, hacerse cargo de su respon-

sabilidad internacional y del deber de remediar la situación examinada por la segunda. Sin embargo, no es menos verdadero que ello, para el Estado, es consecuencia del "ejercicio de su soberanía" al haber asumido el carácter de parte de la Convención Americana y, por ende, haber aceptado la competencia de la Comisión (Corte IDH, *Cesti Hurtado vs. Perú*, fondo, sentencia del 29-9-1999, Serie C N° 56, párr. 169 y su cita). En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (*ídem, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párr. 76). Dicho ejercicio, a su vez, es asaz demostrativo de que ha primado sobre el Estado la decisión de reforzar la tutela interna de los derechos humanos por la vía internacional ("complementaria"/"coadyuvante") aun a riesgo, desde luego, de tales desenlaces. La responsabilidad internacional del Estado, después de todo y conforme con lo ya visto (considerando 10), se genera dentro de la jurisdicción nacional, por cuanto es "inmediata" con el acto "ilícito internacional" que le fuese (posteriormente) atribuido (asimismo: *ídem, Bayarri vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30-10-2008, Serie C N° 187, párr. 19).

Además, la existencia del antes mencionado recaudo de admisibilidad relativo al agotamiento de los recursos internos por parte de la presunta víctima (*supra*, considerando 9º), está "establecido en provecho del Estado" y tiene un objetivo manifiesto: "permite" a éste "resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta 'coadyuvante o complementaria' de la interna (Convención Americana, Preámbulo)" (Corte IDH, *Gangaram Panday vs. Surinam*, excepciones preliminares, sentencia del 4-12-1991, Serie C N° 12, párr. 38 y sus citas). El Estado, en otras palabras, está dispensado de responder por sus actos ante un órgano internacional si, con anterioridad, no hubiese tenido dicha oportunidad dentro de su propio sistema legal.

En síntesis, el dictado del informe definitivo presupone, por un lado, que el Estado no ha querido discrepar con el informe provisorio y ejercer su derecho de ocurrir ante la Corte IDH. Y, por el otro, que el primero ya ha tenido tres períodos u oportunidades dentro de los cuales pudo reparar el entuerto. Los dos primeros, habitualmente extensos, que se desarrollaron en el plano interno (agotamiento de los recursos locales) y durante todo el curso del procedimiento ante la Comisión, respectivamente. Y un tercero, que no es ajeno a esto último, más acotado pero particularmente significativo, pues comenzó a correr desde la transmisión del informe preliminar desfavorable.

14) Que si bien la interpretación que se impone del término recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana es derivación necesaria de las pautas y normas de exégesis señaladas y aplicadas en repetidas oportunidades en el curso de esta sentencia, igualmente cabe agregar otras consideraciones a fin de aventar algunas objeciones que pudieran todavía persistir. Es de significar entonces, primeramente, que los tratados de derechos humanos, con arreglo al considerando precedente, constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales, a la inversa de la enseñanza clásica en materia de Derecho Internacional (Melchior, Michel, "Notions 'vagues' ou 'indeterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des Droits de l'Homme", en *Protecting Human Rights: The European Dimension / Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Studies in honour of / Mélanges en l'honneur de Gérard Wiarda* (F. Matscher y H. Petzold eds.), Colonia/Berlín/Bon/Munich, C. Heymanns, 2<sup>a</sup> ed, 1990, p. 411), cuanto más que dichas obligaciones son "de carácter esencialmente objetivo" (*supra*, considerando 6º). En el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, no hay limitaciones "implícitas" al ejercicio de los derechos, al paso que las expresas han de ser "restrictivamente interpretadas" (Corte IDH, *Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, excepciones

preliminares, sentencia del 1-9-2001, Serie C N° 81, voto del juez Cançado Trindade, párr. 17).

Procede reconocer, en segundo lugar, que es cierto que la Corte IDH en el ya mencionado *Cabaliero Delgado y Santaña*, después de memorar los artículos 50 y 51 de la Convención Americana, señaló que "el término 'recomendaciones' usado por [ésta] debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las Partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria" (fondo, párr. 67). También lo es que reprodujo este fragmento en el párrafo 93 de *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29-1-1997, Serie C N° 30), y que en *Loayza Tamayo vs. Perú* remitió a los citados pasajes de ambos antecedentes (fondo, sentencia del 17-9-1997, Serie C N° 33, párr. 79). Sin embargo, no es menos cierto que, en cuanto atañe al artículo 51, ello constituyó sólo un *obiter dictum* (*Abaco, Fallos: 315:449, 454 -1992*), dado que todo lo atinente a ese precepto fue ajeno a la competencia del tribunal regional e, incluso, a las circunstancias de las tres causas mencionadas, tal como ya lo puso en evidencia el párrafo 82 del propio *Loayza Tamayo*: "[...] la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo". Más aún; es preciso poner de relieve que la Corte IDH retomó la cuestión en *Blake vs. Guatemala*, pronunciamiento por demás importante en la materia, tanto por sus silencios cuanto por sus palabras (fondo, sentencia del 24-1-1998, Serie C N° 36). Lo primero, ya que no reiteró, ni citó siquiera, el antes trans-

cripto párrafo 67 de *Caballero Delgado y Santana*. Lo segundo, dado que sólo se atuvo al "criterio" del que da cuenta el también antes reproducido párrafo 82 de *Loayza Tamayo* (párr. 108). Si se quiere, el peso de ambas circunstancias fue tenido en cuenta por el juez Montiel Argüello en su disidencia, basada en que la decisión debió haberse apoyado en las recordadas doctrinas de los citados *Caballero Delgado y Santana* y *Loayza Tamayo* (párrs. 12/14). Podría sostenerse que "Blake", al paso que marcó un alejamiento de los antecedentes en orden al artículo 51, reforzó la consistencia del informe preliminar, al sostener, "en relación con el artículo 50", que "el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes" (párr. 108; en igual sentido: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-7-2004, Serie C N° 107, párrs. 182/187). La sola referencia al párrafo 82 de *Loayza Tamayo* se repitió, con posterioridad a *Blake*, en *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (fondo, sentencia del 30-5-1999, Serie C N° 52, párr. 212; vid. *Cesti Hurtado...*, cit., párrs. 186/189).

Desdeanáloga perspectiva y entendiéndolas, ex *hypothesi*, como destinadas al artículo 51.2: ¿qué sentido debe darse a la doctrina de la Corte IDH, según la cual, "en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que

tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)" (*Cesti Hurtado...*, cit., párr. 186, los subrayados no son del original)? ¿Acaso, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* (RAE, cit.), uno de los sentidos corrientes de "aplicar" no es "[e]mployar, administrar o poner en práctica [...] un[a] medida a fin de obtener un determinado efecto en alguien o algo" o, sin más y precisamente para el "Derecho", "[a]djudicar bienes o efectos"? ¿Dejar de "aplicar" (*to apply*, en la versión inglesa del citado párr. 187 de *Cesti Hurtado*) un tratado no constituye un incumplimiento de éste (vid. *supra*, considerando 9º, la cita del caso *Chorzów Factory*)? Asimismo: ¿cuál es el efecto útil de la afirmación también contenida en *Cesti Hurtado* en cuanto a que "al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes"? (párr. 187, itálica agregada) ¿No significa "atender", según el citado *Diccionario*, "[a]coger favorablemente, o satisfacer un deseo [o] ruego", pero también un "mandato"? ¿La "obligación" del Estado de realizar los aludidos "esfuerzos" no pesa también para el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH (vid. de esta última: *Asunto del Pueblo Indígena Kankuano*, medidas provisionales, resolución del 30-1-2007, párr. 10)? ¿No es la "buena fe" uno de los principios básicos que presiden "la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas" (Corte Internacional de Justicia, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, sentencia del 20-12-1974, Recueil 1974, p. 268, párr. 46)?

Asimismo, de no ser obligatorias, ¿sobre qué base jurídica la Asamblea General de la OEA resolvió, después de reafirmar "el valor esencial de las labores que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el perfeccionamiento de la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del estado de derecho en el Hemisferio", alentar a los Estados Miembros a que "[d]en seguimiento a las recomendaciones de la CIDH, incluyendo, entre otras, las medidas cautelares" (*Observaciones y recomendaciones al informe anual de*

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3-6-2008, AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), puntos 2 y 3.b; vid., en igual sentido, las resoluciones de la citada Asamblea General, *Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas*, aprobadas el 4-6-2009 -AG/RES. 2521 (XXXIX-O/09)- y el 7-6-2011 -AG/RES. 2675 (XLI-O/11)? ¿Es válido desvincular el “seguimiento” proclamado por la Asamblea General de la OEA, de las diversas actividades que, bajo la misma expresión, desarrolla normativamente la Comisión con el fin de “verificar el cumplimiento” de sus recomendaciones (“1. Una vez publicado un informe [...] sobre el fondo en [el cual] haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento [de las] recomendaciones. 2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de [dichas] recomendaciones”, Reglamento de la Comisión, artículo 48, itálicas agregadas).

Finalmente, con base en la propia doctrina de la Corte IDH sobre las “garantías mínimas” procesales que se desprenden de los tratados internacionales, cuadra afirmar que nada impide y, quizás, mucho lo aconseje, que aquéllas sean “susceptibles de expansión” a la luz de medidas nacionales, “que amplian el horizonte de la protección de los justiciables” frente al Estado (vid. Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular...*, cit., opinión, punto 6; asimismo, Convención Americana, artículo 29.b y c). Y así como las normas internacionales de derechos humanos deben ser entendidas como normas “de contenidos mínimos” (*Alvarez c. Cencosud SA*, Fallos: 333: 2306, 2323 -2010-), las sentencias resultan una de dichas medidas (*Ekmekdjian c. Sofovich*, Fallos: 315:1492, 1515 -1992-; asimismo p. 1513; *García Méndez*, Fallos: 331:2691, 2702 -2008-).

15) Que prosiguiendo con el orden expositivo anunciado en el primer párrafo del precedente considerando, cuadra ob-

servar, en tercer término, que habida cuenta del arraigo y madurez que ha logrado el sistema convencional interamericano con el correr de sus años, bien puede entenderse que la postura sostenida resulta, en todo caso, la más acorde con la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la cual, además de ser consecuente con las reglas generales de hermenéutica de los tratados enunciadas en la Convención de Viena y en la Convención Americana (artículo 29), ha sido aplicada y propiciada en numerosas oportunidades por la Corte IDH: estos tratados "son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales" (vid. Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular...*, cit., párrs. 113/115 y sus citas, y voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrs. 2/15; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15-9-2005, Serie C N° 134, párr. 106). Tiempos y condiciones que no han hecho más que tender a afirmar al ser humano como sujeto pleno de actuación y protección de sus derechos fundamentales en el plano del Derecho Internacional. Tiempos y condiciones que también deben ser vistos a la luz de la Carta Democrática Interamericana, por la cual, en 2001, los Estados Americanos, con expresa referencia a la Convención Americana y al sistema de protección instrumentalizado por ésta bajo el régimen de "peticiones", han reafirmado y resuelto, por un lado, "que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática" y, por el otro, "su intención de fortalecer" dicho sistema "para la consolidación de la democracia en el Hemisferio" (preámbulo y artículo 8). Al respecto, dos circunstancias. Primeramente, que "[l]as "justas exigencias de la democracia" deben "orientar la interpretación de la Convención [Americana]" (Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 44). Y, en segundo término, que no solo a los tribunales internacionales, sino también a los "tribu-

nales constitucionales", les corresponde "fijar el rumbo a través de la interpretación de normas de muy amplio alcance y poner al día el sentido de los preceptos. Es indispensable que así sea, a condición de que no se subvierta la orientación esencial de las normas, so pretexto de interpretarlas, sino se profundice y avance" (*ídem, Artículo 55 de la Convención Americana...*, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21).

En cuarto lugar, es atendible la pregunta acerca de los motivos por los cuales le habría sido dada a la Comisión la facultad de incitar la competencia de la Corte IDH cuando, de no hacerlo el Estado, aquélla terminaría dictando una recomendación obligatoria. Varias son las respuestas que podrían darse al interrogante. Mas, la fundamental se encuentra en el carácter arquitectónico que tienen la Convención Americana y la Corte IDH para los Estados Partes y las personas sujetas a la jurisdicción de estos. El informe definitivo de la Comisión y sus recomendaciones, si bien son obligatorios en la causa en que son dictados e, incluso, la doctrina que asienten sirve de guía a las autoridades nacionales para interpretar y aplicar la Convención Americana en otros asuntos (vid. *Sánchez Reisse*, Fallos: 321:1328 -1998-), lo cierto es que, en este último aspecto al menos, el cometido central está depositado en la obra de la Corte IDH. Es la jurisprudencia de ésta la llamada a constituir una suerte de "patrimonio jurídico de todos los países y pueblos de la región" (*Presentación del Presidente de la Corte IDH*, juez Antonio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la OEA, Washington, 16-10-2002, OEA/Ser.GCP/doc.3654/02, VI). En consecuencia, resulta extensible por entero a la Convención Americana, y a la Corte IDH mas no a la Comisión, lo sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos y de sus sentencias: así como la primera resulta un "instrumento constitucional del orden público europeo" (*Loizidou c. Turquie*, excepciones preliminares, sentencia del 23-3-1995, Serie A, nº 310, párrs. 75 y 93; *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, Gran Sala, sentencia del 6-7-2010, Recueil des arrêts et

décisions 2010, párr. 133; *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Gran Sala, sentencia del 7-7-2011, Recueil des arrêts et décisions 2011, párr. 141), las segundas "sirven no sólo para decidir los casos traídos a su conocimiento, sino también, de manera más general, para esclarecer, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención, y contribuir, de tal manera, al respeto, por los Estados, de los compromisos que asumieron en su calidad de Partes Contratantes" (*Irlande c. Royaume-Unie*, sentencia del 18-1-1978, Serie A, nº 25, párr. 154). Si el sistema de la Convención Europea tiene por objeto fundamental ofrecer a los particulares un recurso, también tiene por fin resolver, dentro del interés general, cuestiones que interesan al orden público, elevando las normas de protección de los derechos humanos y proyectando su jurisprudencia sobre el conjunto de la comunidad de los Estados Parte (*Konstantin Markin c. Russie*, Gran Sala, sentencia del 22-3-2012, párr. 89).

Dicha función en el marco americano, dirigida al aseguramiento del orden público regional y al afianzamiento de "valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano)" (Corte IDH, *Constantine y otros...*, cit., párr. 85 y sus citas) que han querido establecer los Estados Partes de la Convención Americana al reafirmar mediante ésta "su propósito de consolidar en este continente [...] un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" (preámbulo), y que hace de aquel tratado, asimismo, un régimen de "garantías colectivas" (Corte IDH, *Baena Ricardo y otros...*, competencia, cit., párr. 97), dicha función, reiterase, es la que permite dar con el sentido profundo de la existencia de la Corte IDH. Sentido que la propia Corte IDH indicó al entender como causas particularmente apropiadas para que la Comisión las llevara ante los estrados de aquélla, las que contuvieran "problemas legales controversiales no considerados por la Corte", o "una materia que revist[a] especial importancia en el continente", o en las cuales la propia Comisión no hubiese podido "alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos" (Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*,

cit., párr. 25). Sentido que también está cifrado en el reconocimiento por esa institución de ser la "intérprete última de la Convención Americana" (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26-9-2006, Serie C N° 154, párr. 124). La Comisión, por cierto, se encuentra igualmente necesitada del aludido fruto paradigmático de la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual explica que lo promueva (vid. especialmente los incs. c y d, del artículo 45 del Reglamento de la Comisión). No debería causar sorpresa, entonces, que la primera sentencia dictada por la Corte Europea hubiese derivado de un caso llevado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, aun cuando ésta había descartado la violación alegada por el actor. Empero, según lo explicó C.H.M. Waldock, a la sazón presidente de la Comisión, se procedió de tal manera no porque sus miembros hubieran cambiado de criterio o tuvieran dudas sobre los fundamentos de su decisión, sino porque el litigio concernía, *inter alia*, a "aspectos jurídicos de importancia fundamental para la interpretación de la Convención Europea" (Eissen, Marc-André, "Le premier, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme: affaire Lawless, exceptions préliminaires et questions de procédure", en *Annuaire français de droit international*, 1960, vol. 6, n° 6, ps. 452/453).

16) Que, por último, es de importancia dejar asentados otros dos motivos. Por un lado, que si alguna duda se mantuviera a esta altura del discurso, la máxima *ut res magis valeat quant pereat*, también conocida como del "efecto útil", es regla general de interpretación ya consolidada incluso con anterioridad a su recepción en el artículo 31 de la Convención de Viena, e impone, como lo explica la Comisión de Derecho Internacional, que cuando un tratado es susceptible, v.gr., de dos interpretaciones, una de las cuales le permite producir los efectos queridos y la otra no, la buena fe y la necesidad de realizar el objeto y fin del instrumento exigen la adopción de la primera de las dos interpretaciones (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 239; vid. Corte Internacional de Justicia, *Affaire du Détroit de Corfou*, sentencia del 9-4-1949,

Recueil 1949, p. 24 y su cita). Así también lo ha sostenido la Corte IDH (*Godinez Cruz..., excepciones preliminares*, cit., párr. 33, con cita del precedente de la Corte Permanente de Justicia Internacional *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, de 1929), la cual advirtió, según ya ha sido expuesto, que este principio es aplicable tanto a los aspectos sustantivos de los tratados cuanto a los procesales (*supra*, considerando 5º). La alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos “debe siempre elegirse [...]” (Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán..., cit., párr. 106, itálicas agregadas).

Paralelamente, el principio *pro homine o pro persona*, que “informa todo el derecho de los derechos humanos” (Portal de Belén, Fallos: 325:292, 306 -2002-) y que resulta “connatural” con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004 -2007-), “impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Acosta, Fallos: 331:858, 864 -2008-).

Por el otro, y a todo evento, no parece discutible que el régimen de peticiones habría creado, al menos, “legítimas expectativas” en la persona humana sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte de la Convención Americana en cuanto a que constituye un procedimiento real y efectivo, no conjetural o ilusorio (vid. Vizzoti, Fallos: 327:3677, 3688 -2004-; Madorrán, Fallos: 330:1989, 2007 -2007-; Pérez c. Disco SA, Fallos: 332: 2043, 2056/2057 -2009-), para obtener del Estado la reparación de sus agravios. Luego, es preciso anotar que la aplicación del ya recordado principio de buena fe al cumplimiento de los tratados indica, precisamente, que una de las formas de satisfacerlo por dichos Estados es “honrando” el mencionado tipo de expectativas (Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2009, ps. 425/426 y su cita). Bien puede afirmarse, parafraseando al juez García Ramírez, que “la “proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y

produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos" (Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., parr. 36).

17) Que, con todo, es menester aclarar que la obligatoriedad de las recomendaciones del informe definitivo ataña, como el propio artículo 51.2 lo enuncia, a las recomendaciones "pertinentes", esto es, solo a las dirigidas a "remediar la situación examinada", la cual no podría ser otra que la propia del peticionario y por el agravio que se hubiera tenido por producido respecto de éste. Súmase a ello que, como también es señalado por dicho precepto ("el Estado debe tomar las medidas que le competan"), el cumplimiento local de las recomendaciones habrá de realizarse con estricto respeto del orden de distribución de competencias previsto por el ordenamiento jurídico interno, principalmente, por la Constitución Nacional. Mas, ningún planteo sobre estas cuestiones, ni sobre las anticipadas *supra* (considerando 3º) ha sido formulado ante esta instancia y, después de todo, una "indemnización" constituye "la forma más usual" de reparar un daño (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, reparaciones y costas, sentencia del 21-7-1989, Serie C N° 7, párr. 25).

18) Que, en conclusión, corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y reconocer el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe N° 30/97 de la Comisión, so riesgo de incurrir en una interpretación opuesta a todas las pautas y criterios de hermenéutica reiteradamente recordados. Es evidente, a juicio de este Tribunal, que dicho resultado es el que impone el "sentido" que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el "contexto" específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al "objeto y fin" del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su in-

tegralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de "buena fe" y al "efecto útil" de dicho régimen, evitando así el "debilitamiento" del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual "abriga [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional" (Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, cit., voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 22).

Más todavía; este desenlace se adecua enteramente con la concreta posición sostenida por el Estado en el ámbito de la OEA, la cual, por otro lado, guarda sustancial armonía con la arriba puntualizada (considerando 11). En efecto, en las "Observaciones de la Delegación argentina a puntos de discusión en el 'Plan de trabajo para la continuación del proceso de reflexión sobre el Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (2008-2009)" (CO/CAJP-2665/08 rev. 2 corr.1)" correspondientes a la sesión de la CAJP [Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos] del 13 de noviembre", fue expresado: "III. INFORME ARTÍCULO 51: Compartimos la importancia y valor del informe del artículo 51. En ese sentido, resaltamos los importantes aportes que, en la experiencia argentina, han tenido las recomendaciones formuladas por la Comisión bajo dicho formato, que contribuyeron decididamente a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y de punto final (informe 28/92), informes que incluso han sido declarados de observancia obligatoria por la justicia argentina. (Caso Carranza Latrubesse)" (CP/CAJP-2676/08, 17-11-2008, p. 2, la bastarda lla corresponde a la negrita del original; asimismo: "Plan de trabajo para la continuación del proceso de reflexión sobre el Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (2008-2009)", CP/CAJP-2665/08 rev. 7, 23-2-2009, p. 14; y "Resultados del proceso de reflexión sobre el Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (2008-2009)", CP/CAJP-2665/08 rev. 8 corr.3, 18-3-2009, p. 16).

Asimismo, es del caso hacer presentes las razones por

las cuales la Representante Alterna Argentina ante el Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, hizo hincapié en la necesidad de imprimir mayor celeridad al trámite de las peticiones y casos ante la Comisión. Los excesivos plazos o demoras -afirmó- por un lado, ponen "en crisis el fin último del mecanismo de protección internacional", esto es, "una respuesta subsidiaria, pero eficaz, a nivel internacional, tendiente a promover el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y a combatir la impunidad", y por el otro, "atentan contra la esperanza de las víctimas de obtener justicia y operan negativamente sobre las posibilidades de producir una eficaz respuesta del Estado" ("Presentaciones de la Delegación de Argentina sobre los temas 'asuntos de procedimiento en la tramitación de los casos y peticiones individuales ante la CIDH' y 'medidas cautelares'". (Reunión del Grupo de Trabajo del 20 de septiembre de 2011), GT/SIDH/INF.6/11, 26-9-2011, I; asimismo: GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 1, 7-11-2011, ps. 16/17).

Que, cabe aclarar, que el juez Fayt deja sentado que lo decidido precedentemente no se contrapone con los fundamentos de sus disidencias de Fallos: 327:3312; 328:2056 y 330:3248, toda vez que las cuestiones de orden público (art. 27 de la Constitución Nacional), tenidas en cuenta para resolver en los casos mencionados no guardan relación con la debatida en estas actuaciones.

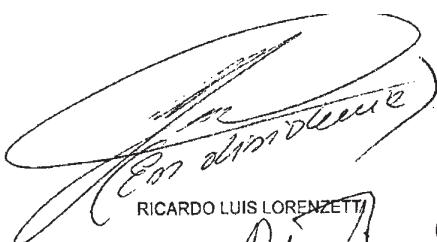
19) Que, en cuanto a la queja del actor, debe entenderse que no resulta atendible, pues el recurso extraordinario denegado carece de fundamentación suficiente para poner en cuestión el aspecto no federal de la sentencia del a quo contra el que se dirige. El recurrente sostiene que, para establecer la cuantía de la indemnización, "debe tomarse en consideración aquello de lo que fui privado: los salarios caídos, el derecho a la carrera judicial -al menos como chance-, el derecho a la antigüedad, el derecho a la jubilación o, en su defecto, el impor-

te neto de los salarios no percibidos (sin el descuento jubilatorio), más la reparación del daño moral" (fs. 452 del expediente principal).

Ahora bien, con prescindencia de otras razones que llevarían a rechazar el planteo, bastan para fundar esto últimos dos circunstancias. Primeramente, la apelación no ha expresado de manera concreta y pormenorizada, y ni siquiera de forma global, las bases de cálculo y el monto de dichos rubros. En segundo lugar, y aun cuando se admitiera por hipótesis que, como lo quiere el recurrente, "la reparación debe anular, dejar sin efecto, borrar, las consecuencias de la violación del debido proceso, que impidió que la sentencia útil sancionara la remoción y ordenara la reparación de los daños inferidos" (fs. 449 vta.), lo determinante es que aquél omite exponer las razones por las cuales deberían computarse los "salarios caídos" o "el importe neto de los salarios no percibidos" cuando, según se sigue de su propio relato, indicado al comienzo de este fallo, la pretensión sobre la que recayó el impedimento había descartado la reposición en el cargo. En otros términos, si "borrar" la mencionada violación implicara volver sobre lo demandado pero no juzgado, sería evidente que el reclamo de que se "sancionara" la medida no tenía por objeto "borrar" la remoción, sino sólo obtener los daños por ésta inferidos. En cuanto al "derecho a la jubilación", amén de no explicarse en qué consiste, caería bajo iguales objeciones que las antedichas. Y, en orden a los restantes conceptos invocados como sujetos a indemnización, el actor no da cuenta de los motivos demostrativos de que el importe fijado por la Sala sería insuficiente, máxime cuando, como fue anticipado, el recurso extraordinario silencia toda cuantificación. Finalmente, el planteo relativo a los intereses (fs. 457) soslaya que la indemnización fue establecida por el a quo "a valores de la fecha" de su pronunciamiento (*supra*, considerando 1º).

Por ello, y oído el señor Procurador General, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario del Estado

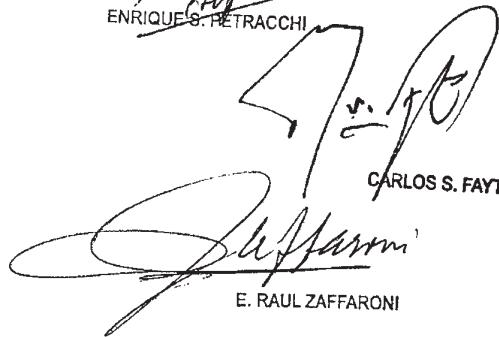
Nacional y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado; y se desestima la queja del actor. Hágase saber, dese por perdido el depósito del actor, archívese la queja de este último con copia de la presente, y acumúlese la queja de la demandada al principal y devuélvase.



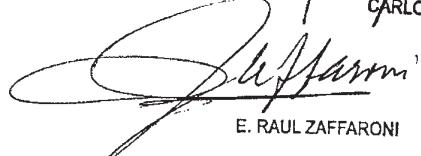
RICARDO LUIS LORENZETTI



ENRIQUE S. PETRACCHI



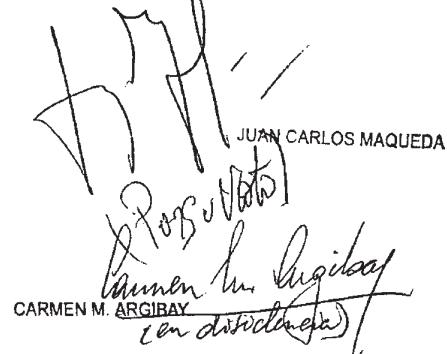
CARLOS S. FAYT



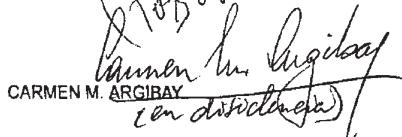
E. RAÚL ZAFFARONI



ELENA I. HICHTON de NOLASCO //



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY  
(en distinción)

-//TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), por mayoría, confirmó en lo principal la sentencia de la jueza de primera instancia y su aclaratoria, y condenó al Estado Nacional a abonarle al actor una suma en concepto de indemnización por la privación del servicio de justicia que aquél padeció.

En esta causa, el doctor Gustavo Carranza Latrubesse demanda al Estado Nacional para que se dé certeza a su derecho y se declare que la República Argentina es responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del informe N° 30/97, del 30 de septiembre de 1997, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la causa 10.087. En su mérito y de conformidad con lo dispuesto en ese informe, requiere que se le indemnicen los perjuicios que sufrió como consecuencia de la violación de sus derechos.

Para resolver de ese modo, todos los integrantes de la cámara señalaron que la indemnización corresponde no por la cesantía que sufrió el actor, sino por la privación del servicio de justicia.

Con esta comprensión, el juez que votó en primer término consideró que la cuestión central del caso es determinar si la Argentina respetó sus compromisos internacionales o hizo caso omiso de ellos. En especial, examinó el valor de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana y -sobre la base de los precedentes "Caballero Delgado y Santana" del 8/1271995 Serie C N° 22, "Genie Lacayo" del 29/01/1997 Serie C N° 30, "Loayza Tamayo" del 17/9/1997 Serie C N° 33 y "Baena" del 2/02/2001 Serie C N° 72, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- concluyó que correspondía fijar una indemnización al actor por todo concepto en la suma de \$ 400.000.

El segundo de los jueces, con apoyo en idéntica jurisprudencia, hizo hincapié en que el Estado Argentino contrarió el principio de buena fe que debe regir su actuación en el orden internacional, del que deriva la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Con tales argumentos, coincidió con el vocal que se expidió en primer término en cuanto a la indemnización que correspondía fijar.

Finalmente, el último de los integrantes del tribunal a quo señaló que las decisiones de la Corte y las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para la interpretación de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con apoyo en el caso "Giroldi" (Fallos: 318:514), y aunque también indicó que las decisiones de aquella Corte tienen mayor valor que los informes de la Comisión, de todas formas sostuvo que ello era "irrelevante para decidir el presente caso", porque, según su parecer, el Estado Argentino no niega haber violado en perjuicio del demandante los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni discute el contenido de la recomendación de la Comisión, sino que, por el contrario, admite el derecho de aquél de percibir una reparación pecuniaria. Sin perjuicio de ello, concluyó en que el Estado debía elevar a aquel órgano internacional una propuesta de indemnización.

Disconformes con esta decisión, tanto el actor como el Estado Nacional dedujeron sendos recursos extraordinarios, respecto de los que cabe remitir a lo señalado en el capítulo II del dictamen del señor Procurador General de la Nación.

2º) Que corresponde, en primer término, tratar el recurso deducido por la demandada, pues de resultar procedente tornará insustancial el estudio de la queja interpuesta por el actor.

Al respecto, también cabe aclarar que si bien el escrito presentado por la apelante no cumple con los recaudos exi-

gidos por la acordada 4/2007, corresponde hacer la excepción prevista en el artículo 11 de esa norma en atención a la trascendencia de la cuestión federal en juego.

3º) Que los agravios relativos a la ausencia de legitimación pasiva, a la falta de agotamiento de la vía administrativa y a la incorrecta valoración que habrían efectuado los jueces en cuanto al tipo de acción interpuesta por el actor resultan inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4º) Que, sin embargo, el planteo relativo al carácter no vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reviste cuestión federal suficiente para habilitar el recurso extraordinario, pues el Estado Nacional cuestiona la interpretación de normas de un tratado internacional (arts. 41 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la decisión adoptada por el a quo es contraria a la pretensión de la recurrente que se fundó en ellas (art. 14, inciso 3º, de la ley 48).

5º) Que, en lo que a este caso interesa, la Convención Americana dispone que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Pacto por un Estado parte (artículo 44).

En estos supuestos, la Comisión es competente para actuar, sin necesidad de que los Estados involucrados en el caso tengan que reconocer o aceptar en forma específica su jurisdicción (artículos 41 y 44).

6º) Que, de conformidad con lo previsto por los artículos 44 a 51 del Pacto, el procedimiento a seguir cuando se

presenta una denuncia consta de diversas etapas.

En primer término, la Comisión debe evaluar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad formal exigidos por la Convención Americana. En tal caso, solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, realizará las investigaciones que considere necesarias y se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto.

En una segunda etapa, regulada por el art. 50, la Comisión puede —siempre que no se haya alcanzado una solución amistosa— exponer los hechos y sus conclusiones en un informe preliminar dirigido al Estado interesado. El mencionado informe se transmite con carácter reservado al Estado —que no tiene la facultad de publicarlo— para que adopte las proposiciones y recomendaciones allí expresadas.

La tercera etapa está regulada por el art. 51. Según esta norma, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar, la Comisión tendrá dos opciones: enviar el caso a la Corte Interamericana mediante la interposición de una demanda, o emitir un informe definitivo, en el que expondrá su opinión sobre la cuestión sometida a su consideración, "hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada". Transcurrido el periodo fijado, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

7º) Que, en este caso, la denuncia del actor ha concluido con el informe de fondo dictado en los términos del artículo 51 del Pacto, ya que ni el Estado Argentino ni la Comisión han tomado la decisión de someter el asunto a la Corte Interamericana.

Por ese motivo, en esta instancia corresponde dilucidar si el informe aludido resulta, o no, vinculante para el Estado Argentino y, en su caso, en qué medida lo obliga.

8º) Que esta Corte ha establecido que los tratados internacionales deben ser interpretados "de acuerdo a los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que consagran el principio de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éste, y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Asimismo, para el caso específico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal ha señalado que corresponde tener en cuenta las pautas específicas que el Pacto establece en su artículo 29, que "dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlos en mayor medida que la prevista en él" (Fallos: 320:2948; 322:2926, 3163, y 324:3143, entre otros).

9º) Que ello implica que, más allá del sentido literal y corriente de la palabra "recomendaciones" utilizada en el artículo 51 del Pacto, corresponde tener en cuenta que la norma se inscribe dentro de un sistema en el cual:

a) Existe una instancia, ante la Comisión Interamericana, que tiene por objeto dar a los individuos y a los Estados una oportunidad real, útil y eficaz para determinar la existencia de violaciones a los derechos consagrados en la Convención y, en su caso, para hacerlas cesar y repararlas (artículos 44 a 51 del Pacto).

Para los denunciantes, cabe resaltar, esta instancia reviste particular importancia, pues -a diferencia de los Estados- éstos no tienen la posibilidad de decidir llevar el caso a conocimiento de la Corte Interamericana (artículo 62 del Pacto).

b) La Comisión no solo está facultada para expresar sus conclusiones y recomendaciones respecto de la denuncia, sino

también para fijar un plazo "dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada", y para decidir si "transcurrido el período fijado (...) el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe" (artículo 51, incisos 2 y 3, del Pacto).

c) La Comisión es competente "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes" y, por tal motivo, "una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones (...) podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones" (artículo 33 del Pacto y artículo 48 del Reglamento de la Comisión Interamericana).

10) Que, asimismo, es imprescindible considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de derechos humanos, pues su propósito es -por encima de cualquier interés propio de los Estados- la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que "el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello (...) debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo 'su efecto útil'" (ver Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 26 de junio de 1987, Excepciones Preliminares).

En consecuencia, al interpretar las cláusulas de un tratado de derechos humanos debe optarse -siempre y cuando no se violenten sus términos- por aquella exégesis que conduzca a fortalecer, y no a debilitar, el sistema de protección allí consagrado (artículo 31 de la Convención de Viena y artículo 29 de la

Convención Americana. En igual sentido: Corte IDH, Opinión consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, párrs. 43 a 48; Opinión Consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, párrs. 47 a 50; Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 20 a 24; y, entre otros, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 30; y caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 42 y 59).

11) Que, a partir de los criterios expuestos, no es razonable sostener –tal como lo hace la recurrente– que las recomendaciones de la Comisión Interamericana carecen de todo valor para motivar acciones del Estado Argentino.

Una conclusión semejante no solo prescindiría del contexto del tratado sino que iría contra su objeto y fin, al optar por la interpretación que tiende a debilitar y quitar “efecto útil” al sistema de peticiones individuales consagrado en los artículos 44 a 51 del Pacto, sin tener en cuenta que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; Corte IDH, ‘El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)’, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, párr. 33)”.

12) Que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, resulta indispensable dejar en claro que las recomendaciones formuladas por la Comisión en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana.

De hecho, tal como surge con claridad del artículo 68 del Pacto, solo las sentencias de este último tribunal son ejecutables “en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Lo que ocurre, en cambio, respecto de las recomenda-

ciones, es que "el principio de la buena fe obliga a tener en cuenta su contenido" (confr. "Boico", disidencia del juez Petracchi, considerando 7º, Fallos: 323:4008), pues "la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos (...) no es ajena a la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente" (Fallos: 315:1492, considerando 19).

13) Que en este mismo sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia -cabe recordar- debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en la medida en que el Estado Argentino reconoció su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto (Fallos: 318:514, entre muchos otros).

En este punto, el tribunal interamericano ha señalado que:

"De conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término 'recomendaciones', usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (...) Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)" (la cursiva no pertenece al original).

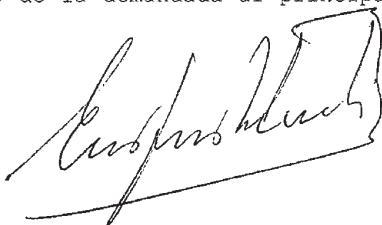
Asimismo, ha destacado que "el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, Fondo; y caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, Fondo).

14) Que, en tales condiciones, y dado que se encuentra debidamente probado que la demandada no realizó los esfuerzos exigidos por el principio de buena fe que rige la actuación de los Estados en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, ni tampoco alegó la existencia de razones de orden público interno que justificaran su conducta, sino que simplemente ignoró las recomendaciones realizadas por el órgano interamericano, corresponde confirmar la sentencia apelada en este punto.

15) Que, finalmente, corresponde desestimar el recurso extraordinario federal interpuesto por la actora, pues los agravios allí expuestos no logran rebatir eficazmente los argumentos expuestos por el a quo para fundar su decisión. Al respecto, es criterio reiterado de esta Corte que para la procedencia del remedio federal no basta con la invocación genérica de un criterio interpretativo diferente al seguido por la sentencia impugnada, sino que es preciso formular una crítica prolija, concreta y razonada de todos y cada uno de los fundamentos de la decisión recurrida (Fallos: 303:109, 481; 304:1048 y muchos otros).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se hace parcialmente lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos por el Estado Nacional y se confirma la sentencia apelada con los alcances señalados en la sentencia. Asimismo, se desestima la queja deducida por el actor. Notifíquese, archívese la queja de este último y téngase por perdido el depósito. Agré-

guese el recurso de hecho de la demandada al principal y, oportunamente, devuélvase.



ENRIQUE S. PETRACCHI

VO-/-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), por mayoría, confirmó en lo principal la sentencia de la jueza de primera instancia y su aclaratoria, y condenó al Estado Nacional a abonarle al actor una suma en concepto de indemnización por la privación del servicio de justicia que aquél padeció.

En esta causa, el doctor Gustavo Carranza Latrubesse demanda al Estado Nacional para que se dé certeza a su derecho y se declare que la República Argentina es responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del informe N° 30/97, del 30 de septiembre de 1997, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la causa 10.087. En su mérito y de conformidad con lo dispuesto en ese informe, requiere que se le indemnicen los perjuicios que sufrió como consecuencia de la violación de sus derechos.

Para resolver de ese modo, todos los integrantes de la cámara señalaron que la indemnización corresponde no por la cesantía que sufrió el actor, sino por la privación del servicio de justicia.

Con esta comprensión, el juez que votó en primer término consideró que la cuestión central del caso es determinar si la Argentina respetó sus compromisos internacionales o hizo caso omiso de ellos. En especial, examinó el valor de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana y -sobre la

base de los precedentes "Caballero Delgado y Santana" del 8/12/1995, Serie C N° 22, "Genie Lacayo" del 29/01/1997, Serie C N° 30, "Loayza Tamayo" del 17/9/1997, Serie C N° 33 y "Baena" del 2/02/2001, Serie C N° 72, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se sostuvo que los Estados parte tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar esas recomendaciones- concluyó que correspondía fijar una indemnización al actor por todo concepto en la suma de \$ 400.000.

El segundo de los jueces, con apoyo en idéntica jurisprudencia, hizo hincapié en que el Estado Argentino contrarió el principio de buena fe que debe regir su actuación en el orden internacional, del que deriva la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Con tales argumentos, coincidió con el vocal que se expidió en primer término en cuanto a la indemnización que correspondía fijar.

Finalmente, el último de los integrantes del tribunal a quo señaló que las decisiones de la Corte y las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para la interpretación de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con apoyo en el caso "Giroldi" (Fallos: 318:514), y aunque también indicó que las decisiones de aquella Corte tienen mayor valor que los informes de la Comisión, de todas formas sostuvo que ello era "irrelevante para decidir el presente caso", porque, según su parecer, el Estado Argentino no niega haber violado en perjuicio del demandante los arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni discute el contenido de la recomendación de la Comisión, sino que, por el contrario, admite el derecho de aquél de percibir una reparación pecuniaria. Sin perjuicio de ello, concluyó en que el Estado debía elevar a aquel órgano internacional una propuesta de indemnización.

Disconformes con esta decisión, tanto el actor como el Estado Nacional dedujeron sendos recursos extraordinarios, respecto de los que cabe remitir a lo señalado en el capítulo II del dictamen del señor Procurador General de la Nación.

2º) Que corresponde ingresar en primer término en el examen de los planteos expuestos por la demandada pues en el supuesto de que se los considere procedentes resultará insustancial el estudio de la presentación del actor.

Al respecto, también cabe aclarar que si bien el escrito presentado por la apelante no cumple con los recaudos exigidos por la acordada 4/2007, corresponde hacer la excepción prevista en el artículo 11 de esa norma en atención a la trascendencia de la cuestión federal en juego.

3º) Que los agravios relativos a la falta de legitimación pasiva, a la ausencia de agotamiento de la vía administrativa previa a promover la demanda y a la incorrecta valoración que habrían efectuado los jueces en cuanto al tipo de acción promovida resultan inadmisibles con arreglo al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4º) Que distinto temperamento corresponde adoptar acerca del planteo relacionado con el carácter no vinculante que el Estado Nacional pretende asignar a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pues en él se pone en tela de juicio la inteligencia que cabe asignar a distintas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

5º) Que cabe recordar que es criterio reiteradamente señalado que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, la Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

6º) Que a los efectos de dilucidar la temática sometida a consideración del Tribunal es preciso recordar que en el Informe 30/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –Caso 10.087– se concluyó en que, "...al impedir una decisión so-

bre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la provincia del Chubut, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8º y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana..." y, en consecuencia, se recomendó "...que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas...", fijando un plazo de treinta días a tales efectos.

7º) Que es criterio del Tribunal que la aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno (Fallos: 319:1840; 318:1877, considerando 8º; 318:2611; voto del juez Bossert en la causa "Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación -causa N° 33.769-", Fallos: 320: 2105; voto de los jueces Fayt y Petracchi en la causa "Tabarez, Roberto Germán s/ delito de homicidio agravado por alevosía -causa N° 232-", Fallos: 321:494; entre otros; "Hagelin", voto del juez Maqueda, Fallos: 326:3268).

8º) Que cabe aquí destacar que este criterio se corresponde con el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al que este Tribunal consideró que debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales ("Giroldi" Fallos: 318:514, considerando 11).

9º) Que este órgano jurisdiccional del sistema interamericano se pronunció respecto de las consecuencias jurídicas que un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos genera para los estados parte.

Así, en un primer momento, este tribunal, al remarcar que las recomendaciones emitidas por la Comisión (en el marco del artículo 50) no poseen el carácter de una declaración jurisdiccional obligatoria, rechazó que su incumplimiento por parte de un Estado generara responsabilidad internacional (cf. sentencias "Caballero Delgado y Santana", de fecha 8 de diciembre de 1995, párr. 67 y "Genie Lacayo", de fecha 29 de enero de 1997, párr. 93). Sin embargo, posteriormente, en el caso "Loayza Tamayo", sentencia del 17 de septiembre de 1997, efectuó una serie de precisiones sobre esta cuestión que poseen especial relevancia para lo que aquí se examina.

En efecto, en esa oportunidad, la Corte Interamericana al reiterar las conclusiones que había formulado en su Opinión Consultiva 13/93 sobre "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", resolvió que, en virtud del principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, "...si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, **tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana** que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)..." y que "...el art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes" (el destacado no pertenece al texto original, párr. 80 y 81). Este criterio fue ratificado luego en los fallos "Blake" y "Baena", de fecha 24 de enero de 1998 y 2 de febrero de 2001.

10) Que, en igual sentido, el Consejo Permanente en el marco del Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos reiteró que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos que sean parte. También recomendó a los Estados miembros que hagan todos los esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (confr. Bicudo, Helio –ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en "Memorial del seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI", Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2003).

En esta dirección se enroilan las modificaciones incorporadas al reglamento de la Comisión Interamericana en el año 2009 que, con el fin de contribuir al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, implementó un mecanismo de seguimiento del estado de cumplimiento de las recomendaciones por parte de los Estados.

11) Que en razón de lo hasta aquí expresado, y sin dejar de reiterar que solo las decisiones jurisdiccionales emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son ejecutables en los términos del artículo 68 de la Convención Interamericana (Expte. 1307/2003 Adm. Gral., "Cantos", disidencia del juez Maqueda, Fallos: 326:2968; "Derecho, Rene Jesús" voto del juez Maqueda, Fallos: 334:1504 y "Castañeda, Carlos Antonio s/ sustracción y destrucción de medios de prueba - causa n° 768", Fallos: 334:1489), resulta evidente que el Estado argentino no puede desconocer la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de indemnizar al actor sino que, por el contrario, debe realizar los mejores esfuerzos para su implementación recurriendo a los mecanismos y procedimientos que estime más convenientes a esos efectos. Sin embargo, no se advierte que la conducta asumida por la demandada respecto del actor Carranza

Latrubesse se dirija en ese sentido. Muy por el contrario, transcurridos más de diez años desde la fecha en la que se emitiera el informe 30/97 y sin obstáculos observables o alegados, no se ha siquiera formulado propuesta alguna para remediar la situación sino que, pese a no haber desconocido la violación a las garantías consagradas en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el deber de reparar pecuniariamente las consecuencias derivadas de tal violación, el Estado Argentino continúa escudándose en la ausencia de un carácter vinculante de las recomendaciones que emite la Comisión para mantener el *status quo* imperante.

12) Que, frente a esta situación es imprescindible recordar que este Tribunal tiene dicho que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo utilicen en los supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (*Fallos:* 311:2497; 326:2805 y 332:1769, voto del juez Maqueda, entre otros). En consecuencia, el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso "La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)" Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (artículo 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde (*Fallos:* 331:2691).

13) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la esfera de sus atribuciones, representa la soberanía nacional" (*Fallos:* 12:134) y que, en este sentido, debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla (*Fallos:*

315:1492, considerando 19 in fine y 318:373, considerando 4º).

14) Que los deberes reconocidos en los considerandos que anteceden, se extienden a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero quienes, aun ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados pues en esta materia aquélla no es requisito indispensable (Fallos: 239:459 y 241:291, entre otros citados en Fallos: 317:247, considerando 14) y, por lo demás, el Tribunal ya ha señalado que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el objeto y fin del pacto deben considerarse incluidas las sentencias judiciales (Fallos: 315:1492 antes citado, considerando 22 de la mayoría y considerando 18 del voto de los jueces Moliné O'Connor y Petracchi y, más recientemente, Fallos: 331:2691).

15) Que en razón de ello, y frente a la falta de cooperación de la demandada, ninguna objeción cabe formular a la decisión adoptada por el a quo. En consecuencia, corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y confirmar la sentencia apelada, en cuanto reconoce una indemnización en favor del actor como consecuencia de la violación a sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

16) Que respecto de los planteos formulados por el actor, sus quejas no resultan atendibles pues el recurso extraordinario denegado carece de fundamentación suficiente para poner en crisis el aspecto de la sentencia del a quo contra el que se dirige. El demandante sostiene que, para establecer la cuantía de la indemnización "debe tomarse en consideración aquello de lo que fui privado: los salarios caídos, el derecho a la carrera judicial -al menos como chance-, el derecho a la antigüedad, el derecho a la jubilación o, en su defecto, el importe neto de los salarios no percibidos (sin el descuento jubilatorio), más la reparación del daño moral (fs. 452 del expediente princi-

pal).

No obstante, en el recurso de apelación no se ha expresado de manera concreta y pormenorizada, y ni siquiera en forma global, las bases de cálculo y el monto de dichos rubros. También se omite exponer las razones por las que deberían computarse los "salarios caídos" o "el importe neto de los salarios no percibidos" cuando, según sus propias afirmaciones, la pretensión sobre la que recayó el impedimento había descartado la reposición en el cargo. Iguales objeciones pueden formularse respecto al "derecho a la jubilación reclamado". En cuanto a los restantes conceptos pretendidos, el actor no da cuenta de los motivos demostrativos de que el importe fijado por la Sala sería insuficiente, máxime cuando el recurso extraordinario omite toda cuantificación. Finalmente, y en lo atinente a los intereses, en la presentación en examen se soslaya que la indemnización fue establecida por el a quo "a valores de la fecha" de su pronunciamiento.

Por ello, y oido el señor Procurador General, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario del Estado Nacional y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado, con los alcances indicados en el considerando 15 y se desestima la queja del actor. Hágase saber, dése por perdido el depósito del demandante, archívese la queja -/- de este último con copia de la presente, y acumúlese la queja de la demandada al principal y, oportunamente, devuélvase.



JUAN CARLOS MAQUEDA

-//DENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Las presentes actuaciones se iniciaron con un pedido de declaración de certeza formulado por el señor Gustavo Carranza Latrubesse, a fin de que se estableciera que el Estado Nacional es responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del dictamen N° 30/97, de fecha 30 de septiembre de 1997, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la causa N° 10.087 y como consecuencia de ello, se lo indemnizara por la violación de sus derechos humanos conforme con lo dispuesto en punto VII de ese documento.

El actor destacó que fue removido del cargo de juez letrado de la provincia del Chubut mediante Decreto N° 656/76, dictado por el gobierno militar en ejercicio del Poder Ejecutivo provincial, de fecha 17 de junio de 1976.

Afirmó, que sobrevenido el Estado de Derecho, promovió acción contencioso administrativa ante el Superior Tribunal de Justicia local a fin de que se anulara el decreto que lo destituyó y se repararan los daños y perjuicios resultantes de la remoción infundada e injusta.

Asimismo expresó, que el 1 de julio de 1986 la corte local desestimó la solicitud con sustento en que el reclamo no era justiciable, lo que dio lugar a que planteara un recurso extraordinario federal que esta Corte rechazó.

Dadas así las cosas, relató que el 24 de febrero de 1987 decidió formular una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que luego de un largo trámite emitió dictamen el 30 de septiembre de 1997 en el que sostuvo que los tribunales argentinos, que invocaron la doctrina de la cuestión política, en realidad tendrían que haber estado obligados por esa misma doctrina a examinar el caso del peticionario... que fueron violadas las disposiciones de los arts. 8 y 25 de la Convención ya que nunca tuvo la posibilidad de obtener una sentencia favorable, pues toda decisión al respecto se encontraba precluida por la alegada falta de competencia absoluta de cualquier órgano judicial para ampararlo en sus derechos, además de que el

Estado parte no había garantizado la posibilidad de un recurso judicial y la garantía de su cumplimiento. En función de todo lo expuesto, se recomendó al Estado argentino que lo indemnizara adecuadamente.

Destacó que a fin de conseguir dicha reparación, se vio obligado a deambular por la Cancillería y otras oficinas dedicadas a los derechos humanos con resultado negativo sin haber podido determinar qué autoridad, organismo o ente del Estado tenía la atribución correspondiente para dar satisfacción a sus derechos. Recordó seguidamente, que la ausencia de un procedimiento ejecutorio en sede nacional no podía ser óbice para dejar de cumplir una obligación internacional por lo que decidió plantear la acción que origina estos actuados a fin de obtener una declaración de certeza respecto de la existencia y vigencia de su derecho, el sujeto pasivo obligado y la necesidad de asegurar el cumplimiento de la Constitución y de los Tratados internacionales.

2º) La sentencia de primera instancia resolvió que los jueces tienen la obligación de hacer respetar lo dispuesto por los órganos internacionales como la Comisión IDH. En tal sentido, destacó que la inexistencia de normas específicas en la legislación interna no impide hacer cumplir aquellas disposiciones pues el ordenamiento aporta vías procesales adecuadas para su efectividad, como lo es la iniciada por el actor. Seguidamente, condenó al Estado Nacional a que le abone en concepto de daño patrimonial, la suma resultante de multiplicar el salario actual del juez de primera instancia de la provincia del Chubut, por el número de periodos mensuales computados desde el 18 de junio de 1976 hasta la fecha de ese fallo (fojas 314/321 vta.).

La decisión anterior fue apelada por el demandante que se agravó del modo como fue calculada la reparación reclamada y por el Estado Nacional que consideró que el fallo violó el principio de congruencia.

3º) La Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo

Federal, por mayoría, confirmó la sentencia de la anterior instancia en cuanto condenó al Estado Nacional a abonar al actor la suma de \$ 400.000.

El primer voto del fallo puntualizó que el objeto de la demanda en estos autos no estaba vinculado con una indemnización por la cesantía que sufrió el actor sino por la privación del servicio de justicia que padeció. Aspecto examinado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una recomendación en la que afirmó que Argentina no respetó sus compromisos internacionales con el consecuente deber de reparación.

El camarista preopinante, a continuación citó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos con jerarquía Constitucional en nuestro país a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, establece la competencia de la Comisión Interamericana para atender denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte formuladas por personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, los requisitos que deben cumplir para su admisibilidad y el procedimiento relativo a su tramitación.

Ponderó asimismo, que el valor de tales recomendaciones ha sido objeto de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha afirmado que rige la regla contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que a partir de la sentencia "Loayza Tamayo" (Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia del 17/09/1997. Serie C N° 33) se reafirmó su valor y se despejó toda duda respecto a su obligatoriedad, criterio que luego fue reiterado en "Baena Ricardo y otros", sentencia del 2/02/2001. Serie C N° 72, párrafo 192 y que de conformidad con el art. 51.2 de la Convención Americana el Estado tiene la obligación de "Tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada".

En punto al alcance de la reparación, afirmó que rige

el criterio de la plena restitución, lo cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior y de no ser posible, de la adopción de una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Esto último, incluye la determinación del pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.

En el otro voto que conforma la mayoría de este fallo, se sostuvo que en el caso bajo examen, no resultaba suficiente con el dictado de una sentencia declarativa de la responsabilidad del Estado Nacional, sino que era menester abordar el tema del pago de la indemnización pretendida.

Se expresó, que las conclusiones del informe se circunscribieron a los límites de lo peticionado por el actor, que como ya se dijo, no perseguía su restitución al cargo del juez ni una decisión con respecto a la legitimidad de su remoción acaecida en el año 1976, sino al daño que le había ocasionado la aplicación de la doctrina de la cuestión política no justificable. Se mencionó que el Estado Nacional no formuló una negativa expresa en punto a las violaciones que se le imputaron, por lo que correspondía determinar si el Poder Judicial de la Nación se encontraba habilitado para emitir un pronunciamiento tal que permitiera implementar una recomendación referida a violaciones que habían sido reconocidas por ambas partes del proceso.

Se afirmó después, que la incorporación de Tratados Internacionales conllevaba necesariamente obligaciones para el Estado Argentino y se oponía al principio de buena fe de los Tratados Internacionales y al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que un Estado miembro pospusiera un acuerdo con quien reconocía como víctima, mediante alegaciones referidas a la vía intentada por el reclamante, o bien, invocando la falta de efectos vinculantes de los informes que sugerían recomponer la situación.

Se trajo a la memoria, que esta Corte en la causa

"Giroldi" (Fallos: 318:514) hizo hincapié en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos regía en el ámbito internacional y su jurisprudencia servía de guía para la interpretación de los preceptos convencionales y que era en esa inteligencia, que correspondía ahondar en la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el valor vinculante, o no, de las recomendaciones.

Que para este órgano, el término "recomendaciones" debía interpretarse conforme la regla general del art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, de acuerdo a su sentido corriente. Motivo por el cual, no cabía asignarle el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria. No obstante ello, se aseveró que en virtud del principio de buena fe, si un Estado suscribía y ratificaba un tratado internacional, tenía la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana.

Se recordó entonces, que la Corte Interamericana interpreta que los Estados parte se comprometen a adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades (art. 2 de la Convención Americana) y que la Comisión Interamericana en varios de sus informes anuales a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, ha instado a observar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos mediante el cumplimiento de las recomendaciones emitidas en los informes sobre casos individuales.

A partir de todo lo anterior, se evaluó que en el presente juicio el Estado Argentino no había reparado en tales directrices, ya que el 17 de febrero de 1998 se publicó el informe N° 30/97 sin que jamás formulara propuestas para arribar a una conciliación ni mucho menos concretara la reparación al daño que había ocasionado a pesar del largo tiempo transcurrido y se llegó a la conclusión de que Argentina contrarió entonces el

principio de buena fe que debe regir su actuación en el orden internacional al no cumplir siquiera su obligación de realizar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que emana de la Convención Americana.

Por último, el camarista que redactó este voto se apoyó en su deber de velar para que los efectos de la Convención no quedaran en letra muerta por la inacción de los órganos estatales y estableció la reparación a favor del actor al considerarla como único medio para evitar que el Estado incurriera nuevamente en responsabilidad internacional.

Contra dicha decisión, tanto el actor como el Estado Nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto), dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron desestimados, y dieron lugar a las respectivas quejas que deben resolverse.

4º) Las objeciones del Estado Nacional relacionadas con que no se agotó en forma previa a la presentación de la demanda la vía administrativa, la falta de procedencia de su excepción de falta de legitimación pasiva y las discrepancias con la valoración que los jueces de la causa hicieron en punto al tipo de acción promovida por el actor, resultan inadmisibles en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

5º) Por el contrario, constituye materia federal suficiente para su examen en esta instancia, la crítica efectuada por el Estado Nacional a los alcances dados a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el fallo impugnado.

Dada la naturaleza de este agravio, cabe considerar que la inobservancia de los recaudos previstos en la Acordada 4/2007, no constituye un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva (conf. artículo 11 del reglamento aprobado por dicha acordada).

6º) El recurso extraordinario es formalmente admisible porque en autos se ha puesto en cuestión la interpretación asignada a distintas disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ella (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

7º) El informe 30/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al caso 10.087 fue el siguiente: "al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia de Chubut, el Estado Argentino (debido a que tanto el Supremo Tribunal de Justicia de Chubut, por sentencia del 1 de julio de 1986, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por sentencia del 24 de febrero de 1987, no habían discutido el mérito del asunto con base en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables) violó sus derechos a la garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana" (párrafo 83) y, en consecuencia, recomendó "que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior" (párrafo 84, A.).

8º) Discrepo con la inteligencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ha sido admitida por la mayoría del Tribunal, según la cual el dictamen de la Comisión Interamericana a favor del denunciante en los términos de los artículos 50 y 51.1 de la Convención constituye un título válido y suficiente para justificar una condena del Estado por ante los tribunales nacionales. A continuación brindaré las razones que sustentan mi diferencia interpretativa.

9º) El artículo 50.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "si durante el procedimiento las partes no llegan a una solución amistosa, la Comisión puede redactar un informe preliminar con la exposición de los hechos y sus conclusiones el cual será dirigido al o a los Estados interesados con

carácter reservado. En dicho informe "la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas". Seguidamente establece que "Si en el plazo de tres meses, contados a partir de la remisión al o los Estados interesados del informe preliminar, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte Interamericana, sea por la Comisión o bien por el Estado Interesado, la Comisión podrá emitir su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración en un informe final. En dicho informe, la "Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada" (art. 51.2). "Transcurrido el periodo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe" (art. 51.3).

10) De la reseña efectuada, se extrae que el sistema de protección regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos diseñado para ser ejecutado en el ámbito trascnacional consta de dos etapas, una de carácter extrajudicial o prejudicial y otra de carácter jurisdiccional, las que deben cumplirse por sendos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La etapa prejudicial consiste básicamente en un procedimiento no jurisdiccional que tiene el propósito de alcanzar una solución entre el denunciante y el Estado denunciado y en ella interviene la Comisión. Si en este procedimiento se constata la violación de derechos denunciada, la Comisión emite un informe en el que así se declara y en el que también pueden incluirse recomendaciones a las partes. Es a partir de la producción de este informe que el caso puede ser llevado a juicio (artículos 50 y 51.1 de la Convención).

11) El proceso judicial posee como tribunal exclusivo a la Corte Interamericana y en él la Comisión tiene intervención, pero en carácter de parte, puesto que es, junto a los Estados, el único sujeto legitimado para someter un caso a deci-

sión de ese tribunal (61.1 de la Convención). De modo tal, que la Convención crea una acción jurisdiccional en defensa de los derechos humanos y define tanto el tribunal que habrá de entender en ella (la Corte Interamericana) cuanto los sujetos que pueden promoverla (la Comisión Interamericana y los Estados Partes); carecen de esta legitimación activa los particulares damnificados, que sí pueden actuar como denunciantes ante la Comisión, pero no como demandantes ante la Corte.

Esta conclusión no se ve alterada por las recientes modificaciones que la Corte Interamericana ha introducido en su Reglamento a favor de una mayor participación de las presuntas víctimas en el procedimiento judicial. Lo afirmado es así, puesto que tales innovaciones no han creado, junto a la Comisión y a los estados parte, un nuevo sujeto legitimado para promover la acción ante el Tribunal, decisión que, por otra parte, estaría fuera de la competencia de la corte ya que supondría una modificación de la misma Convención.

12) Ahora bien, la Comisión, de acuerdo con los términos de la Convención, no se encuentra obligada a llevar ante la Corte todos los casos que le son presentados y en los que detecta violaciones a los derechos humanos. Cuando decide no hacerlo, la Comisión tiene la facultad de emitir otra declaración o informe en el que vuelca su opinión y conclusiones acerca de la cuestión sometida a su decisión. Esta vez, el informe debe contener recomendaciones y un plazo dentro del cual el Estado denunciado ha de tomar medidas para remediar la situación examinada. Si tales medidas no son puestas en práctica, la Comisión puede tomar la decisión de publicar el informe.

En síntesis, ante violaciones a los derechos humanos que le son denunciadas, la Comisión tiene dos caminos: uno que desemboca en la sentencia de la Corte Interamericana y otro que culmina con la publicación del informe sobre el comportamiento del Estado Parte que, en el caso, ha desconocido los derechos humanos de determinadas personas.

13) Como puede observarse, el contexto normativo en el que se insertan las "recomendaciones" es claro y no da lugar a confusiones en punto al rol asignado a la Comisión Interamericana y a la finalidad perseguida por sus redactores. En tales condiciones, no se advierte razón alguna para que este Tribunal no lo interprete tal como fue concebido.

Ello por otro lado, condice con la regla básica de hermenéutica fijada en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que exige, que se interpreten "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

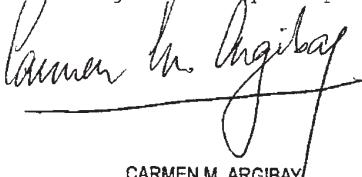
Con igual orientación se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del tema, en los casos "Caballero Delgado y Santana", sentencia del 8 de diciembre de 1995; Corte I.D.H, Serie C N° 22 y "Genie Lacayo" sentencia del 29 de enero de 1997, I.D.H, Serie C N° 30, donde afirmó "...el término recomendaciones usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 3.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado ... En consecuencia el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria...".

14) En función de lo expuesto, el principio de la buena fe al que, entre otros argumentos, se acudió en la sentencia apelada, no podía servir de sustento para otorgar una acción de derecho interno a favor de Carranza Latrubesse, pues como ya se señaló, nada en el texto de la Convención sugiere que los Estados asumieron un compromiso semejante. Es decir, que no podía atribuirse al Estado Argentino mala fe en la interpretación de la Convención por no haber creado una acción judicial que permita a los denunciantes obtener la ejecución de las recomenda-

ciones de la Comisión Interamericana. Por el contrario, el texto indica que para aquellos casos en que ella misma decide no instar el procedimiento ante la Corte, la publicación del informe es la sanción final que debe soportar el Estado Parte.

15) En síntesis, cabe afirmar que en el caso de Carranza Latrubesse, la Comisión eligió el segundo camino, la publicación del informe y no la acción judicial. A su vez, lo que pretende el actor en el sub lite, es obtener una condena contra el Estado Argentino, ya no ante la Corte Interamericana, pues, como se dijo, la Convención no le confiere acción, sino ante los tribunales argentinos. En tales condiciones, cuadra concluir que el carácter ejecutivo y jurisdiccional de la recomendación emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pretendido por la parte actora, se aparta del sistema de resolución de controversias creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, debe hacerse lugar a la queja, declararse procedente el recurso extraordinario, y dejarse sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para -/- que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí expuesto. Notifíquese y cúmplase.



CARMEN M. ARCIBAY

-//DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte y hace suyos la reseña de los antecedentes de la causa expuestos en los capítulos I y II

del dictamen del señor Procurador General de la Nación, por lo que remite a ellos, en razón de brevedad.

2º) Que el tribunal a quo, por mayoría, confirmó el pronunciamiento dictado en primera instancia, así como también la aclaratoria de fs. 327, y condenó al Estado Nacional a abonarle al actor una suma en concepto de indemnización por privación del servicio de justicia que padeció. Para así decidir, sostuvo que las recomendaciones que la Comisión efectúa en los términos del artículo 51 de la Convención Americana, resultan obligatorias para el Estado argentino en virtud de lo establecido en dicho estatuto y lo que surge de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De manera tal que, un eventual incumplimiento, generaría responsabilidad internacional al Estado.

Contra dicha decisión, tanto el actor como el Estado Nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto), dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron desestimados, y dieron lugar a las respectivas quejas que ocupa resolver.

3º) Que en primer término, cabe precisar que los agravios del Estado Nacional relativos a la falta de legitimación pasiva que opuso al progreso de la demanda, a la falta de agotamiento de la vía administrativa previa a promover esta demanda y a la incorrecta valoración que habrían efectuado los jueces en cuanto al tipo de acción promovida, son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4º) Que entre los agravios vertidos por el representante del Estado Nacional en su presentación recursiva ante esta Corte, aquel que se erige como principal argumento consiste en afirmar el carácter no vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En atención a ello, se cuestiona la decisión de la Cámara, por cuanto confirmó parcialmente la de primera instancia que, con el argumento de que la recomendación emitida por la Comisión en el Informe 30/97 re-

lativo al caso 10.087 del 30 de septiembre de 1997, resultaba obligatoria, condenó al aquí recurrente a abonar al actor una suma de dinero en concepto de indemnización por la privación de los derechos de debido proceso y acceso a la justicia. En dicho informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que: "...al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia del Chubut, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana..." (párrafo 83) y, en consecuencia, recomendó "...que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior..." (párrafo 84, A). Cabe recordar que tanto el Supremo Tribunal de Justicia de Chubut –sentencia del 1 de julio de 1986–, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del fallo dictado el 24 de febrero de 1987, rechazaron en su oportunidad los recursos, sin revisar los fallos motivantes, con base en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

5º) Que el dilema que se suscita en autos se ciñe, en esencia, a dilucidar el alcance y la eventual obligatoriedad que corresponde asignar en nuestro orden interno a las recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, el actor sostiene que el a quo limitó el derecho que surge de la recomendación efectuada por dicha Comisión, en tanto que el demandado afirma que la misma carece de carácter obligatorio.

6º) Que en el caso se encuentra en discusión el alcance e interpretación de normas de naturaleza federal (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que los apelantes fundan en ella (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

7º) Que la propia Corte Interamericana de Derechos

Humanos, a través de diversos pronunciamientos, se ha expedido acerca del alcance que cabe asignar a las "recomendaciones" de la comisión.

En el caso "Genie Lacayo vs. Nicaragua" -sentencia de 27 de enero de 1995 (Excepciones Preliminares)- IDH Serie C N° 21, el Tribunal no admitió el carácter preliminar del planteo referente a si los gobiernos violan la norma *pacta sunt servanda* o la Convención al no atender las "recomendaciones" de la Comisión, por estimar que se trataba de una cuestión que la Corte debería resolver al tratar el fondo.

Más explícita fue aún al respecto en ocasión de fallar en el "Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia", el 8 de diciembre de 1995 (IDH, Serie C N° 22), donde lisa y llanamente se dijo que "...el término 'recomendaciones' usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria..." (infra 67).

8º) Que tal criterio se ha venido manteniendo hasta la fecha, sin perjuicio de considerarse, de manera paralela que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional -especialmente si se trata de derechos humanos-, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de los órganos de control (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997, IDH, Serie C N° 33, infras 79, 80 y 81).

9º) Que, en consecuencia, cabe concluir que la Corte Interamericana, aun cuando ha declarado la trascendencia de las recomendaciones que pudiera efectuar la Comisión y, a su vez, alentado a los Estados a cumplir con ellas sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, no establece respecto de las mismas un criterio de obligatoriedad so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado que eventualmente incumpliere, criterio que sí, en cambio, reserva para los fallos del Tribunal, derivado de lo prescripto en el artículo 68.1 de la Convención Americana, en cuyo articulado no existe disposición análoga alguna referida a las recomendaciones.

10) Que, por otra parte, idéntica opinión ha trasuntado esta Corte, en cuanto a que, conforme surge de la propia Convención, las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias, sosteniendo que ello surge de manera expresa de la Convención; que a la Comisión únicamente se le reconoce su competencia en actuaciones relativas a la interpretación o aplicación de la Convención; y que si bien "...los jueces de un estado no están obligados a ceñir sus decisiones a lo establecido en los informes emitidos por la Comisión...existe el deber de tomar en consideración su contenido..." (Fallos: 321:3555, considerando 8º, 9º y 13; postura ratificada en Fallos: 323:4130, considerando 6º).

11) Que, además, tal conclusión se ve respaldada por la circunstancia de que, conforme el procedimiento establecido en la Convención Interamericana, una vez planteado el caso a la Comisión, de no haber solución, el órgano redactará un primer informe que transmitirá al Estado involucrado en la denuncia. Si transcurridos tres meses persistiera la situación, y en tanto no se hubiera elevado el caso a la Corte, la Comisión puede emitir una "opinión" que someterá al Estado, fijando un plazo para ofrecer soluciones y "...Transcurrido el periodo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no

su informe..." (artículos 50 y 51 de la Convención Interamericana y doctrina del Caso Loayza Tamayo vs. Perú, párr. 82). Por lo tanto, aun cuando quede a criterio de la Comisión si emite o no el segundo informe, y si lo publica o no, solo podrá elevar el caso a la Corte una vez agotado ese procedimiento (artículo 61.2 id.), tribunal que habrá de decidir si "...hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención..." y, en su caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de ese derecho o libertad y, eventualmente, establecer que se reparen las consecuencias y el pago de una indemnización (artículo 63).

12) Que lo expuesto en manera alguna implica desconocer el indudable valor que cabe asignar a las "recomendaciones" que pudiera formular la Comisión, como así tampoco el hecho de que al ratificar la Convención Interamericana los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes mas, de acuerdo con lo expuesto, a pesar de ello no cabe derivar carácter obligatorio que pueda generar responsabilidad internacional en el caso de incumplimiento.

13) Que, en consecuencia, aquella afirmación del a quo adjudicando obligatoriedad a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se sustenta el fallo, aparece en pugna con las disposiciones de convenciones internacionales y la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuanto de este Tribunal, llevando a descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que,

por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta. Notifíquese y cúmplase.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Recursos de hecho interpuestos por Gustavo Carranza Latrubesse, por su propio derecho y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, representado por el Dr. Fernando Gago.

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

Otros tribunales intervenientes: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 5; Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

ESTADO MAYOR GENERAL DE EJERCITO  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE  
s/ ACCIÓN DECLARATIVA

*DONACION*

Corresponde rechazar la demanda promovida por el Estado Nacional -Estado Mayor General de Ejército- en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires a fin de que se confirme su titularidad de dominio respecto de dos inmuebles afectados a la defensa nacional que fueron donados si la provincia demandada revocó la oferta de donación mediante un decreto antes de que fuera aceptada expresamente por el donatario -Estado Nacional- mediante una resolución y escritura pública del mismo año, por lo que el donante pudo -en virtud de la regla genérica del art. 1792 del Código Civil- revocar válidamente la promesa de donación que todavía no había sido aceptada por el donatario.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El ESTADO NACIONAL -MINISTERIO DE DEFENSA, ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJERCITO- promueve acción declarativa, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, a fin de obtener que se confirme su titularidad de dominio respecto de dos inmuebles ubicados en el Partido de Coronel Pringles, afectados a la defensa nacional, que fueron donados por dicho Estado local mediante decreto 1350/81, acto que fue expresamente aceptado por el Ministro de Defensa de la Nación por Resolución 955/87 (art. 1792 del Código Civil), por escritura pública, procediéndose luego a la correspondiente inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble provincial (v. Circunscripción XI, Parcelas 871 a y 871 b, Matrículas 7280 y 7618 del citado Partido).

Manifiesta que promueve esta demanda, debido a que la Provincia ha dictado los decretos 7519/87 y 269/02, por los cuales revoca dicha donación, con fundamento en que no se ha cumplido con el destino al que fueron afectados dichos inmuebles, lo cual -a su entender- resulta ilegítimo y viola su derecho de propiedad, toda vez que el incumplimiento del donatario del cargo impuesto en el acto de donación sólo puede efectivizarse por una sentencia judicial que así lo disponga, previa constitución en mora del beneficiario (art.

1849 del Código Civil).

A fs. 169, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

- II -

A mi modo de ver, este proceso corresponde a la instancia originaria de la Corte *ratione personae*.

En efecto, toda vez que el Estado Nacional dirige su pretensión contra una Provincia, la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales que gozan ambas partes, tanto la Nación al fuero federal, según el art. 116 de la Ley Fundamental, como la Provincia a la competencia originaria de la Corte, conforme al art. 117 de la Constitución Nacional, es sustanciando la acción en esta instancia (doctrina de Fallos: 322:1043, 2038 y 2263; 323:470, 1110 y 1206; 324:2042 y 2859, entre muchos otros).

En tales condiciones, opino que el **sub-litio** debe tramitar ante los estrados del Tribunal.

Buenos Aires,  de agosto de 2004.-

RICARDO O. BAUSSET.-

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *6 de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Estado Mayor General del Ejército c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa", de los que

Resulta:

I) A fs. 164/168 se presenta el Estado Nacional –Estado Mayor General del Ejército– y promueve demanda en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se confirme su titularidad de dominio respecto de dos inmuebles ubicados en el Partido de Coronel Pringles, afectados a la defensa nacional, que fueron donados por dicho Estado local mediante el decreto 1350/81, donación que, a su vez, fue aceptada por el Ministerio de Defensa de la Nación (resolución 955/87), mediante escritura pública nº 408 del 24 de noviembre de 1987, procediéndose luego a la correspondiente inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble provincial (v. circunscripción XI, parcelas 871 a y 871 b, matrículas 7280 y 7618 del citado Partido).

Alega que promueve esta demanda, debido a que la Provincia de Buenos Aires mediante el dictado de los decretos 7519/87 y 269/02, revocó dicha donación con fundamento en que no se había cumplido con el destino al que fueron afectados dichos inmuebles, lo cual le provoca consecuencias indirectas que condicionan, menoscaban e impiden ejercer los derechos de titularidad sobre un establecimiento que se encuentra afectado al sistema de defensa nacional por imperio del poder de distribución de las Fuerzas Armadas en el territorio de la Nación (fs. 164).

Cuestiona además dicho proceder, porque aun en el hipotético caso en que la donataria haya incumplido los cargos impuestos en la donación aceptada, es el órgano jurisdiccional el encargado de decidir la acción de revocación, previa constitución en mora del beneficiario (artículo 1849 del Código Civil). En el caso, dice, el Estado Nacional no ha sido constituido en mora por incumplimiento de los cargos (fs. 167).

Añade que la demandada realizó actos de turbación del dominio tales como la colocación de un candado en la puerta de entrada al predio y de un cartel de la Administración de Obras Sanitarias de la Provincia, por lo que en abril de 1998 y en septiembre de 2001, la intimó mediante carta documento para que los dejara sin efecto dado que se restringía y afectaba su derecho de propiedad.

Por último, cita doctrina y jurisprudencia del Tribunal en apoyo de su postura.

II) A fs. 194/195 la actora denuncia como hecho nuevo que el 27 de julio de 2005 la Dirección de Catastro Territorial de la Provincia de Buenos Aires le notificó que el 2 de agosto tomaría posesión de los predios en cuestión.

Destaca además que el 10 de noviembre de 2004, el Comando del V Cuerpo del Ejército informó que el inmueble "se encontraba en óptimo uso, con sus alambrados en condiciones, tranquilas y accesos asegurados y libres de intrusos".

En virtud de lo expuesto solicita, en los términos del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se dicte una medida cautelar de no innovar, hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

III) A fs. 201/204 se presenta la Provincia de Buenos Aires y contesta la demanda. Niega los hechos allí expuestos y solicita su rechazo.

En primer término, sostiene que el planteo judicial con relación a los lotes situados en el Partido de Coronel Pringles resulta extemporáneo, pues está en proceso de ejecución el acto administrativo que notificó la reversión de la donación (v. hecho nuevo planteado por la actora).

Señala además que no se configuran los presupuestos para que proceda la acción declarativa, en particular porque no se encuentra acreditado que exista un estado de incertidumbre en relación con los predios en cuestión, ni tampoco que le provoque un daño, pues los inmuebles son de propiedad del Fisco de la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, alega que el decreto 1350/81 fue dictado por un gobierno de facto y no fue ratificado por un gobierno de iure, por lo que la donación es nula de "nulidad insanable" (fs. 202).

Defiende la legitimidad de los decretos 7519/87 y 269/02 por los que se ordena la revocación de la donación y la reversión del dominio, dado que el Ejército Argentino no cumplió con el destino para lo cual fueron donadas las parcelas, esto es, para instalar equipos radioeléctricos y utilizarlas para campos de instrucción y tiro de combate (v. artículo 2º del citado decreto 1350/81).

Recuerda también que en mayo de 1984 se informa que el actor arrendó dichas tierras con fines agropecuarios, que en julio de 1985 intimó a la actora a restituir los inmuebles, y que en agosto de 1987 dictó el decreto provincial 7519/87 que revocó la donación. En septiembre del mismo año, continúa, el Ministerio de Defensa de la Nación dictó la resolución 955/87, por la cual aceptó la donación mediante escritura pública nº 408 en noviembre de 1987 y en enero de 1988 lo inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble provincial. Con posterioridad, dice, en noviembre de 1997, se constató el estado de "deterioro", "desocupación" y "abandono" de todas las instalaciones y se comprobó –una vez más– que los inmuebles estaban destinados a la explotación agrícola y en febrero de 2002 se dictó el mentado decreto 269/02.

Cita doctrina que considera aplicable. Cuestiona la medida cautelar pedida y respecto al hecho nuevo dice que no cuenta con la información pertinente como para reconocerlo o ne-

garlo. Por último, solicita el rechazo de la demanda con costas.

IV) A fs. 224 el Estado provincial acompaña el expediente administrativo nº 5100-4861/05, alcance 2, y denuncia como hecho nuevo que se constató que el inmueble se encontraba en un estado de "total abandono" y que no se había realizado ninguna construcción ni se había desarrollado actividad militar alguna, como instrucción o tiro (fs. 216/223). Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta a fs. 231/232.

A fs. 236 el Tribunal admite los hechos nuevos invocados a fs. 194/195 y 224.

V) A fs. 170 y 364/365 dictaminan el señor Procurador Fiscal subrogante y la señora Procuradora Fiscal.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) y se hallan reunidos los recaudos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a la declaración de certeza es dable recordar que, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un "caso" que busque prever los efectos de un acto en ciernes, al que atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (v. doctrina de Fallos: 307:1379; 312:1003; 322:1253; 310:606 y 977; 311:421 y 332:1704, entre otros).

Sobre la base de estas premisas y del examen de los antecedentes acompañados por la actora surge que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues han mediado actos administrativos de la Provincia de Buenos Aires (v. los decretos 7519/87 y 269/02 que revocan la donación efectuada por el decreto 1350/81 con fundamento el primero en razones de "necesidad" y el segundo, que no se habría cumplido el destino al

que fueron afectados dichos inmuebles), que colocan al demandante en "un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica", entendiéndose por tal a aquella que es "concreta" al momento de dictarse el fallo (Fallos: 310:606 y 311:421) por existir un interés legítimo suficiente (v. la resolución n° 955/87 y la escritura pública n° 408 por los que se aceptó la donación de los lotes en cuestión y su posterior inscripción a nombre del Estado Nacional en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires) y carecer el actor de otras vías procesales aptas para resguardar su derecho (v. fs. 10/162 y el expediente administrativo FT 04 n° 8415/5).

2º) Que los antecedentes del caso revelan que por el decreto 1350 del 15 de octubre de 1981, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires donó y "transfirió" al Estado Nacional -Comando del V Cuerpo del Ejército-, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39, inciso a, del decreto ley 9533/80, la fracción de tierra fiscal cuya nomenclatura catastral se identificó como: circunscripción XI, sección rural, parcelas 871 a y 871 b, del Partido de Coronel Pringles, Provincia de Buenos Aires, con una superficie aproximada de ciento nueve hectáreas (109), con el cargo de ser "destinado a la instalación de equipos radioeléctricos, así como también su utilización como campo de instrucción para ejercicios finales y de tiro de combate" (v. artículo 2º y fs. 19/22 del expediente administrativo n° 2408-9986/81, alcance 2).

Por otra parte, dispuso que se establecía "a favor de la Provincia el derecho de uso de una fracción determinada en plano adjunto, formando parte integrante del presente con afectación a la Administración General de Obras Sanitarias con destino a medición de caudales del Río, tendido de cañerías u otras obras si las necesidades del servicio de dicho organismo lo requieren" (artículo 3º).

Asimismo autorizó a la Dirección Provincial de Catastro Territorial para formalizar la posesión del inmueble al Es-

tado Nacional Argentino, con la limitación dispuesta en el artículo 3º y ordenó la intervención de la Escribanía General de Gobierno provincial para que extienda la pertinente escritura traslativa de dominio al Estado Nacional, con la limitación antes mencionada (artículos 4º y 5º).

3º) Que el 11 de diciembre de 1981, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4º del citado decreto, los representantes del Fisco de la Provincia y del Estado Nacional –Comando V del Cuerpo del Ejército–, firmaron un acta mediante la cual el primero le otorgaba la posesión del inmueble al segundo, quien lo recibía “de total conformidad y sin oposición de terceros”. Cabe agregar que dicha acta fue suscripta también por el representante de la Dirección de Obras Sanitarias de la Provincia al solo efecto de dejar establecido lo estatuido en el artículo 3º (v. fs. 2 del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

4º) Que el 24 de septiembre de 1982, la Provincia dictó el decreto 1118/82 en el que se modificó el artículo 2º del decreto 1350/81 “en el único sentido de dejar establecido que la donación y transferencia dispuestas por el mismo, lo son con destino al Estado Nacional Argentino, Comando en Jefe del Ejército”.

En los considerandos se indicó que la institución castricense solicitaba la modificación del citado acto legal, a favor del Estado Nacional Argentino, Comando en Jefe del Ejército, “a efectos de posibilitar la instancia administrativa que resta cumplimentar en el orden nacional”.

5º) Que el 25 de septiembre de 1984, la Escribanía General de Gobierno provincial acompañó las copias de las matrículas del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia que daban cuenta de que los lotes seguían inscriptos a nombre de la Provincia de Buenos Aires (fs. 12/15 vta. del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

El 11 de octubre, el Administrador General de Obras Sanitarias solicitó al Subsecretario de Obras y Servicios Públicos provincial que gestione ante el Comando del V Cuerpo del Ejército de la Nación, la devolución del inmueble al Fisco provincial con destino a la obra Complejo Dique y Acueducto de Paso de las Piedras, a fin de adecuar las instalaciones existentes, colocar un equipo de radio, recuperar el aforador y reconstruir una de las márgenes del río, lo que requeriría "muy poca inversión". La Contaduría General, la Asesoría General de Gobierno y la Fiscalía de Estado provincial se pronunciaron favorablemente, y el 14 de marzo se le solicitó al Comandante del V Cuerpo del Ejército que contemple la restitución de los lotes a la Provincia de Buenos Aires por los motivos antes señalados (v. fs. 17, 23, 25 vta., 27, 28, 29 y 30 del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

6º) Que el 23 de julio de 1985, el gobernador de la Provincia de Buenos Aires le remitió una nota al Ministro de Defensa de la Nación a fin de que se suspendan los trámites tendientes a aprobar la donación efectuada por el decreto 1350/81, la que fue recibida el día 29 (v. fs. 34/35 del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

El 27 de septiembre, la Administración General de Obras Sanitarias le recordó a la Comisión de Tierras Fiscales del Ministerio de Defensa de la Nación la nota que se remitió el 23 de julio y le informó que constató que el predio "no había sido objeto de instalación alguna, ni ha cumplido con el destino que fuera invocado para su uso", y que estaba en un estado de "total abandono y constante deterioro de las construcciones y equipos anteriores existentes, de pertenencia del citado complejo"; por lo que se le solicitó "valorar" las causales invocadas, a efectos de que se deje en suspenso el trámite de aceptación (fs. 35/36 del citado expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

7º) Que el 3 de junio de 1986, el Ministerio de De-

fensa de la Nación, mediante la Comisión Especial de Tierras Fiscales, contestó dicha nota (expediente 7804/85 Cde. 59) y señaló que el trámite de la aceptación de la donación se estaba realizando (Prov. EMGE 128) y que dicha Comisión no lo había recibido aún para su intervención, por lo que si la Provincia estaba decidida a desistir de la donación efectuada por el decreto 1350/81 debía "indefectiblemente" dictar el acto administrativo que derogue el citado decreto, por cuanto hasta tanto no se haga efectivo el mismo, sería tenido por válido. Estos conceptos se reproducen luego en la disposición normativa que seguidamente se expondrá (fs. 40 del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

El 3 de octubre del mismo año, la Dirección de Catastro provincial adjuntó copia de las matrículas 7280 y 7618 e informó que el inmueble seguía inscripto a nombre de la Provincia de Buenos Aires (fs. 45/49 del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

8º) Que con posterioridad, por el decreto 7519 del 21 de agosto de 1987, la Provincia de Buenos Aires dejó sin efecto el decreto 1350/81 (fs. 53/55 del expediente administrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

En los considerandos de ese texto normativo se señaló que en octubre de 1984, la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia inició las gestiones tendientes a recuperar el aforador..., trámite que contó con el aval del señor Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, quien a fin de que se proceda a gestionar el reingreso de los inmuebles que dan cuenta las matrículas 12/14 al dominio de la Provincia de Buenos Aires, dio intervención a la Contaduría General de la Provincia, a la Asesoría General de Gobierno y a la Fiscalía de Estado, organismos que coincidentemente dictaminaron que no existían inconvenientes para la tramitación del caso ante el Comando V del Cuerpo del Ejército, tendientes a lograr el reintegro del predio en cuestión (v. fs. 23 y 27/29 del expediente ad-

ministrativo nº 2408-9986/81, alcance 2).

En este sentido, se puso de resalto que "...el reintegro a jurisdicción provincial de los inmuebles que dan cuenta las matrículas correspondientes, independientemente de las justificadas razones de índole técnica expuestas, coadyuvarían al necesario e impostergable control de la explotación de los servicios que tienen como fuente de abastecimiento el Complejo Dique y Acueducto Paso de las Piedras, circunstancia que no consta haya sido tenida en cuenta al tramitarse la donación en cuestión, ya que resulta insuficiente desde el punto de vista técnico el derecho de uso reconocido por el Artículo 3º del recordado decreto nº 1350/81".

Se aclaró además que las gestiones referidas, documentadas a fs. 34/40, concluían con el exp. nº 7804/85 de la Comisión Especial de Tierras Fiscales del Ministerio de Defensa de la Nación y agregó que esta última informó que "la gestión de aceptación de la donación aún se encuentra en trámite agregando que, con el objeto de regularizar la situación del citado inmueble, si la Provincia está decidida a desistir de la donación efectuada por Decreto nº 1350/81 deberá implementarse indefectiblemente el dictado de la norma que derogue al mismo".

Finalmente se dijo que por los motivos expuestos, resultaba necesario dictar el pertinente acto administrativo (v. también la nota del 3 de junio de 1986 de la citada Comisión Especial de Tierras Fiscales agregada a fs. 40 del citado expediente administrativo).

9º) Que en septiembre de 1987, el citado decreto 7519/87 fue notificado a la actora. Así lo reconoció el Coronel Auditor de la Asesoría Jurídica del Ejército en el dictamen nº 0230/95 y agregó que dicha fecha era "coincidente con lo informado por el Comandante del Vto. Cuerpo del Ejército en su informe de noviembre de 1993 agregado a fs. 1/2 del expediente administrativo 5 J3-2191/5" (fs. 28/30 del expediente HR 5J8-0150/4; incorporado al documento agregado como: "Situación inmueble de-

nominado 'La Toma' Saldungaray, Partido de Coronel Pringles, Provincia de Buenos Aires, expediente FT 04 n° 8415/5").

También lo corroboró la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia, al señalar en las notas de fs. 56 y 66 del expediente administrativo n° 2408-9986/81, alcance 2, que el 11 de septiembre se lo comunicó, entre otros, al Presidente de la Comisión de Tierras Fiscales del Ministerio de Defensa de la Nación y al Comandante del V Cuerpo del Ejército (v. también fs. 70, 75/76 y 83/84).

El 14 de septiembre de 1987, el mencionado decreto fue publicado en el Boletín Oficial.

10) Que el 15 de septiembre de 1987, el Estado Nacional -Ministerio de Defensa- dictó la resolución n° 955, por la cual aceptó la donación efectuada por la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1350/81 a favor del Estado Nacional, Estado Mayor General del Ejército -según la modificación inserta en el decreto 1118 del 24 de septiembre de 1982- de la fracción de tierra fiscal identificada catastralmente como Circunscripción XI, Sección Rural, parcelas 871-a y 871-b del Partido de Coronel Pringles, próximo a Saldungaray, Provincia de Buenos Aires (v. artículo 1°).

Por el artículo 2º se designó al señor Director de Construcciones para que en nombre y representación del Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) firme la escritura traslativa de dominio o cualquier otra documentación necesaria ante la Escribanía General de Gobierno de la Provincia tendiente a inscribir la titularidad del dominio de la fracción de terreno donada a favor del Estado Nacional, y en el artículo 4º se ordenó su comunicación, la publicación en el Boletín Público del Ejército y que tome nota la Contaduría General de la Nación (fs. 46/56).

11) Que el 24 de noviembre de 1987, el Estado Nacional aceptó la donación hecha por el gobierno de la Provincia de

Buenos Aires mediante la escritura n° 408 otorgada por la Escritanía General de la Nación.

El 13 de enero de 1988, se inscribieron los lotes en cuestión a nombre del Estado Nacional Argentino, Ministerio de Defensa, Estado Mayor General del Ejército, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia, en las matrículas 7280 y 7618 y se tomó razón el día 14 (v. fs. 63/67, 89/90, 111/113 del expediente administrativo n° 2408-9986/81, alcance 2 y fs. 166 vta.).

12) Que para la formación del contrato de donación no basta con la manifestación de la voluntad del donante sino que es necesaria igual manifestación del donatario, es decir, la aceptación de la donación por éste. En nada difiere del resto de los contratos, que se forman con la oferta o propuesta de una de las partes y la aceptación de la otra (artículo 1144 del Código Civil). Antes de la aceptación no hay donación sino oferta o propuesta de donación.

13) Que en reiteradas oportunidades esta Corte ha señalado que, a fin de determinar el derecho aplicable al contrato de donación cabe seguir sus precedentes, según los cuales cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias están regidas por el derecho público (Fallos: 253:101, considerando 11; 263:510; 315:158; 321:714; 325:2935 y 326:1263).

En este caso no cabe apartarse de este principio, habida cuenta del propósito de fin público perseguido y el carácter de las partes intervenientes. Ello permite concluir que la oferta de donación es regida por el régimen público. Ante la laguna normativa para reglamentar dicho supuesto, son aplicables por vía analógica, los preceptos del Código Civil en materia de donaciones (artículos 1849 y 1850 y concs.), que constituyen un régimen jurídico adecuado al caso (Fallos: 321:714; 325:2935 y 326:1263, antes citados).

14) Que a fs. 166/166 vta. la actora alega que la aceptación de la donación se produjo en 1981, es decir, cuando el Estado Mayor General del Ejército tomó posesión del inmueble donado, aunque a continuación reconoce que "no puede soslayar que la donación fue expresamente aceptada por el Estado Nacional el 15 de septiembre de 1987...".

Por tanto, la primera cuestión que corresponde dilucidar es si el donante (Provincia de Buenos Aires) revocó la oferta de donación antes que fuera aceptada por el donatario (Estado Nacional); o si por el contrario, este último la aceptó tácitamente cuando recibió la cosa donada al firmar el acta de posesión en 1981, por lo que se perfeccionó el contrato en dicha fecha.

15) Que los artículos 1792 y 1793 del Código Civil disponen que para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario expresa o tácitamente, y antes de ese momento el donante puede revocarla expresa o tácitamente.

"La aceptación de la donación, tal como lo señaló el codificador en la nota al artículo 1792 del Código Civil, no es otra cosa, que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido a las reglas generales de los contratos. La aceptación entonces del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento, no es una condición de forma sino que es parte esencial de la substancia misma de la convención".

En términos similares, Machado decía que "la aceptación es tan esencial que sin ella no hay vínculo alguno; es la manifestación de la voluntad, sin la cual no puede formarse contrato ni acto jurídico" y que "la donación no aceptada se encuentra en el mismo caso de la propuesta de un contrato, que puede revocarse antes de su aceptación". "Una promesa no aceptada, no produce ningún efecto, ni menos una aceptación hecha sin promesa, ó cuando ésta se encuentra revocada" (Machado, José Olegario, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino",

tomo V, edit. Félix Lajouane, 1899, páginas 17, 18 y 74).

16) Que desde antiguo la Corte ha sostenido en Fallos: 181:257 que cuando la donación es hecha al Estado no es necesario el requisito de escritura pública para la existencia y validez de la donación cuando ésta ha sido aceptada por un decreto o acto administrativo y la afectación de los terrenos al uso público se ha realizado.

En análogo orden de ideas, el Tribunal ha expresado en Fallos: 130:91 que "tratándose de terrenos entregados voluntariamente y espontáneamente por sus dueños al Gobierno de la Nación con fines de utilidad pública y sin reserva alguna por parte del Estado, no es un requisito necesario y esencial para su existencia y validez el otorgamiento de una escritura pública para que la donación se perfeccione, cuando la tierra objeto de la donación ha sido entregada voluntariamente como se ha dicho, después de ser aceptada por un decreto del Gobierno como donatario".

En esa misma oportunidad, se recordó que en Fallos: 102:77 "esta Corte no ha considerado sin valor en sí, las promesas de donaciones de tierras hechas en decretos del P.E. Nacional (t. 81, pág. 28 de sus fallos), y ha declarado asimismo que los poderes públicos, en lo concerniente a la adquisición de terrenos consagrados a caminos, no se encuentra en igualdad de condiciones que los particulares en sus transacciones sobre inmuebles (sentencia de 6 de febrero de 1904, causa Rodolfo Taure v. Provincia de Buenos Aires)".

Se señaló además que en este mismo caso el señor Procurador General de la Nación manifestó que si el donante no otorgó la escritura de propiedad al Gobierno, esa circunstancia o condición necesaria en derecho respecto de los actos privados, no era indispensable cuando la transferencia se hace y consta, en lo que aquí interesa, por decretos públicos que la aceptan.

Por último, en el citado precedente de Fallos: 81:28 este Tribunal ha decidido en que "no importando el decreto de

fojas nueve sino la promesa de una donación sobre bases aún no estipuladas y conteniéndose en el de foja catorce la oferta al solicitante Ocampo Samanés de las cláusulas que reglarían la convención, el gobierno nacional ha podido retractar esas ofertas en tanto cuanto ellas no se hallasen todavía aceptadas (artículo mil ciento cincuenta, Código Civil)".

17) Que de lo expuesto se deduce que la oferta de donación hecha al Estado debe ser aceptada en forma expresa mediante decreto del Poder Ejecutivo u otro acto administrativo. En efecto, la aceptación por la autoridad administrativa competente de donación de un inmueble de dominio público, mediante resolución o decreto, debe considerarse que lo ha sido en instrumento público (artículo 979, inciso 2º del Código Civil), pues tiene autenticidad y fecha cierta, y por esto, para la Administración, vale como la escritura pública (v. Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Editorial La Ley, 1964, tomo III, páginas 461/462 y Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos, tomo II, página 345, nota nº 2306, edit. Abeledo Perrot, 1962).

18) Que a este respecto cabe señalar que "el Poder administrador debe expresar la conformidad de sus actos con la ley. Y no sólo debe explicarla por virtud del gran principio general según el cual toda la administración está sometida al derecho que en un régimen republicano representativo obliga a dar cuenta de los actos, sino porque esos actos están sujetos en caso de impugnación por recursos a revisión o examen de validez por tribunales contencioso-administrativos o judiciales, y no sería posible examinar la legitimidad de esos actos para consolidarlos, ni en caso contrario para anularlos, si no se explicaran los motivos, es decir, su causa y fundamento" (Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Editorial La Ley, 1964, tomo II, páginas 87, 195 y 196 con la nota nº 50).

En esta misma inteligencia, esta Corte ha declarado que la motivación del acto administrativo constituye una exigencia que es establecida como elemental condición para la real vi-

gencia 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).

19) Que con relación al caso, resulta ilustrativo señalar que en la citada resolución 955/87, la actora observó que la matrícula nº 7618 estaba errada en virtud de que se habían omitido los lotes nº 7 y 8, por lo que dejó constancia en la misma resolución que para salvar este error y las omisiones, "debería propiciarse que la Provincia de Buenos Aires rectifique la inscripción en el Registro de la Propiedad, dado que una vez aceptada la donación por el Estado Nacional Argentino, deberá procederse a una nueva inscripción, por razones de economía procesal, resulta conveniente que en esa nueva inscripción se proceda a la rectificación señalada", lo que revela que en el año 1981 la donación no se aceptó tácitamente, tal como se pondrá de relieve en el considerando 22 de esta decisión (fs. 53/54).

En esa misma oportunidad también se invocó el artículo 7º del decreto 914/79 que establece expresamente que "en las donaciones de bienes inmuebles a favor del Estado Nacional, el decreto del Poder Ejecutivo o la resolución, según el caso, que acepte la donación deberá contener los requisitos mínimos de individualización dominial y catastral del inmueble exigidos por los Registros de la Propiedad Inmueble y serán dictados una vez despachados los correspondientes certificados administrativos y de dominio" (fs. 46).

20) Que en tales condiciones, debe concluirse que la Provincia de Buenos Aires revocó la oferta de donación el 21 de agosto de 1987 mediante el decreto 7519 (B.O. 14/9/87), es decir, antes de que fuera aceptada expresamente por el donatario -Estado Nacional- mediante la resolución nº 955 del 15 de septiembre de 1987 y la escritura pública nº 408 del 24 de noviembre del mismo año. Por tanto, el donante pudo -en virtud de la regla genérica del artículo 1792 citado- revocar válidamente la

promesa de donación que todavía no había sido aceptada por el donatario.

21) Que, sentado ello, cabe aclarar que contrariamente a lo que sostiene la actora a fs. 356 vta., no modifica la conclusión alcanzada la fecha en que la demandada notificó el decreto que revocó la donación, ya que las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas y en el supuesto de que la parte que hubiera aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, solo tendría derecho a reclamar pérdidas e intereses (conf. artículos 1150, 1156 y 1793 del Código Civil).

22) Que no empece a todo lo expuesto el hecho que se haya otorgado la posesión del inmueble al Comando V del Cuerpo del Ejército en el año 1981, ya que esa conducta no puede ser entendida como una aceptación tácita del Estado Nacional que perfeccione el contrato en los términos previstos en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil (considerandos 15 y 17).

En efecto, si bien en el ámbito privado la recepción de la cosa donada podría indicar que la donación es aceptada tácitamente y que en consecuencia el acto es perfecto (Bielsa, ob. cit., tomo III, página 461); en el caso no puede llegarse a la misma conclusión por dos órdenes de razones: a) los antecedentes reseñados demuestran de manera evidente que el propio Estado Nacional entendió que la entrega del bien no había importado aceptación tácita, en tanto y en cuanto a través de la nota nº 7804 del 3 de junio de 1986, le hizo saber a la Provincia de Buenos Aires que a pesar del tiempo transcurrido estaba en condiciones de revocar la donación ya que no se habían cumplido todos los trámites legalmente exigibles para tener por perfeccionado el contrato, lo que demuestra su contradicción y b) al inmueble no se le asignó el uso público para el que fue donado. En este sentido, cabe señalar que según el testimonio de la escritura pública nº 30 del 30 de mayo de 1981, reproducido en la es-

critura pública n° 18 (fs. 22/25 del expediente HR 5J8-0150/4), en 1981 el Ejército Argentino arrendó el inmueble a Norberto Luis Durif quien permaneció allí hasta 1988, y en agosto de 1986, se firmó un convenio de desocupación con sus ocupantes Josefina Álvarez de Durif y Gladys J. Durif, el que se reiteró en julio de 1997 (v. fs. 34 del expediente HR 5J8-0150/4 antes citado). Asimismo, la nota de septiembre de 1985, de la Administración General de Obras Sanitarias provincial a la Comisión de Tierras Fiscales del Ministerio de Defensa de la Nación en la que informó que la Dirección del Complejo Dique y Acueducto Paso de las Piedras constató que el predio se encontraba en un estado de "total abandono" y se observaba además un "constante deterioro" de las construcciones y equipos antes existentes que pertenecían a dicho Complejo y que hasta esa fecha no se había instalado equipo alguno, corroboran lo antes expuesto (considerando 6°).

23) Que, por lo demás, cabe señalar que el obrar incompatible del Estado Nacional se evidencia cuando, por un lado, le comunicó al donante —en junio de 1986 y mediante la Comisión Especial de Tierras Fiscales del Ministerio de Defensa— que la Provincia podía revocar la oferta de donación efectuada en 1981 porque aún no se había completado el trámite de aceptación, y por el otro, dictó —en septiembre de 1987 y por el mismo ministerio— la resolución n° 955, aceptándola casi un mes después de que la demandada la revocó mediante el decreto 7519/87 y un día después de que dicha revocación fuera publicada en el Boletín Oficial provincial (fs. 46/56).

Es oportuno recordar que en reiteradas oportunidades esta Corte ha sostenido que "no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe" (Fallos: 321:2530). La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecu-

ción de los contratos, según lo disponen, respectivamente, los artículos 1071 y 1198 del Código Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y del derecho administrativo (Fallos: 325:2935).

24) Que en estos términos, no puede admitirse la pretensión de la actora, ya que la donación fue válidamente revocada por la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 7519/87, por lo que corresponde rechazar la demanda.

25) Que la conclusión a la que se arriba torna inoficioso expedirse sobre las restantes cuestiones planteadas en este pleito.

Por ello, se decide: Rechazar la demanda seguida por el Estado Nacional -Estado Mayor General del Ejército- contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas por su orden (artículo 1º del decreto 1204/01). Notifíquese, remítase copia de esta deci-

sión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

ENRIQUE S. PETRACCHI

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: Estado Mayor General del Ejército, representado por la Dra. María J. Sañudo.

Nombre del demandado: Provincia de Buenos Aires, representada por los Dres. Alejandro J. Fernández Llanos y Luisa M. Petcoff.

---

CANICOBA CORRAL, RODOLFO ARISTIDES  
C/ ACEVEDO, SERGIO EDGARDO Y OTROS  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

#### LIBERTAD DE EXPRESION

Corresponde confirmar la sentencia que condenó al demandado al pago de un resarcimiento como daño moral si la individualización y calificación del juez de-

mandante como un ser "detestable", teniendo en cuenta las distintas acepciones que tiene dicha locución en el Diccionario Hispánico Universal y en el de la Real Academia Española constituye una expresión insultante -aun en relación a un juez respecto del cual se atenúa la defensa- que excede los límites del derecho de crítica y de la libertad de expresión por parte del demandado, ofendiendo la dignidad y decoro del magistrado, máxime cuando la alta carga peyorativa que conlleva dicha expresión no pudo pasar desapercibida para un funcionario público que, además de gobernador de una provincia, fue presidente de la comisión de juicio político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, lo cual lo conducía a obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil).

### *LIBERTAD DE EXPRESION*

Las expresiones referidas al magistrado demandante en una entrevista solo trducen opiniones, ideas o juicios de valor efectuados por quien en ese momento era gobernador de una provincia respecto de un funcionario público pero no son aptas -aun cuando sean injustas o erradas- para generar responsabilidad civil en tanto se encuentran enmarcadas en una nota crítica sobre el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, lo cual debe ser entendido como acto derivado del legítimo ejercicio de control de los actos de gobierno, sin que se adviertan expresiones que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay).

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La sala “D” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil condenó a Sergio Edgardo Acevedo a pagar la suma de veintidós mil pesos en favor del actor, Rodolfo Aristides Canicoba Corral, como resarcimiento por daño moral causado por algunas de las manifestaciones que aquél emitió al responder a una entrevista publicada por el diario “Página/12” el 11 de mayo de 2004.

En esa entrevista, el señor Acevedo –por entonces gobernador de la provincia de Santa Cruz– era interrogado por las razones del enojo que le habían provocado ciertas imputaciones del ex Presidente de la Nación Carlos S. Menem sobre el manejo de fondos provinciales. En su explicación, centralmente dirigida contra el señor Menem, el entonces gobernador Acevedo involucró también a otras personas.

En particular, mencionó a los siguientes jueces federales en lo criminal: “Todos sabemos –dijo– lo que son los Urso, Oyarbide... seres detestables... Bonadio, Canicoba Corral... Son los jueces de la servilleta...”

El juez Rodolfo Canicoba Corral, diciéndose agraviado por esas manifestaciones, demandó civilmente al señor Acevedo y obtuvo en primera instancia una sentencia favorable, la que, con modificaciones parciales, fue confirmada por la sala “D” de la Cámara Civil.

En síntesis, en su sentencia la sala entendió que las afirmaciones del demandado dirigidas contra el actor tuvieron el carácter de un insulto que, siendo “innecesario” en relación con el objeto de la entrevista y proviniendo de quien actuaba como gobernador de una provincia, excedía los límites del derecho constitucional a la libertad de expresión y, en aplicación de los artículos 1071, 1071 bis, 1078 del Código Civil, daba lugar a un deber de indemnizar por daño moral (cf. copia de la sentencia que obra en fs. 3 a 21).

-II-

El demandado interpuso contra esa sentencia de la cámara el recurso extraordinario federal cuya copia obra en fs. 25 a 40. La cámara lo denegó (cf. copia de la resolución denegatoria en fs. 43 y vts.) y esa denegación motivó esta queja.

En general, el demandado impugna la sentencia que lo condenó alegando que ella es contraria al derecho a la libertad de expresión garantizado centralmente por los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional, tal como se lo ha interpretado en los precedentes de V.E. publicados en Fallos: 331:1530 (“Patitó”), 321:3403 (“Al-sogaray”), 316:703 (“Gutheim”) y en los votos del juez Petracchi en Fallos: 321:2637 (“Cancela”), y de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558 (“Amarilla”).

En particular, el recurso atribuye a la sentencia el haber desconocido, en primer lugar, la doctrina constitucional según la cual el “único límite” a la protección garantizada por el derecho a la libertad de expresión está dado por “aquellas expresiones que no integran un discurso crítico sino que son meros insultos o expresiones que sólo invitan a la pelea. En la doctrina de la Corte de los Estados Unidos recogida por V.E. los términos prohibidos son llamados *fighting words*” (fs. 26).

En segundo término, objeta que la decisión del *a quo* crea “un doble estándar para criticar, donde los funcionarios tienen menos libertad para criticar que el resto de los ciudadanos” (fs. 31 vta.), lo que implicaría un trato discriminatorio “que basta con remitir al art. 16 de la Constitución para desecharlo” (fs. 35 vta.).

Y, tercero, sostiene que la cámara hizo uso de una presunción de daño y puso sobre el demandado la carga de probar la ausencia de perjuicio y, de ese modo, violó la doctrina de V.E. del considerando 8º de Fallos: 331:1530 sobre cargas probatorias en procesos como el *sub examine*.

Finalmente, el recurrente atribuye también arbitrariedad a la sentencia apelada, aduciendo en ese sentido que el *a quo* prescindió de prueba que debería haber considerado en relación con la existencia de un daño y de los argumentos que el demandado brindó para oponerse a la publicación de la sentencia en los términos del artículo 1071 bis del Código Civil.

-III-

Como en los precedentes de V.E. que el recurrente cita en su apoyo, los agravios aquí planteados postulan una cuestión federal en los términos del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48, pues cuestionan la inteligencia que el *a quo* le ha dado a las cláusulas de la Constitución nacional sobre libertad de expresión y la decisión apelada ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas.

Los agravios relativos a la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado están tan estrechamente conectados con la cuestión federal postulada que merecen, en todo caso, un tratamiento conjunto al de aquélla (cf. Fallos: 325:50, 326:4931, 327:943, entre muchos otros).

Si bien propiciaré en definitiva que no ha de hacerse lugar a la queja interpuesta en virtud de que –en mi opinión– el planteo no satisface el requisito de adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48, no quiero dejar de observar el modo especialmente arbitrario en el que el tribunal *a quo* denegó el recurso extraordinario en su decisión copiada en fs. 43 y vta. En efecto, a pesar de que la impugnación alegaba en primer término una cuestión federal clara y sólo accesoriamente afirmaba un caso de arbitrariedad, la cámara se limitó a considerar éste último

como si fuera el único agravio esgrimido, para responderlo, a su vez, afirmando sin más ni más que “[l]a decisión aquí recurrida se encuentra debidamente fundada”, sin intentar siquiera ofrecer alguna una razón específica en respaldo del rechazo que así resolvía. Decisiones como la que denegó el recurso son precisamente las que han motivado la doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias.

Lleva razón, entonces, el recurrente en su queja al sostener que el rechazo que ha obtenido de parte del *a quo* el recurso extraordinario interpuesto ha sido totalmente infundado.

-IV-

Sin embargo, como anticipé, entiendo que el planteo de la cuestión federal alegada no satisface el requisito de fundamentación autónoma del artículo 15 de la ley 48 y, por ello, opino que la queja ha de ser denegada. Como lo ha sostenido reiteradamente V.E., ese requisito de admisibilidad obliga a incluir en el escrito de interposición una crítica concreta y razonada de los argumentos en los que se basa la sentencia apelada, sin que sea suficiente sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en ella (cf. Fallos: 302:418, 310:2376, 331:563, entre muchos otros).

En el recurso en examen, en cambio, la parte afirma que la sentencia apelada viola la doctrina desarrollada en la jurisprudencia de V.E. sobre libertad de expresión, pero los precedentes que forman esa jurisprudencia –que el recurrente cita en apoyo de su afirmación– no contienen la doctrina que el escrito de interposición del recurso les atribuye. En tales condiciones, la crítica presentada no es más que la afirmación de una interpretación distinta de la sostenida por el *a quo* y, en esa medida, entiendo que no es suficiente para habilitar la instancia extraordinaria ante V.E.

La cuestión federal debatida en el caso *sub examine* refiere a la interpretación del alcance del derecho constitucional a la libertad de expresión en relación con los insultos dirigidos contra personas individualizadas en el contexto de una entrevista periodística. En cambio, los precedentes de V.E. en los casos de Fallos: 321:2637 (“Cancela”) y 321:3403 (“Alsogaray”) refieren a una cuestión marcadamente distinta, a saber, la del alcance de aquel derecho en relación con el ejercicio de

la sátira social o política, en textos o espectáculos humorísticos.

Por su parte, la sentencia dictada en el caso “Patitó” (Fallos: 331:1530) tampoco es pertinente para la solución del caso actual, pues ella expresa la doctrina de V.E. sobre los límites –derivados del derecho a la libertad de expresión– para la responsabilidad jurídica por la difamación producida a través de la propagación de información falsa o inexacta. El texto de V.E. al dictar sentencia *in re* “Patitó” es explícito en ese sentido: “Por lo demás, no se trata el presente caso de otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caber en la categoría de ‘insulto’ (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert)” (Fallos: 331:1530, considerando 8º).

Como lo sugiere la referencia incluida en el enunciado transcripto, el único antecedente específico en la jurisprudencia de V.E. en relación con los límites constitucionales a la responsabilidad por insultos o manifestaciones denigrantes proviene del voto de los jueces Petracchi y Bossert en el caso “Amarilla” (Fallos: 321:2558, especialmente considerando 13). Allí se esbozaron los rasgos mínimos de un estándar para evaluar la imposición de responsabilidad jurídica por manifestaciones insultantes a la luz del derecho a la libre expresión. El voto es categórico al afirmar que “no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada”. Y agrega que un posible reproche jurídico en ese campo sólo puede tomar como objeto “la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido pues éste, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre”; que la elucidación del sentido de los epítetos utilizados ha de ser contextual, tomando especialmente en cuenta “la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidas, así como el grado de agresividad discursiva propia de ese medio”; y, finalmente, en particular en los casos de crítica política a los poderes o funcionarios públicos, que “el reproche jurídico sólo puede tener lugar en supuestos en los cuales con él no se resienta el interés preponderante relativo a que la crítica de la actividad de los funcionarios y de la marcha de los negocios de la Nación alcance estado público”.

Esta doctrina –que, vale recalcar, apenas fue esbozada en el voto de los jueces Petracchi y Bossert en “Amarilla”, quienes en definitiva concluyeron que el lenguaje crítico utilizado en los artículos periodísticos por los que se había condenado al señor Amarilla no contenía “insulto o epíteto denigrante” alguno (cf. considerando 14 del voto citado)– no coincide con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre “palabras de lucha” o *fighting words* que el recurrente parece atribuir también a V.E.

Esa jurisprudencia constitucional estadounidense tiene su origen en el caso “Chaplinsky v. New Hampshire” (315 U.S. 568 [1942]), en el que el tribunal confirmó una condena penal impuesta al señor Chaplinsky por los insultos que este había dirigido a un funcionario municipal (a quien llamó “maldito fascista” y “maldito corrupto”), sobre la base de la doctrina de que el derecho constitucional a la libertad de expresión no ofrece una protección para ese uso del lenguaje. La jurisprudencia estadounidense generada a partir de ese precedente parece indicar algunas restricciones acerca del uso combativo del lenguaje no alcanzado por la garantía constitucional –como por ejemplo, el hecho de que el insulto sea proferido “en la cara” del destinatario– que no están siquiera sugeridas por el voto de los jueces Petracchi y Bossert en “Amarilla”.

Esas restricciones de la jurisprudencia estadounidense sobre *fighting words*, dicho sea de paso, han sido objetadas como infundadas incluso por doctrina partidaria de la más amplia libertad de expresión (cf., por ejemplo, Joel Feinberg, *Offense to Others*, Oxford University Press, 1985, págs. 226 ss.; y Kent Greenawalt, *Fighting Words*, Princeton University Press, 1995, págs. 47 ss.). En todo caso, no hay nada que indique –en contra de lo que el recurrente manifiesta sin respaldo específico alguno– que algo así como la doctrina de las *fighting words* sea –o incluso deba ser– el único límite a la libertad de expresión.

En tales condiciones, entiendo que la impugnación por contraria a la libertad de expresión de una condena civil por lo que ha sido reputado como un insulto innecesario carece de la fundamentación suficiente para habilitar la instancia ante V.E.

-V-

Algo semejante ocurre, en mi opinión, con el agravio referido a la posible distinción inadecuada en la que el *a quo* habría incurrido al sostener la existencia de estándares distintos para evaluar la responsabilidad por manifestaciones insultantes proferidas en una entrevista periodística, según cuál sea la posición que ocupa, o el papel que desempeña, el entrevistado que las profiere. Para el recurrente no hace falta más que remitir al artículo 16 de la Constitución para fundar la proposición de que es inconstitucionalmente discriminatorio establecer “un doble estándar para criticar, donde los funcionarios tienen menos libertad para criticar que el resto de los ciudadanos” (fs. 31 vta.).

Sin embargo, de acuerdo con una muy arraigada jurisprudencia, el alcance del derecho a la libertad de expresión no es uniforme, sino que varía según el tipo de expresión en juego –por ejemplo, según se trate de juicios de valor o informaciones susceptibles de ser verificadas o falseadas, expresiones artísticas, simples insultos (cf., por ejemplo, Fallos: 331:1530 y disidencia del juez Petracchi en Fallos: 321:2637)–, el carácter de las personas aludidas en ellas –por ejemplo, si es una persona pública o no lo es (cf., por ejemplo, Fallos: 310:508, 333:2079)–, el contexto en el que la manifestación tiene lugar –por ejemplo, la crítica de la labor de los poderes públicos, un discurso comercial, una discusión entre particulares – y el medio por el que se la difunde (cf., por ejemplo, Fallos: 315:1943, cons. 4º).

Frente a una doctrina constitucional de esas características, la afirmación de que un estándar más estricto para evaluar la pertinencia o necesidad de un insulto o manifestación irritante cuando éste es proferido por un gobernador de una provincia en el contexto de una entrevista política equivale a introducir un trato discriminatorio en violación del artículo 16 de la Constitución requiere, entiendo, de un esfuerzo argumental que el recurrente, empero, no ha hecho. Es así que considero que, también en ese aspecto, el recurso no satisface la exigencia de fundamentación autónoma.

-VI-

Por último, el recurrente objeta aspectos de la decisión del *a quo* que éste

fundó en el derecho común que consideró aplicable. En especial, el recurrente se agravia por el modo en que la Cámara Civil consideró probado el daño que condenó a indemnizar y por cómo ordenó la publicación de una noticia de la sentencia.

En relación con el primer aspecto, respondiendo a la objeción oportuna del demandado, el *a quo* concluyó con los términos siguientes: “El agravio moral se caracteriza como la lesión sufrida en los sentimientos íntimos de un individuo que determina dolor o sufrimiento en afecciones legítimas, cuya reparación está determinada por imperio del art. 1078 del C. Civil, y que con independencia de lo establecido por el art. 1068 del mismo cuerpo legal impone al autor del ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia, se prueba este daño con la presunción que encuentra como indicio al propio hecho antijurídico –‘res ipsa loquitur’–, por lo que no se trata en autos de una inversión de la carga de la prueba del modo en que lo propone el nulidiscente [sic]” (fs. 15 vta. y 14).

Soy de la opinión de que si, en efecto, las manifestaciones insultantes del señor Acevedo estuvieran de algún modo protegidas por el derecho a la libertad de expresión, entonces o bien ellas no podrían dar lugar a responsabilidad civil por daños, o bien, si pudieran dar lugar a alguna clase de compensación, ésta estaría condicionada a la prueba del daño sufrido, cuya carga habría de pesar sobre el actor que se dice dañado (favorecería, esto es, una aplicación extensiva del principio establecido en el considerando 8º de la sentencia de V.E. *in re* “Patitó” para la prueba del factor de atribución subjetivo). Empero, el tribunal *a quo* consideró que las manifestaciones no estaban alcanzadas por ese derecho y la impugnación extraordinaria –según lo sostuve en las secciones anteriores de este dictamen– no permite revisar en esta instancia esa conclusión.

-VII-

Con respecto a la decisión de publicar una reseña de la sentencia –decidida sobre la base de una interpretación de lo dispuesto en el artículo 1071 bis del Código Civil que el apelante también objeta sobre la base de consideraciones ajenas a la competencia extraordinaria de V.E.– el recurso afirma, sin abundar, que el *a quo* ha ignorado la doctrina del precedente publicado en Fallos: 316:703 (“Gutheim”).

Tal como ha sido planteada, la objeción carece llanamente de fundamento. En la sentencia dictada en el caso “Gutheim”, V.E. resolvió un aparente conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información –que alegaba el demandado– y el derecho a la privacidad e intimidad –en el que fundaba el actor su pretensión de indemnización–. V.E. concluyó, que en virtud de la naturaleza de la información propalada, ella era incapaz de afectar el interés en la privacidad e intimidad que el actor alegaba afectado y, por lo tanto, rechazó la demanda. No hubo allí discusión alguna sobre la posible publicación de la sentencia cuya impugnación habilitó la instancia extraordinaria, ni sobre la extensión de la interpretación del artículo 1071 bis del Código Civil.

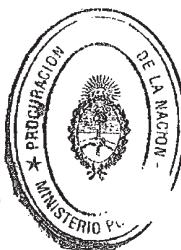
Ante la falta de un argumento explícito que enlace lo decidido en ese precedente con algún error atribuible a la sentencia ahora en cuestión, estimo que no corresponde dar por satisfecho el requisito de fundamentación autónoma del artículo 15 de la ley 48.

—VIII—

Por todo lo expuesto, opino que correspondería no hacer lugar a la queja interpuesta.

Buenos Aires, 29 de marzo de 2012.

ESTEBAN RIGHI  
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION



## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *14 de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Sergio Edgardo Acevedo en la causa Canicoba Corral, Rodolfo Aristides c/ Acevedo, Sergio Edgardo y otros s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que Rodolfo Aristides Canicoba Corral dedujo demanda contra Sergio Acevedo con el objeto de que se lo condenara a resarcir los daños y perjuicios sufridos a raíz de la publicación de una entrevista en la que el demandado –entonces Gobernador de la Provincia de Santa Cruz–, utilizó expresiones que el actor consideró ofensivas para su dignidad personal y honor profesional. Afirmó que violó su honorabilidad y desprestigió su carrera de magistrado, configurándose un grave daño moral. Asimismo, solicitó que se publicara la sentencia en el diario Página 12 o en otro medio de amplia circulación.

2º) Que la cuestión surge con motivo del reportaje publicado por el diario Página 12, con fecha 11 de mayo de 2004, en la que Sergio Acevedo respondió a las supuestas acusaciones formuladas por el ex Presidente Carlos Menem sobre el manejo del dinero de la Provincia de Santa Cruz, que habría estado depositado en el extranjero, según indicaba el subtítulo respectivo. En el marco de la requisitoria periodística, el mandatario provincial hizo referencia a la actuación de un grupo de jueces que habían sido designados durante dicho mandato presidencial.

En lo que aquí interesa, al contestar la pregunta del periodista acerca de si creía en esos jueces, el demandado respondió: "Mire cómo reacciona la corporación judicial frente a cualquier atisbo de reforma. Todos sabemos lo que son los Urso, Oyarbide... seres detestables... Bonadio, Canicoba Corral... Son los jueces de la servilleta".

3º) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el fallo de primera instancia que había condenado al demandado por considerarlo responsable de utilizar expresiones desmedidas y elevó el monto de la indemnización otorgada en concepto de daño moral. Asimismo, ordenó publicar una síntesis de la sentencia en el diario Página 12.

Para adoptar esa decisión sostuvo que, la función que ejercía el demandado como Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, y sus antecedentes como Diputado de la Nación y presidente de la comisión de juicio político, exigían que no utilizara expresiones que menoscabaran el prestigio de varios jueces federales designados durante la presidencia de Carlos Menem, dado que insinuaba que se trataba de magistrados corruptos que no cumplían con su deber por no haber puesto en prisión al aludido ex mandatario.

4º) Que el a quo, después de señalar las distintas acepciones que tenía la palabra "detestable", afirmó que las declaraciones del demandado no tuvieron relación con los derechos de informar y ser informado, sino que éstas habían superado los límites de tolerancia razonable en la crítica, conducta que consideró reprochable en los términos del art. 1071 del Código Civil.

Expresó también que el demandado había utilizado el medio de prensa como una suerte de tribuna para responder a críticas que, al cuestionarse la administración de dineros públicos, lo afectaron como Gobernador de la Provincia de Santa Cruz. Por otro lado, el tribunal indicó que el ex mandatario provincial conocía perfectamente cuales eran los resortes institucionales previstos legalmente para evaluar la conducta de los jueces.

Finalmente, destacó que el carácter ofensivo de las imputaciones efectuadas respecto del actor surgía de las propias manifestaciones del demandado, resultando innecesaria la intención de ofender porque bastaba con que se hubiese obrado con im-

prudencia o negligencia para generar la consecuente responsabilidad civil.

5º) Que contra esa decisión el demandado dedujo recurso extraordinario que, desestimado, dio origen a la presente queja. Sostiene al respecto que el fallo apelado: (i) cercena la libertad de expresión, pues el único límite que existe para la crítica de los funcionarios públicos son los insultos o expresiones que invitan a la pelea (fighting words); (ii) que como hombre público se limitó a decir lo que pensaba sobre el desempeño de algunos jueces federales que actuaron durante la década del 90, dijo que eran "detestables" como jueces; en este sentido, aclaró que el accionar de esos magistrados, entre los que se encontraba Canicoba Corral, fue pésimo; (iii) añadió que, en tal sentido, el término "detestable" no había sido incorrecto o demasiado porque al significar "pésimo" -entre otras acepciones-, esa era la que correspondía adoptar en el marco de un debate político sobre la actuación de un sector de la justicia federal; (iv) que como ciudadano tenía el derecho a decir lo que pensaba de un funcionario público, y que como hombre público tenía la obligación moral de hacerlo; (v) por último, alegó que la sentencia apelada se apartó de la doctrina sentada por la Corte en las causas "Amarilla", "Gutheim" y "Patitó", y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Kimel".

6º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en tanto controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que el demandado fundara en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Los agravios sustentados en la tacha de arbitrariedad, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente.

7º) Que, en consecuencia, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso, como asimismo, las personas involucradas en éste. Por un lado, el

demandado –ex Gobernador de la Provincia de Santa Cruz y ex presidente de la comisión de juicio político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación– ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión y crítica, y por otro, el actor –Juez federal– ha invocado su derecho a la honra y reputación profesional.

8º) Que, si bien las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos excesivamente duros o irritantes –criterio que responde al prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate sobre cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, en tanto garantía esencial del sistema republicano– (“Campillay”, Fallos: 308:789), de ello no cabe derivar la impunidad de quienes, por su profesión y experiencia, han obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular de los derechos de petición y crítica.

9º) Que, en tal sentido, el criterio de ponderación debe estar dado por la ausencia de expresiones estrictamente e indudablemente injuriantes.

En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada (“Amarilla”, Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert; y “Patitó”, Fallos: 331:1530).

Asimismo, la elucidación del sentido de los epítetos ha de ser contextual, tomando especialmente en cuenta la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidas, así como el grado de agresividad discursiva propia de ese medio.

Cabe agregar que, no es determinante la presencia de una mala intención o de motivos disvaliosos, antes bien, se trata del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición en nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia.

10) Que, en tal sentido, la individualización y calificación del juez Rodolfo Aristides Canicoba Corral como un ser "detestable", teniendo en cuenta las distintas acepciones que tiene dicha locución en el Diccionario Hispánico Universal y en el de la Real Academia Española: "aborrecible", "abominable", "execrable", "despreciable", "odioso", "reprobable", "condenable", "péssimo", "infame", entre otras, constituye una expresión insultante –aun en relación a un juez respecto del cual se atenua la defensa ("Baquero Lazcano", Fallos: 326:4136, considerando 21, entre otros)–, que excede los límites del derecho de crítica y a la libertad de expresión por parte del demandado, ofendiendo la dignidad y decoro del magistrado actor.

Elio así, máxime cuando la alta carga peyorativa que conlleva dicha expresión no pudo pasar desapercibida para un funcionario público como Sergio Acevedo que, además de Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, fue presidente de la comisión de juicio político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, lo cual lo conducía a obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento de las cosas (conf. art. 902 del Código Civil).

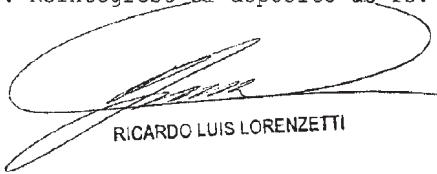
11) Que, desde tal perspectiva, no puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin que se les repare el daño injustamente sufrido. Elio así, pues, el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico no constituye una muestra de debilidad, ni denuncia una falta de espíritu republicano.

Admitir lo contrario, importaría tanto como consagrarse la existencia de una categoría de ciudadanos que –por su cargo o función pública– quedarian huérfanos de tutela constitucional y expuestos al agravio impune (causa M.151.XLIV "Maiztegui, Martín José c/ Acebedo, Horacio Néstor", disidencia del juez Fayt, sentencia del 5 de octubre de 2010).

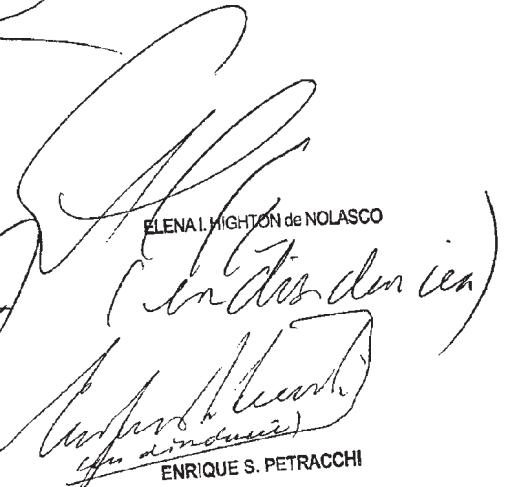
12) Que, por último, cabe señalar que el recurrente afirma que la sentencia apelada viola la doctrina desarrollada en la jurisprudencia de esta Corte sobre libertad de expresión.

Resulta claro que el término "detestable" propalado por el demandado, debe considerarse un insulto, y difiere de las opiniones, críticas, ideas o juicios de valor que podrían efectuarse respecto de un funcionario público, por lo que los precedentes alegados no son análogos al sub examine.

Por lo expresado y oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la -///-decisión apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y devuélvase.



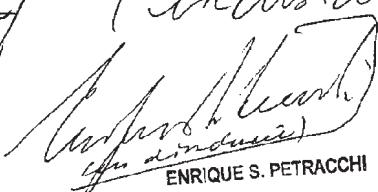
RICARDO LUIS LORENZETTI



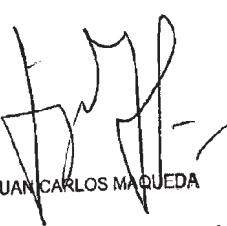
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



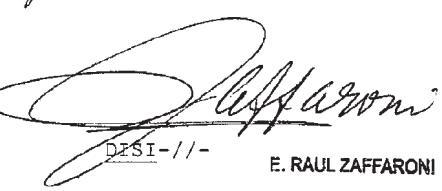
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI

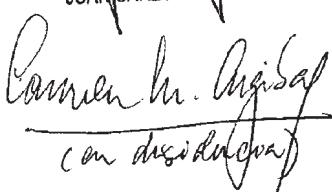


JUAN CARLOS MAQUEDA



DISI-11-

E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

-//DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que Rodolfo Canicoba Corral dedujo demanda contra Sergio Acevedo por indemnización del daño moral sufrido a raíz de la publicación de una entrevista en la que el ex Gobernador de la Provincia de Santa Cruz había utilizado expresiones que consideró ofensivas para su dignidad personal y honor de magistrado. Asimismo, solicitó que se publicara la sentencia en el diario Página 12 o en otro medio de amplia circulación.

2º) Que la cuestión surge con motivo del reportaje publicado el 11 de mayo de 2004 por el diario Página 12, en la que el entonces gobernador respondió a las acusaciones formuladas por el ex presidente Carlos Menem sobre el manejo del dinero de la Provincia que estaba depositado en el extranjero. En el marco de la requisitoria periodística el mandatario provincial —que había calificado a Menem como un delincuente mentiroso que debía estar entre rejas— hizo referencia a la actuación de un grupo de jueces que habían sido designados durante su mandato presidencial.

Al contestar la pregunta del periodista acerca de si creía en esos jueces, el demandado respondió "Mire cómo reacciona la corporación judicial frente a cualquier atisbo de reforma. Todos sabemos lo que son los Urso, Oyarbide...seres detestables...Bonadio, Canicoba Corral...ahora fíjese lo que es la corporación judicial en el Consejo de la Magistratura ¿Qué sistema de selección tuvieron con esos jueces?"; más adelante dijo "Menem habla de una persecución de una Justicia que él mismo designó. Son los jueces de la servilleta".

3º) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el fallo de primera instancia que había condenado al demandado por considerarlo responsable de utilizar expresiones desmedidas y elevó el monto de la indemnización, en

concepto de daño moral, a la suma de \$ 22.000. Asimismo, ordenó publicar la sentencia en el diario Página 12.

Para adoptar esa decisión sostuvo que la función que ejercía el demandado y sus antecedentes como diputado de la Nación y presidente de la comisión de juicio político, exigían que no se utilizaran expresiones que menoscabaran el prestigio de varios jueces federales designados durante la presidencia de Carlos Menem, dado que insinuaban que se trataba de magistrados corruptos que no cumplían con su deber por no haber puesto en prisión al ex presidente.

4º) Que el a quo, después de señalar las distintas acepciones que tenía la locución "detestable" en el Diccionario Hispánico Universal y en el de la Real Academia Española ("abominable", "reprochable", "condenable", "execrable", "aborrecible", "péssimo", "infame", "odioso"), afirmó que las declaraciones del demandado habían superado los límites de tolerancia razonable en la crítica, conducta que consideró reprochable en los términos del art. 1071 del Código Civil.

Expresó también que el demandado había utilizado el medio de prensa como una suerte de tribuna para responder a críticas que, al cuestionarse la administración de dineros públicos, lo afectaron como Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, aparte de que el ex mandatario conocía perfectamente cuáles eran los resortes institucionales previstos para evaluar la conducta de los jueces.

Finalmente, destacó que el carácter ofensivo de las imputaciones efectuadas respecto del actor surgió de las propias manifestaciones del demandado, resultando innecesaria la intención de ofender porque bastaba con que se hubiese obrado con imprudencia o negligencia para generar la consecuente responsabilidad civil.

5º) Que contra esa decisión el demandado dedujo recurso extraordinario que, desestimado, dio origen a la presente queja. Sostiene que el fallo apelado cercena la libertad de ex-

presión, pues el único límite que existe para la crítica de los funcionarios públicos son los insultos o expresiones que invitan a la pelea (fighting words); que su parte se limitó a decir lo que pensaba sobre la actuación de algunos jueces federales durante la década del 90 y a dar su visión política sobre el tema, pero jamás se refirió a la vida personal del actor; que el término "detestable" no había sido incorrecto o desmedido porque esa expresión significa "péssimo" –entre otras acepciones–; y que en el marco de un debate político sobre la actuación de un sector de la justicia federal, esa era la acepción que correspondía adoptar, pues no constituía un insulto o una agresión gratuita.

Se agravia también porque la sentencia apelada se ha apartado de la doctrina sentada por la Corte en la causas "Amarilla" (Fallos: 321:2558) y "Patitó" (Fallos: 331:1530) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Kimel c/ Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008.

6º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en tanto controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que el demandado fundara en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Los agravios sustentados en la tacha de arbitrariedad, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente.

7º) Que, en consecuencia, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado, el demandado ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión que lo habilitaba a formular críticas a la actuación de los funcionarios públicos, y por otro, el actor ha invocado su derecho a la honra y reputación profesional.

8º) Que el Tribunal ha sostenido en la causa Q.18.XLIV "Quantin, Norberto Julio c/ Benedetti, Jorge Enrique y otros s/ derechos personalísimos", resuelta el 30 de octubre de 2012, que en esta materia resulta decisivo determinar si se tra-

ta de expresiones en las que priva la afirmación de hechos (aseveraciones fácticas) o si, por el contrario, se está en presencia de otras en que prevalecen las ideas, las opiniones, los juicios críticos o de valor. La utilización de esta clasificación tiene como antecedente el caso "Lingens vs. Austria" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sentencia del 8 de julio de 1986.

Allí se afirmó que "se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba" (párrafo 46). Como el periodista Lingens había calificado la conducta del canciller austriaco con expresiones como "el peor o más odioso oportunismo" y criticaba su comportamiento como "inmoral e indigno", sus dichos fueron encuadrados como juicios de valor y, por lo tanto, considerados como el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

9º) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar sentencia en el caso "Kimel, Eduardo vs. República Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008 (publicada en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), Base de sumarios y Boletines de Jurisprudencia CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Libertad de Expresión, diciembre de 2010, pág. 191), también recogió –como se explicó en el fallo antes citado– la distinción entre "hechos" y "juicios de valor". Kimel, cabe recordar, había sido querellado por un juez federal a raíz de expresiones utilizadas en su libro "La Masacre de San Patricio".

La referida Corte dijo: "Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden ser consideradas verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no pueda ser sometida a requisitos de veracidad la prueba de juicios de valor" (párrafo 93, con cita del caso "Lingens vs. Austria"). La distinción de que se viene hablando fue

admitida, asimismo, en un pronunciamiento posterior de la Corte Interamericana: caso "Tristán Donoso c/ Panamá" párrafo 124, del 27 de enero de 2009.

En el párrafo 86 de la citada sentencia Kimel, la Corte Interamericana destacó que "las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público...gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático (conf. caso 'Herrera Ulloa', párrafo 128 y caso 'Ricardo Canesc', párrafo 98). La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del pueblo...".

Dijo, además, en el párrafo 88 del fallo Kimel: "En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población" (conf. caso "La Última Tentación de Cristo", párrafo 69; caso "Ivocher Bronstein", párrafo 152; caso "Ricardo Canese", párrafo 83, y caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", párrafo 47).

10) Que en la referida causa Q.18.XLIV "Quantín, Norberto Julio c/ Benedetti, Jorge Enrique y otros s/ derechos personalísimos", el Tribunal ha adherido explícitamente al criterio desarrollado en el precedente "Amarilla" (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert). En este último, se señaló que el estándar de la real malicia "resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor. En otras palabras, sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de 'New York Times vs. Sullivan'. Ello es así, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturales...no es posible predicar verdad o falsedad" (considerando 9º).

Con relación a las "opiniones, ideas o juicios de va-

lor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros" (considerando 13 del citado voto en "Amarilla"), se expresó que "sólo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es la forma de la expresión y no su contenido pues éste, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre".

Se subrayó, también, que no era suficiente la indagación de los significados literales de los términos usados, pues resultaba necesario considerar "la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidos", y se concluyó señalando que "el criterio de ponderación deberá estar dado, pues, por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. En otras palabras, no hay derecho al insulto, a la vejación gratuita o injustificada".

11) Que corresponde, entonces, determinar si la calificación utilizada por Acevedo para referirse a un grupo de jueces federales -entre los cuales se individualizó al actor- se encuentra tutelada por la Constitución Nacional. La expresión "detestable" no debe someterse al test de veracidad por cuanto no se refiere a hechos atribuibles al demandante, sino a la opinión que el demandado tenía sobre la actuación de algunos magistrados designados durante la administración del presidente Menem. Tal calificación debe haber sido muy dolorosa para el actor -lo que este Tribunal comprende- pero cabe recordar lo señalado por la Corte Interamericana en cuanto a que "las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público...gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático" y que "En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población" (ver supra considerando 9º).

12) Que, tal como se expuso en el precedente "Amari-

lla" (Fallos: 321:2558, considerando 13), el criterio de ponderación deberá estar dado por la ausencia de expresiones estrictamente indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Ello es así pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada. No es determinante la presencia de una mala intención o de motivos viles o carentes de valor, antes bien, se trata del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia.

13) Que este Tribunal ha sostenido que cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas -y tal categoría comprende la de administrar justicia por parte de un juez federal- la tensión entre los distintos derechos en juego -el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas- debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública (doctrina de Fallos: 310:508, considerandos 13 y 14, y Fallos: 326:4136, considerando 17).

14) Que con particular referencia a la libertad de expresión, ha señalado también que las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes (Fallos: 308:789), y no quedan exentos de ellas ni siquiera los jueces de la Nación (Fallos: 269:200), siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno. Dicho criterio responde al prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano. Ello obliga a un criterio

rio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir (Fallos: 319:3085).

15) Que, en el caso, puede concluirse que las expresiones referidas al actor en la entrevista publicada el 11 de mayo de 2004, solo traducen opiniones, ideas o juicios de valor efectuados por el demandado respecto de un funcionario público. No son aptas –aun cuando sean injustas o erradas– para generar responsabilidad civil en tanto se encuentran enmarcadas en una nota crítica sobre el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, lo cual debe ser entendido como acto derivado del legítimo ejercicio de control de los actos de gobierno, sin que se adviertan expresiones que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso.

16) Que, desde esa perspectiva, puede concluirse que el carácter difamatorio que se le atribuye a la locución impugnada no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien desempeña la magistratura, pues a los jueces se los debe tratar como “hombres con fortaleza de ánimo, capaces de sobrevivir en un clima hostil” cuando se lo critica en su esfera de actuación pública (conf. dictamen del señor Procurador General en Fallos: 269:200 y Fallos: 326:4135, considerando 21). Es muy probable que lo publicado haya molestado al demandante, pero ello no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al demandado constituye una restricción indebida a dicha libertad que desalienta el debate público de los temas de interés general.

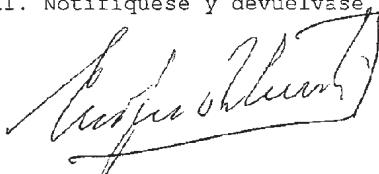
17) Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48), por lo

que corresponde revocar la sentencia apelada.

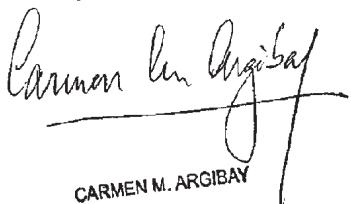
Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por el demandado, se revoca la decisión apelada y se rechaza la demanda. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.



ELENA I. MIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por **Sergio Edgardo Acevedo**, patrocinado por los Dres. **Enrique Paikao** y **Enrique Hidalgo (h)**.

Tribunal de origen: **Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 67**.

---

DE MARTINO, ANTONIO CONRADO  
s/ SU PRESENTACIÓN

*MINISTERIO FISCAL*

La resolución 30/12 por la cual la Procuradora General de la Nación procedió a la designación directa de una secretaría como Procuradora Fiscal ante la Corte no se compadece con el régimen general previsto en el art. 11 de la ley 24.946, ni con la

normativa reglamentaria establecida por medio de las resoluciones 13/98 y 35/98 de la Procuración General de la Nación, puesto que ninguna de las disposiciones que componen el régimen en materia de subrogancias contempla como alternativa -aun como vía de excepción-, la designación directa de abogados ni de funcionarios o auxiliares del Ministerio Público en el cargo de magistrado vacante de que se trata.

### *PROCURACION GENERAL DE LA NACION*

Corresponde declarar la ilegalidad de la resolución 30/12 de la Procuración General de la Nación, que designó una Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte pero, por elementales razones de seguridad jurídica corresponde mantener la validez y eficacia de las actuaciones cumplidas por dicha funcionaria hasta la fecha del pronunciamiento del Tribunal.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Se corre traslado a esta Procuración General en razón de la impugnación dirigida contra el dictamen emitido en los autos A. 203 L. XLVII, “Automóviles Saavedra S.A. c/Fiat Argentina S.A.”, el 13 de marzo de 2013 por la Procuradora Fiscal Subrogante ante esa Corte Suprema, María Alejandra Cordone Roselló.

El impugnante sostiene que la designación de la nombrada mediante la Resolución PGN 30/12 no satisface los requisitos previstos por las disposiciones constitucionales y legales para la designación de los magistrados del Ministerio Público Fiscal (artículos 120 de la Constitución Nacional, y 5 y 6 de la mencionada ley). En base a ello, postula la invalidez del dictamen emitido por esa magistrada en la causa citada.

-II-

En primer lugar, la presentación en estudio resulta improcedente de acuerdo con la doctrina expuesta por la Corte Suprema (Fallos: 328:4604 y 308:875).

De acuerdo con esa doctrina, los dictámenes emanados de los Procuradores Fiscales son insusceptibles de observaciones ulteriores, pues ello no se compadece con las características propias de la vista conferida a este Ministerio Público en el marco de lo dispuesto por el artículo 33, inciso a), punto 5 de la ley

24.946. En efecto, ese dictamen se produce una vez clausurado el debate y cuando la causa se encuentra sometida a conocimiento del Tribunal (cf. doctrina de Fallos: 328:4604).

En este caso, se advierte que la presentación en estudio está sustancialmente dirigida a controvertir el contenido jurídico de la intervención de este Ministerio Público (cf. capítulo III del escrito que suscita esta intervención, fs. 49). Por ello, la presentación es inadmisible.

-III-

En segundo lugar, la impugnación de la Resolución PGN 30/12 es manifiestamente infundada. Los artículos 5 y 6 de la ley 24.946 —en los que se funda la impugnación— establece el procedimiento de selección (mediante concursos de oposición y antecedentes) y designación (por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado) de fiscales y procuradores fiscales para cubrir de modo permanente las plazas previstas en la estructura que el Congreso ha aprobado para el Ministerio Público Fiscal.

Esas reglas no regulan el procedimiento que ha de adoptarse ante la emergencia de una vacancia, licencia, ausencia, impedimento, excusación o recusación de un fiscal o procurador fiscal, que son contempladas por el artículo 11, ley 24.946. Esa norma prevé que los reemplazos y subrogancias se rigen por las leyes y reglamentaciones que se dicten al respecto. En concreto, solamente el reemplazo del Procurador General está previsto por ley, en el propio artículo 11. Con respecto a los restantes reemplazos, la norma delega en la Procuradora General su reglamentación y solo fija un criterio general según el cual la subrogancia debe hacerse, en la medida de lo posible, entre los magistrados y, en caso contrario, por “los integrantes de una lista de abogados que reúnan las condiciones para ser miembros del Ministerio Público” (artículo 11, LOMP).

En uso de esa facultad reglamentaria, se dictaron las resoluciones PGN 13/98 del 31 de marzo de 1998, PGN 35/98 del 9 de junio de 1998 y MP 128/2002 del 24 de octubre del 2002. En líneas generales, esas resoluciones disponen que los fiscales de igual jerarquía funcional se reemplazan recíprocamente, observando la especialidad temática propia de cada fuero. Sin embargo, cuando ello

no fuera posible, se prevé la designación de fiscales de una jerarquía funcional menor.

En particular, la Resolución PGN 35/98 aclara que la lista de abogados prevista en el artículo 11 puede ser integrada por funcionarios y personal auxiliar del Ministerio Público. Posteriormente se dispuso, por medio de la Resolución PGN 58/04, que los funcionarios y personal auxiliar que accedieran a esas subrogancias recibirían la remuneración adicional prevista en la Resolución PER 219/96.

Es relevante recordar que de acuerdo con la ley 24.946 la Procuradora General de la Nación es la jefa máxima del Ministerio Público Fiscal. Tiene a su cargo el gobierno de este organismo (artículo 21), que debe ser ejercido a los efectos de garantizar su cometido constitucional: promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (artículo 120, Constitución Nacional y artículo 1, ley 24.946). En particular, el artículo 33 reconoce a la Procuradora General de la Nación la atribución de ejercer la superintendencia general sobre el Ministerio Público Fiscal y, en particular, la de dictar los actos necesarios para “establecer una adecuada distribución del trabajo entre sus integrantes [y] sus respectivas atribuciones y deberes” (artículo 33, inciso II, LOMP).

Así, ante el surgimiento de una vacancia en un cargo de fiscal o procurador fiscal que puede afectar el normal cumplimiento de la función, corresponde a la titular del organismo asegurar la prestación del servicio público que la vacancia pone en riesgo mediante la designación de un reemplazante provisorio.

-IV-

El nombramiento de María Alejandra Cordone Roselló fue dispuesto en ejercicio regular de esas facultades de superintendencia y en el marco del régimen reglamentario descripto (cf. Resolución PGN 30/2012).

En efecto, la renuncia de la entonces Procuradora Fiscal Marta Amelia Beiró de Gonçalvez (cf. Resolución PER 842/2012) generó la necesidad de cubrir la vacancia para asegurar la continuidad del cumplimiento de las funciones del artículo 35 de la ley 24.946 en el Área de Derecho Privado de la Procuración General de la Nación hasta tanto se completara el procedimiento de selección y designación previsto en los artículos 5 y 6 de la ley.

De acuerdo con los fundamentos de la Resolución PGN 30/2012, a los efectos de cubrir esa vacante se tuvo especialmente en cuenta que las leyes y reglamentaciones no contemplan el supuesto de vacancia de los cargos de los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, razón por la cual debió recurrirse a aquellos criterios que, en forma general, se establecen para los demás magistrados del Ministerio Público.

En concreto, se advirtió que la diferente especialidad técnica de los otros procuradores fiscales ante la Corte Suprema —quienes tienen a su cargo las áreas temáticas de derecho penal y derecho público (no penal)—, sumado al volumen de trabajo de cada una de las áreas, hacía inconveniente encomendar a alguno de ellos subrogar el área vacante. El marcado incremento de tareas que habría conllevado hacerse cargo de un área temáticamente ajena, habría puesto en riesgo el normal funcionamiento incluso de sus propias dependencias.

Como también se lo expuso en los fundamentos de la Resolución PGN 30/2012, hubo de descartarse la posibilidad de escoger un subrogante entre los fiscales generales con competencia en materias de derecho privado. En esos fueros, hay un solo fiscal general titular, encontrándose vacantes las fiscalías generales ante las cámaras de apelación en lo civil, en lo comercial y en la seguridad social.

Por último, el cúmulo de tareas que recaía sobre los fiscales de primera instancia con competencia en materias de derecho privado —generado, a su vez, por la gran cantidad de fiscalías vacantes que deben ser subrogadas por esos magistrados— y la distinta instancia de actuación que implica el cargo de Procurador Fiscal ante la Corte Suprema desaconsejaban designar a alguno de ellos para subrogar la vacante en cuestión.

En suma, ante la imposibilidad de designar un fiscal versado en la materia de especialización del área en reemplazo de la Procuradora Fiscal Beiró de Gonçalvez, esta Procuración General concluyó que la mejor opción disponible residía en que la responsabilidad recayera interinamente en María Alejandra Cordone Roselló, la funcionaria de mayor jerarquía en el Área de Derecho Privado de la Procuración General, quien cumplía con los requisitos del artículo 7 de la ley 24.946 y garantizaba continuidad en la gestión de la dependencia y la necesaria competencia

temática en la especialidad del área. Se tuvo en cuenta que la nombrada se desempeña como Secretaria de la Procuración General de la Nación desde el 16 de diciembre de 2005 (cf. Resolución PER 1579/05) y que fue asignada específicamente al Área de Derecho Privado desde el 26 de febrero de 2008 (Resolución PER 213/08).

Tales motivos revelan que la Resolución PGN 30/12 fue dictada, en ejercicio regular de las facultades de superintendencia y en el marco del régimen reglamentario vigente, a los efectos de afrontar la emergencia generada por la producción de una vacancia y a fin de eludir la paralización del cumplimiento de las funciones asignadas a este Ministerio Público.

Por último, cabe destacar que la razón que llevó a la Corte Suprema a declarar la invalidez del régimen de subrogancias previsto por la Resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura para el poder judicial no se aplica al ámbito del Ministerio Público Fiscal (*Fallos* 330:2361). El procedimiento de designación de los fiscales por parte del Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado está previsto en el artículo 5 de la ley 24.946. Esa misma ley prevé expresamente que las designaciones transitorias del artículo 11 no siguen ese procedimiento, dado que los magistrados del Ministerio Público pueden ser incluso reemplazados por abogados de la matrícula y funcionarios de este organismo, siempre que reúnan las condiciones para acceder al cargo que subrogan. Cabe destacar que la Constitución Nacional no prevé expresamente que los fiscales —a diferencia de los jueces— deban ser designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. El distinto rol de los fiscales y de los jueces explica esa distinción.

-V-

Por lo expuesto, entiendo que corresponde desestimar la presentación respecto de la que se me ha corrido vista.

Buenos Aires, 5 de junio de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBO

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, catáceo de agosto de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que estas actuaciones tienen lugar a raíz de la presentación de Antonio Conrado De Martino, por sí y en su carácter de presidente del directorio de Automóviles Saavedra S.A., solicitando a la Corte que se declare la nulidad del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante –doctora Alejandra Cordone Roselló– producido en la causa A.203.XLVII –Recurso de Hecho– “Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A. s/ ordinario”, proceso en trámite ante esta sede –en la instancia del art. 14 de la ley 48– y en el cual la presentante es parte actora tanto en sentido formal como sustancial.

El peticionario sostiene su planteo reproduciendo la denuncia penal formulada –ante la justicia federal– por el Senador Nacional y Consejero de la Magistratura Mario Jorge Cimadevilla, por la cual imputa a la Procuradora General Alejandra Gils Carbó los delitos previstos en los arts. 248 y 253 del Código Penal, al crear cargos sin estar habilitada para ello y efectuar designaciones sin cumplir con el procedimiento legalmente contemplado para cubrir esos y otros cargos preexistentes. El presentante, sobre la base de esa denuncia, postula la ilegalidad del nombramiento de la doctora Alejandra Cordone Roselló –por resolución 30/12– como Procuradora Fiscal subrogante ante esta Corte, puesto que en ningún caso un empleado o funcionario del Ministerio Público Fiscal puede actuar como magistrado y, en tal calidad, cumplir las funciones que la ley 24.946 encierra a los Fiscales que actúan ante este estrado [fs. 44/53].

Tras el traslado corrido por el Tribunal, la Procuradora General efectuó la presentación agregada a fs. 56/58, en la cual reproduce, en sustancia, los fundamentos que sostuvieron la resolución 30/12.

2º) Que el planteo es formalmente admisible con arreglo al principio general formulado por esta Corte en la sentencia de Fallos: 156:283, según el cual el Tribunal cuenta con facultades para avocar el examen de las actuaciones, y aún proceder de oficio, cuando ellas se dicen o aparecen realizadas con

transgresión de principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, velando por su eficacia en cumplimiento de los altos deberes que al respecto le conciernen. Y un quebrantamiento de esa gravedad verificó la Corte en ese precedente, al estar afectada "*la constitución legal misma de los tribunales federales, indispensable para fallar las causas*", situación que se extiende naturalmente a la representación del Ministerio Público Fiscal ante esta Corte, en orden a lo dispuesto en el art. 120 de la Constitución Nacional y en la ley reglamentaria 24.946 como intervención necesaria antes de las sentencias del Tribunal en las materias alcanzadas (art. 33; Código Procesal Penal de la Nación, art. 167).

Desde esta concepción, no es novedosa la intervención del Tribunal en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales regladas por el art. 14 de la ley 48, como en definitiva sucede en el caso, ante situaciones regladas por normas federales en que "...a fin de procurar una recta administración de justicia era indispensable preservar el ejercicio de las funciones que la ley encomienda al Ministerio Público (caso "Lamparter", de Fallos: 315:2255, y su cita de Fallos: 311:593).

3º) Que la resolución PGN 30/12 por la cual la Procuradora General procedió a la designación directa de la secretaría Cordone Roselló como Procuradora Fiscal ante esta Corte no se compadece con el régimen general previsto en el art. 11 de la ley 24.946, ni con la normativa reglamentaria establecida por medio de las resoluciones PGN 13/98 y PGN 35/98, puesto que ninguna de las disposiciones que componen el régimen en materia de subrogancias contempla como alternativa -aun como vía de excepción-, la designación directa de abogados ni de funcionarios o auxiliares del Ministerio Público en el cargo de magistrado vacante de que se trata.

Ello es así, pues el art. 11 de la ley 24.946, tras disponer con particular referencia al Procurador General que será reemplazado por el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema

con mayor antigüedad en el cargo, establece como principio general el enunciado de que los magistrados del Ministerio Público se subrogan entre sí. Sólo de no ser posible esta modalidad [énfasis agregado], dicha norma prevé que serán reemplazados por los integrantes de una lista de abogados que reúnan las condiciones para ser miembros del Ministerio Público, la cual será conformada por insaculación en el mes de diciembre de cada año.

4º) Que no parece disputable, pues, que la subrogación de magistrados del Ministerio Público Fiscal se rige por las dos alternativas legalmente previstas, con la consecuente prohibición de designaciones directas. Esta ha sido, además, la interpretación que emerge de la redacción de los ordenamientos reglamentarios dictados en el seno mismo del Ministerio Público Fiscal, pues ha sido expresa la decisión de contemplar la inclusión como subrogantes de los funcionarios y auxiliares solo a partir de su insaculación en la lista de reemplazantes que prevé el segundo párrafo del art. 11 citado [ver punto dispositivo 6º de la Resolución PGN 35/98].

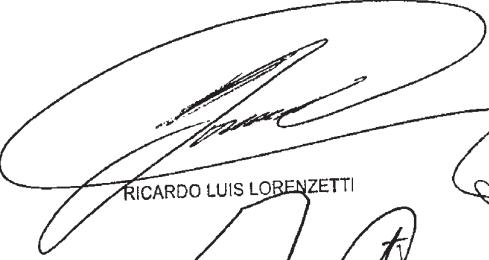
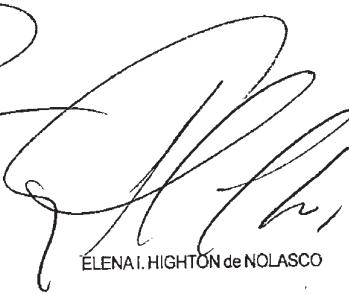
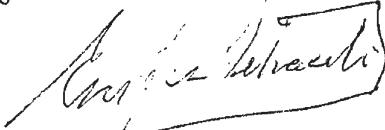
Por lo demás, ésta fue la interpretación consistentemente llevada a cabo en el ámbito de la Procuración General ante situaciones análogas de vacancia de cargos de Procuradores Fiscales ante esta Corte, en que se procedió a la designación como subrogantes de magistrados que revistaban en el cargo de Fiscales, afirmando para ello que "...ante la ausencia de norma alguna que regule específicamente el modo en que deben ser reemplazados los señores Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, corresponde su sustitución en los términos del art. 11 de la ley 24.946" (**Resoluciones PER 1047/03 y PGN 3/05**).

5º) Que en las condiciones expresadas corresponde declarar la ilegalidad de la resolución 30/12 de la Procuración General que designó como Procuradora Fiscal subrogante a la doctora Alejandra Cordone Roselló.

No obstante, de igual modo en que ha procedido el

Tribunal por elementales razones de seguridad jurídica ante situaciones de analogía (conf. doctrina de Fallos: 319:2151 *-Barry-* y sus citas; 328:566 *-Itzcovich-* y 330:2361 *-Rosza-*), corresponde mantener la validez y eficacia de las actuaciones cumplidas por dicha funcionaria hasta la fecha de este pronunciamiento.

Por lo expuesto, se resuelve: 1. Declarar la ilegalidad de la resolución 30/12 dictada por la Procuración General de la Nación, que designó como Procuradora Fiscal subrogante a la doctora Alejandra Cordone Roselló. 2. Mantener la validez y eficacia de las actuaciones cumplidas por la doctora Alejandra Cordone Roselló hasta la fecha de este pronunciamiento. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

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

Presentante: **Antonio De Martino**, con el patrocinio letrado del Dr. **Diego Juan Baron**.

Ministerio Público: La señora Procuradora General tomó intervención a fs. 56/58.

## FRISHER SRL (TF 16236-A) C/ ANA

*IMPORTACION*

Cabe revocar la sentencia mediante la cual se exigió el pago del derecho adicional del 30%, previsto en el art. 15 de la Resolución 72/92 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, respecto de bienes ingresados en el país al amparo del régimen especial de importación temporaria de mercaderías, pues quien no regulariza en término la situación de los bienes es pasible de las sanciones previstas en el art. 970 del Código Aduanero, dado que tal conducta constituye -en principio- una infracción prevista y penada por dicho cuerpo legal, pero en el caso no se configuró el presupuesto de hecho que dé lugar a la aplicación del derecho adicional contemplado en aquélla resolución.

-En igual sentido, la Corte se expidió en la causa I 49 XLII, IEF Latinoamericana S.A, sentencia de la fecha, en el cual al interpretar el art. 23 del Decreto 1439/96 -similar al art. 15 de la Resolución 72/92-, aplicó idéntico criterio que en la presente.

*IMPORTACION*

Cabe revocar la sentencia mediante la cual se exigió el pago del derecho adicional del 30%, previsto en el art. 15 de la Resolución 72/92 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, respecto de bienes ingresados en el país al amparo del régimen especial de importación temporaria de mercaderías, pues el citado art. 15 condiciona expresamente el adicional del 30% allí previsto al registro de una solicitud de destinación para consumo y a su autorización por el servicio aduanero, y ante los claros términos de esa norma, afirmar que el recargo establecido por ella resulta aplicable cuando la importación para consumo se produce sin que medie un pedido del interesado, y por el solo transcurso del plazo de la importación temporaria sin que se hubiese cumplido la obligación de reexportar la mercadería -arts. 274, 638 y cctes. del Código Aduanero-, implica extender los alcances de una norma tributaria a supuestos no previstos en ella, acudiendo al método de la analogía, lo cual es inaceptable según reiterada y pacífica jurisprudencia que tiene como fundamento la naturaleza de las obligaciones fiscales y el principio de reserva o legalidad que las rige.

-En igual sentido, la Corte se expidió en la causa I 49 XLII, IEF Latinoamericana S.A, sentencia de la fecha, en el cual al interpretar el art. 23 del Decreto 1439/96 -similar al art. 15 de la Resolución 72/92-, aplicó idéntico criterio que en la presente.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

En la decisión que obra a fs. 36/38, la Sala “E” del Tribunal Fiscal de la Nación confirmó parcialmente la resolución 2.500/01 del

Departamento de Procedimientos Legales Aduaneros de la Dirección General de Aduanas, mediante la cual se había sancionado a la importadora Frisher SRL, por la comisión de la infracción prevista en el art. 970 del Código Aduanero, dada la falta de regularización en tiempo y forma de la mercadería importada temporalmente mediante despacho de importación 1.763/92, cuyo vencimiento para cumplir la condición de exportación había operado el 24 de septiembre de 1993.

Consideró que la actora no discutió la procedencia de la exigencia tributaria, sino la inclusión en el derecho adicional previsto por la resolución del -entonces- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos 72/92 y la graduación de la multa impuesta. En tales condiciones, si bien rebajó la sanción impuesta, rechazó los cuestionamientos dirigidos contra la procedencia del derecho adicional de importación previsto en la mencionada resolución. Sobre este último punto, estimó que, al haberse acogido la actora voluntariamente a su régimen, no podía realizar una impugnación con base constitucional extremo que, por otra parte, le está vedado resolver al propio tribunal administrativo, por lo preceptuado en el art. 1.164 del Código Aduanero.

- II -

A fs. 90/92, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento apelado.

Para así decidir, sostuvo que comprobada la infracción cometida y configurado el hecho generador de la obligación tributaria en los términos del art. 638, inc. e), del Código Aduanero, corresponde aplicar a la operación de que se trata el art. 15 de la citada resolución, regla bajo la cual se efectuó la operatoria y que no ha sido cuestionada.

Señaló que en el formulario de control de garantía figura como “importe a garantizar” por la firma aseguradora, entre otros rubros, el “Adicional” y, asimismo, en el cuadro “Observaciones” se solicitó prórroga de la

presente garantía según el mentado reglamento.

Por último afirmó, en lo atinente a la tacha de inconstitucionalidad en relación al adicional previsto por el art. 15 que al haberse acogido en forma voluntaria al régimen de que se trata, lo hizo en su totalidad, aun en sus consecuencias gravosas, y que el reconocimiento y aceptación de la reglamentación implica un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior.

- III -

A fs. 95/102, la actora interpone recurso extraordinario, concedido a fs. 114.

Con relación a la procedencia formal del remedio federal intentado, estimo que éste resulta admisible, pues remite a la interpretación que cabe otorgar a normas de carácter federal, cuya constitucionalidad se ha puesto en tela de juicio (resolución 72/92) y a la interpretación de los arts. 277, 664, 666 y concordantes del Código Aduanero, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que fundó en ella (art. 14, incs. 1º y 3º, ley 48).

En cuanto al fondo, a mi modo de ver, la cuestión debatida en el *sub lite* resulta sustancialmente análoga a la vista en mi dictamen del 9 de febrero de 2007, *in re I. 49, L. XLII, “IEF Latinoamericana SA (TF 16921-A) c/ DGA”*.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse en razón de brevedad en cuanto fueren aplicables, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y confirmar el fallo apelado.

Buenos Aires, 18 de julio de 2007.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de agosto de 2013.

Vistos los autos: "Frisher SRL (TF 16.236-A) c/ A.N.A.".

Considerando:

1º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó la resolución 2500/01 del Departamento de Procedimientos Legales Aduaneros de la Dirección General de Aduanas por la que, en lo que resulta relevante a los fines del recurso deducido ante esta instancia, se exigió a Frisher SRL el pago del derecho adicional del 30%, previsto por el art. 15 de la resolución 72/92 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, respecto de bienes ingresados en el país al amparo del régimen especial de importación temporaria de mercaderías establecido por dicha resolución. Tal exigencia se fundó en la circunstancia de que al haber vencido el plazo de permanencia oportunamente otorgado, sin que se hubiese regularizado la situación de la mercadería, ésta se consideraba importada para consumo de acuerdo con lo previsto por el art. 274, apartado 1º, inc. a, del Código Aduanero.

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó los agravios expuestos por la actora ante esa alzada y, en consecuencia, confirmó lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación.

Para pronunciarse en el sentido indicado, puso de relieve que según lo prescripto por el art. 274 del Código Aduanero, la mercadería que hubiere sido sometida al régimen de importación temporaria se considerará importada para consumo, aun cuando su importación se encontrare sometida a una prohibición, en cualquiera de los siguientes supuestos: a) si hubiere vencido el plazo para su permanencia sin haberse cumplido con la obligación de reexportar; y b) si no se cumpliera con las obligaciones impuestas como condición del otorgamiento del régimen.

En virtud de dicha norma, y al no estar controvertido el encuadramiento de la conducta de la actora en la infracción prevista en el art. 970 del mencionado código –en razón de que no regularizó la situación de la mercadería introducida en forma temporal mediante el DIT 1763/92, cuyo vencimiento operó el 24 de septiembre de 1993– entendió que se había configurado el hecho generador de la obligación tributaria en los términos del art. 638, inc. e, del referido código y que resultaba aplicable a su respecto el derecho de importación vigente en la fecha del vencimiento del plazo para reexportar. Por lo tanto, concluyó en que era aplicable en el caso de autos el derecho adicional de importación del 30% establecido por el art. 15 de la resolución (MEyOSP) 72/92.

3º) Que, por otra parte, descartó la tacha de inconstitucionalidad articulada en relación a dicho recargo pues, en su concepto, la empresa actora se había acogido en forma voluntaria al régimen de que se trata, “a fin de obtener una serie de ventajas que le permitían realizar operaciones con el exterior que de otro modo no hubiera podido efectuar o bien le habría significado una grave onerosidad”. En tal comprensión, juzgó que resultaba aplicable al caso la doctrina de esta Corte según la cual el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un determinado régimen jurídico, implica un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de la ulterior impugnación de su validez (conf. fs. 91/92).

4º) Que contra lo así resuelto, la parte actora dedujo recurso extraordinario (fs. 95/102 vta.) que, tras ser sustanciado, fue concedido mediante el auto de fs. 114, y es formalmente admisible, dado que se encuentra en discusión la inteligencia y validez de normas de naturaleza federal (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

5º) Que la resolución 72/92 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos instituyó un régimen especial de importación temporaria de mercaderías, destinadas a recibir un

perfeccionamiento industrial en el territorio nacional, "con la obligación de ser exportadas para consumo a otros países bajo la nueva forma resultante" (art. 1º), dentro del plazo de 180 días computados desde la fecha de su libramiento (art. 4º). La mercadería sujeta a este régimen no se encuentra alcanzada por los tributos que gravan la importación para consumo ni la tasa de estadística, con excepción de las tasas retributivas de servicios (art. 11). Por otra parte, el art. 15 de la mencionada resolución establece que "[C]uando se autorice la importación para consumo de una mercadería ingresada bajo el presente régimen, deberán abonarse, además de los tributos correspondientes a esta destinación vigentes a la fecha del registro de la destinación para consumo, una suma adicional en concepto de derechos de importación, equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) del valor en Aduana de la mercadería al momento del registro de la correspondiente solicitud de destinación".

6º) Que en sus agravios, la actora aduce, en síntesis, que no resulta aplicable al caso el referido recargo del 30% pues está ausente el presupuesto fáctico establecido por el citado art. 15, consistente en el pedido de nacionalización de la mercadería. Al respecto destaca que en el caso de autos la situación es distinta de la contemplada en esa norma pues no medió una solicitud de su parte, sino que se produjo la nacionalización ficta por el solo transcurso del tiempo, según el art. 274 del Código Aduanero.

Por otra parte, niega que por el hecho de haber realizado una importación temporaria en los términos de la referida resolución ministerial, se encuentre impedido de cuestionar la validez constitucional de ese recargo adicional. Al respecto, sostiene que los tributos solo pueden ser creados válidamente por leyes dictadas por el Congreso de la Nación y que en esta materia no es admisible la delegación, por lo cual la carga tributaria no puede ser impuesta por resolución ministerial.

7º) Que en tales condiciones, corresponde examinar en primer lugar el agravio relativo a que en el caso no se habría

configurado el presupuesto de hecho que habilitaría la aplicación del recargo discutido.

Al respecto, asiste razón a la apelante pues el citado art. 15 condiciona expresamente el adicional del 30% allí previsto al registro de una solicitud de destinación para consumo y a su autorización por el servicio aduanero.

Ante los claros términos de esa norma, afirmar que el recargo establecido por ella resulta aplicable cuando la importación para consumo se produce sin que medie un pedido del interesado, y por el solo transcurso del plazo de la importación temporaria sin que se hubiese cumplido la obligación de reexportar la mercadería –arts. 274, 638 y cctes. del Código Aduanero–, implica extender los alcances de una norma tributaria a supuestos no previstos en ella, acudiendo al método de la analogía, lo cual es inaceptable según reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Corte que tiene como fundamento la naturaleza de las obligaciones fiscales y el principio de reserva o legalidad que las rige (confr. Fallos: 310:290; 311:1642; 312:912 y 316:2329, entre otros).

8º) Que, por lo demás, no se advierte que interpretar el citado art. 15 con los alcances que resultan de su texto y según se afirma en el considerando que antecede –es decir, en la inteligencia de que el referido derecho adicional solo se aplica cuando la importación para consumo se produce a raíz de la respectiva solicitud del importador autorizada por el servicio aduanero– conduzca a conclusiones irrazonables o que ello implique –como lo entendió el Tribunal Fiscal– colocar al infractor en una situación mejor que la de quien cumple regularmente con sus obligaciones fiscales (fs. 37).

9º) Que, en efecto, para una adecuada inteligencia de la cuestión debatida debe ponderarse que –como se señala en los fundamentos de la resolución 72/92– “el régimen de importación temporaria para perfeccionamiento industrial constituye un estímulo a las exportaciones”, y que con él se pretende contribuir “al incremento de la actividad productiva” y posibilitar “la

conurrencia de las mercaderías a los mercados exteriores en condiciones competitivas".

Resulta coherente con esos fines que dicha resolución desaliente a quien importó mercadería en los términos de ese régimen a que -en lugar de reexportarla tras añadirle un mayor valor- decida dejarla en el país, y que para ello establezca un derecho adicional que deba ser abonado por quien solicite la destinación para consumo -o "nacionalización"- de los bienes.

Y, en ese contexto, no puede afirmarse sin más que hubo una imprevisión en el autor de la norma por la sola circunstancia de que ese recargo lo haya dispuesto únicamente para quien solicite expresamente la nacionalización de la mercadería. En efecto, quien no regulariza en término la situación de los bienes es pasible de las sanciones previstas por el art. 970 del Código Aduanero, pues tal conducta constituye -en principio- una infracción prevista y penada por ese cuerpo legal. De tal manera, la autoridad que dictó la referida resolución 72/92 puede haber considerado, como una solución razonablemente posible, que para el infractor era suficiente la aplicación del citado art. 970, y que no se justificaba imponerle, además de la sanción allí establecida, y del pago de los derechos de importación vigentes al vencimiento del plazo para reexportar (confr. arts. 274 y 638 del código de la materia), un recargo adicional como el discutido en el sub examine.

10) Que surge de lo precedentemente expresado que en el caso de autos no se ha configurado el presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación del derecho adicional de importación previsto por el art. 15 de la citada resolución. En consecuencia, resultaría inoficioso detenerse a considerar las objeciones formuladas por la actora a la validez constitucional de una carga tributaria establecida de ese modo, así como los agravios vertidos respecto del criterio sostenido por el a quo en cuanto a que en el caso habría mediado un sometimiento voluntario del accionante a ese régimen jurídico que le habría impedido cuestionarlo.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por Frisher SRL, representada por el Dr. Jorge Argentino Patricios.

Traslado contestado por el Fisco Nacional (Dirección General de Aduanas), representado por el Dr. Diego Calandria, con el patrocinio de la Dra. Ailin C. Spalletta.

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

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

---

JUAREZ, LUIS ANTONIO C/ MARLEW S.A. Y OTRO  
s/ ACCIDENTE

**ENFERMEDAD ACCIDENTE**

Cabe dejar sin efecto -por arbitaria- la sentencia que rechazó la demanda de ac-

cidente de trabajo fundada en los arts. 1109 y 1113 del C.C., pues tal decisión satisface sólo en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a los hechos de la causa, sin que pueda pasarse por alto que el apelante en su demanda resistió, expresamente, la aplicación del sistema especial de la ley 24.557, peticionando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39, apartado 1º, de dicha ley, del precitado dispositivo y la reparación integral de una minusvalía laboral derivada de un accidente de trabajo, contexto que habilita la aplicación de la doctrina sentada en la causa "Aquino" (Fallos: 327:3753, ratificada por numerosos fallos).

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

### **ENFERMEDAD ACCIDENTE**

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de accidente de trabajo fundada en los arts. 1109 y 1113 del C.C., y reenviar la causa al tribunal de Alzada a fin de que se pronuncie sobre el derecho que la parte recurrente fundara en el derecho civil a partir de la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557, pues la omisión en el tratamiento de dicho punto interfiere en el normal ejercicio de la competencia apelada de la Corte Suprema, tal como ha sido configurada por las leyes 48 y 4055.

-Voto de la jueza Argibay (Doctrina de "Vea Murguía de Achard" Fallos: 329:3956)-.

### **DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, revocó la sentencia de primera instancia rechazando la demanda de accidente de trabajo con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil (fs. 490/493, fs. 410/412, respectivamente, de los autos principales, las que citaré de ahora en adelante salvo indicación en contrario).

Para así resolver, y en lo que aquí interesa, consideró que las cosas que el actor manipulaba no podían ser calificadas como riesgosas o viciosas, ni reprocharse a la empleadora dolo o culpa. Sostuvo que tampoco era de aplicación la doctrina legal del riesgo de la cosa inerte al esfuerzo desplegado al desplazarla, cuya operatividad requiere de la ocurrencia de un episodio concreto que produce un daño de inmediato. Entendió que el caso se trató de un proceso encuadrado en la teoría de los microtraumatismos, cuya

implementación en el sistema más abierto de la ley 9.688 fue materia de discusión no resuelta (citó en su apoyo su voto en otro precedente de la misma sala).

Contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario que fue contestado y que, al ser denegado, dio lugar a la interposición de la presente queja (v. fs. 500/519, fs. 525/526, fs. 537/538, respectivamente, y fs. 49/53 del cuaderno respectivo).

- II -

Creo menester destacar, ante todo, que si el actor recurrió la sentencia, con sustento en la falta de fundamento del fallo de la alzada, sin perjuicio de la materia federal planteada en cuanto a la constitucionalidad de la LRT, corresponde, tratar en primer orden, los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir ésta no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (cfse. *Fallos*: 318:189; 322:904; 323:35, entre otros).

Previo a todo, procede decir que el informe del perito médico designado de oficio puso de resalto que el reclamante es portador de una incapacidad del 30% a causa de una hernia de disco no operable y del 5% de neurosis, en relación causal con los hechos descriptos (v. fs. 301/303). Asimismo, posteriormente, intervinieron los facultativos del Cuerpo Médico Forense, que ante el pedido que se le efectuaran estudios al trabajador para determinar “*si la hernia de disco fue fruto de un evento traumático*” (v. fs. 383) respondieron que el actor presenta “*lumbalgia crónica post-esfuerzo con compromiso radicular*” –incapacidad 12%– (v. fs. 388). El informe técnico, destacado por el juez de primera instancia que hizo lugar al reclamo, afirmó que “*los pequeños movimientos como puede ser el giro de la bobina para posicionarla para traslado del medio mecánico, requiere la participación del operario que si bien es mínima en tiempos reales debe ser cuidadosamente realizada por los riesgos ergonómicos que implica*” (v. fs. 280). A ello se agrega la declaración de los testigos, también detallada por el juez de primera instancia, en cuanto a las tareas de esfuerzos que debía realizar el trabajador (v. fs. 410).

En tales circunstancias se advierte que el a quo, cuando rechazó el

reclamo por accidente de trabajo, no cuestionó el daño, ni la realización de las tareas de esfuerzo, sino que descalificó la forma de proponer el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT en la demanda. Según dijo, se habría alegado que la adopción de posiciones y las tareas de esfuerzos fueron la causa de la enfermedad, calificada como una "enfermedad accidente" (v. fs. 490, punto II). Insistió con que el enfoque convenía a la acción especial y no la que se perseguía con fundamento en el art. 1113 del Código Civil y, sin mayores precisiones, agregó que las cosas que el actor manipulaba no pueden ser calificadas como riesgosas o viciosas, ni imputarse a la empleadora dolo o culpa (citó además de aquél, el art. 1109 del mismo cuerpo normativo). Aseveró que tampoco era de aplicación la doctrina legal de esa cámara, sentada en el fallo plenario que consideró como riesgo de la cosa inerte el esfuerzo desplegado para desplazarla y añadió: que requiere de la ocurrencia de un episodio concreto que produce un daño de inmediato. Luego finalizó: "no, un proceso encuadrado en la teoría de los microtraumatismos" (v. fs. 491, párrafo 2º).

Sin embargo, de las constancias con que se cuenta, la actora en su demanda se refirió al acaecimiento de un hecho ocurrido el 24 de octubre de 2005, realizando sus tareas habituales de esfuerzo "al levantar uno de esos rollos [...] siente un fuerte tirón" (v. fs. 9vta.) y la demandada en su defensa sugirió la existencia de culpa de la víctima por no haber usado el elemento de protección adecuado para evitar la dolencia lumbar (v. fs. 152), circunstancia que es tenida en cuenta por el juez de primera instancia (v. fs. 411, párrafo 1º). No obstante, todo ello y demás constancias reseñadas precedentemente, el a quo omitió hacer referencias sobre el evento denunciado y las demás circunstancias que reconocía la existencia de un hecho ocurrido en ocasión del trabajo, con consecuencias dañosas y que involucraban las cosas de la empleadora que debía manipular el actor habitualmente, limitándose a realizar consideraciones en abstracto, en la medida que no tuvo en cuenta el acontecimiento denunciado.

En ese marco, no puede pasarse por alto que el apelante en su demanda resistió, expresamente, la aplicación del sistema especial de la ley 24.557, peticionando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39, apartado 1º, de la ley

24.557, del precitado dispositivo y la reparación integral de una minusvalía laboral derivada de un accidente de trabajo. En el contexto antes mencionado, la cuestión habilita la aplicación de la doctrina de V.E. sentada en la causa "Aquino" (Fallos 327:3753, ratificada por numerosos fallos) a cuyos fundamentos me remito, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Concluyo, entonces, que la sentencia satisface sólo en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a los hechos de la causa, por lo que, ante la relación directa entre lo resuelto y las garantías constitucionales invocadas, se impone su descalificación como acto jurisdiccional (Fallos 301:472; 307:228; 320: 1847, entre otros). Lo manifestado, no implica anticipar criterio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del problema; extremo que, por otro lado, como se dijo al dictaminar, entre muchos, el precedente de Fallos: 324:4178, es potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la vía extraordinaria del artículo 14 de la ley n° 48, sin perjuicio de que la índole de la propuesta me exima de tratar los restantes agravios.

-V-

Por lo dicho, estimo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 10 de mayo de 2012.

  
  
\_\_\_\_\_  
MIRT A. BEIRO DE GONCALVEZ  
PROCURADORA FISCAL ANTE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de Agosto de 2013

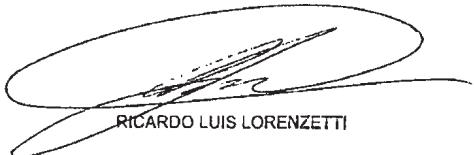
Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora

en la causa Juárez, Luis Antonio c/ Marlew S.A. y otro s/ accidente", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

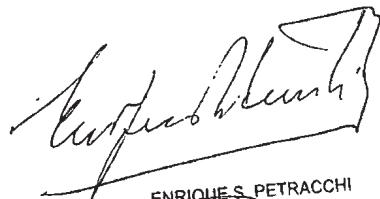
Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo apelado con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Con costas. Agréguese la queja al principal, hágase saber y remítase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



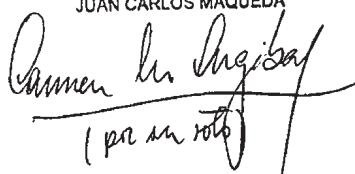
ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

-//-/TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) El señor Luis Antonio Juárez promovió demanda contra Marlew S.A. y Mapfre Argentina ART SA con fundamento en

las normas del Código Civil previo planteo de inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557 por las secuelas psicofisiológicas que afirmó padecer en relación causal con la existencia de un evento dañoso acaecido el 24 de octubre de 2005 al realizar tareas de esfuerzo.

2º) La Sala VIII de la Cámara de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a las demandadas a satisfacer las indemnizaciones reclamadas y rechazó la demanda.

El a quo señaló que existía una deficiencia insalvable en el modo de proponer la demanda ya que en el escrito de inicio declaró "que la adopción de posiciones y las tareas de esfuerzo -transporte de bobinas de madera- fueron la causa de su enfermedad, con especial localización en la zona lumbar. Agregó, que lo que se describió entonces fue una enfermedad accidente"... "este enfoque convenía a la acción especial regulada, en sus respectivas épocas, por las leyes 9688 y su modificatoria 24.028. En el contexto preciso de la teoría de la indiferencia de la concausa y no a la presente en la que se persigue la reparación con fundamento en el artículo 1113 Código Civil, donde aquélla no rige".

La cámara evaluó que en autos no existía un daño resarcible en los términos del artículo 1113 del Código Civil y que en consecuencia, no se presentaban en el caso los presupuestos fácticos que habilitaran la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39.1 de la ley 24.557, de riesgos del trabajo (LRT).

3º) Contra esta decisión la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

En lo que interesa, el recurrente afirmó que tal como surge de la lectura de su demanda, la enfermedad accidente que padece y causó los daños reclamados tuvo origen en un hecho ocurrido el 24 de octubre de 2005 cuando realizaba tareas habituales de esfuerzo, motivo por el cual su planteo se fundó en el

artículo 1113 del Código Civil y objetó la constitucionalidad del artículo 39.1 de la ley 24.557 en cuanto veda esa vía.

Recordó en tal sentido, que "al levantar uno de esos rollos siente un fuerte tirón" (v. fs. 9 vta.) y la demandada en su defensa sugirió la existencia de culpa de la víctima por no haber usado el elemento de protección adecuado para evitar la dolencia lumbar (v. fs. 152), circunstancia que fue tenida en cuenta por el juez de primera instancia (v. fs. 411, párrafo 1º).

4º) Como surge de la anterior reseña del caso y sus constancias, el tratamiento de la inconstitucionalidad del artículo 39.1 de la ley 24.557 formulada y mantenida por el actor desde el principio de la causa fue soslayada por el a quo a partir de consideraciones en abstracto.

Dada la similitud en este punto, con la causa "Vea Murguía de Achard, María Salomé y otros c/ Estado Nacional - Mº de Defensa - Estado Mayor General del Ejército" (Fallos: 329:3956), cabe considerar que la regla allí sentada es la que gobierna el presente caso.

En dicho expediente esta Corte ha declarado que la designación por el artículo 14 de la ley 48 de los tribunales superiores de provincia, obliga a éstos a pronunciarse sobre aquellos puntos federales que, de acuerdo con el mismo artículo, resultarían comprendidos en el recurso extraordinario de apelación. El cumplimiento de dicha obligación no puede excusarse siquiera sobre la base de restricciones impuestas por su propia jurisprudencia, sus constituciones o leyes provinciales (Fallos: 308:490 y 311:2478, en particular, considerandos 13 y 14).

En función de lo expuesto, concluyó que la directriz a aplicar, es aquella según la cual: el recurso extraordinario habilita la revisión por la Corte Suprema de las mismas cuestiones federales que la sentencia recurrida ha tratado y resuelto. Cuando, por el contrario, tal resolución previa no ha tenido lu-

gar, porque el tribunal de última instancia designado por las leyes 48 o 4055 ha omitido tratar la cuestión federal por aplicación de una norma procesal que lo impide, corresponde, conforme a la doctrina de "Strada" y "Di Mascio", anular la sentencia y reenviar la causa para que el tribunal de origen dicte un nuevo fallo que incluya la decisión del punto federal.

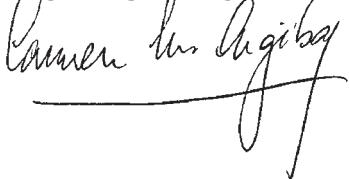
5º) En el presente expediente, el a quo evitó dar respuesta a los reparos constitucionales formulados por el accionante a pesar de las numerosas referencias sobre el evento denunciado y las demás constancias que involucraban las cosas de la empleadora y que debía manipular el actor habitualmente, limitándose a realizar consideraciones en abstracto.

De tal modo, la cámara afirmó que en autos no existía un daño resarcible en los términos del artículo 1113 del Código Civil y que en consecuencia, no se presentaban en el caso los presupuestos fácticos que habilitaran la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39.1 de la ley 24.557, de riesgos del trabajo (LRT), cuestión que habilita la aplicación de la doctrina sentada por este Tribunal en la causa "Díaz, Timoteo Filiberto", (Fallos: 329:473), voto de la jueza Argibay, a cuyos términos cabe remitirse, por razones de brevedad.

6º) En consecuencia y con fundamento en la doctrina expuesta en Fallos: 329:3956 –voto de la jueza Argibay–, entre muchos otros, la causa debe ser reenviada al tribunal de alzada a fin de que se pronuncie sobre el derecho que la parte recurrente fundara en el derecho civil a partir de la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo apelado 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 lo resuelto. Con costas. Agréguese

la queja al principal hágase saber y remítase.



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho deducido por Luis Antonio Juárez, representado por el Dr. Abel Martín Ronconi.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 67.

---

LOMA NEGRA COMPAÑIA INDUSTRIAL S.A. Y OTROS  
s/ LEY 22.262

*DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

Cabe rechazar los planteos de prescripción de la acción y el agravio vinculado con la violación al debido proceso, esgrimidos mediante el recurso de revocatoria interpuesto por las actoras contra el rechazo del recurso extraordinario deducido contra la decisión que confirmó las sanciones impuestas por violación a la Ley de Defensa de la Competencia -22.262- pues, teniendo en cuenta que el art. 43 de dicha ley prevé que serán de aplicación las disposiciones del Libro I del Código Penal en cuanto sean compatibles con ella, hasta el presente tampoco ha transcurrido el plazo de seis años, sin que obste a ello lo dispuesto en el art. 35, precepto que sólo es aplicable a la etapa administrativa de la investigación, por lo que -dada la remisión contemplada en el art. 43 citado- no es incompatible con dicha norma considerar que también son causales de interrupción las previstas en el art. 67 del Código Penal respecto de los actos producidos en una etapa distinta, como lo es el proceso judicial posterior.

**FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, 14 de agosto de 2013.

Autos y Vistos; Considerando: L.152.XLV; L.154.XLV; y L.155  
XLV "Loma Negra Compañía Industrial S.A. y otros s/ ley  
22.262".

1º) Que contra el pronunciamiento del Tribunal del 7 de mayo pasado, Loma Negra S.A. y Cemento San Martín S.A. (fs. 8661/8665); Asociación Fabricantes de Cemento Portland (fs. 8666/8670 vta.); Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A (fs. 8672/8680); Cementos Avellaneda S.A. (fs. 8681/8691) interpusieron recurso de revocatoria aduciendo que al momento de dictarse dicha decisión la acción se hallaba prescripta.

2º) Que esta Corte, en el pronunciamiento aludido, consideró que las sancionadas se habían limitado a discrepar con lo expuesto por los jueces de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico respecto del rechazo del planteo de prescripción de la acción; y no habían refutado acabadamente las razones por las cuales la cámara estimó que no era aplicable el precedente de Fallos: 325:1702. En suma, el Tribunal consideró que no había motivo para habilitar la instancia excepcional del art. 14 de la ley 48 (conf. art. 6 de la ley 4055) respecto de tres cuestiones: a) que la ley penal más benigna, en el caso, era la 22.262 –y no la 25.156 como se pretendía–, b) que en consecuencia el plazo de prescripción de la acción era el de seis años previsto en su artículo 35, y c) que la conducta reprochada continuó desarrollándose hasta el 25 de julio de 2005, fecha en que, por medio de la resolución SCT 124/2005 se impusieron las sanciones.

3º) Que sobre la base de tales premisas, teniendo en cuenta, además, que el art. 43 de la ley 22.262 prevé que serán de aplicación las disposiciones del Libro I del Código Penal “en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley”, cabe concluir que hasta el presente tampoco ha transcurrido el plazo de seis años. Ello es así, porque no procede computarlo desde la fecha de la resolución SCT 124/2005 –como postula el recurrente–, sino desde el 26 de agosto de 2008, oportunidad en que la cámara mencionada se expidió confirmando sustancialmente las sanciones, pues como sostuvo el Tribunal en un caso de similares características (causa S.373.XLV “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. s/ infracción ley 20.680 –causa

12.809–, del 23 de febrero de 2012), esa sentencia interrumpe el curso de la prescripción en los términos del art. 67, inc. e, del Código Penal.

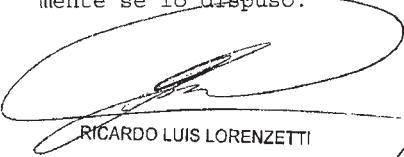
4º) Que a ello no obsta que el art. 35 de la ley establezca como causal de interrupción de la prescripción al procedimiento administrativo previo y por un máximo de dieciocho meses a contar desde que fue iniciado. Tal precepto sólo es aplicable a la etapa administrativa de la investigación, por lo que –dada la remisión contemplada en el art. 43 citado– no es incompatible con dicha norma considerar que también son causales de interrupción las previstas en el art. 67 del Código Penal respecto de los actos producidos en una etapa distinta, como lo es el proceso judicial posterior.

5º) Que por las razones expuestas no se justifica posponer el pronunciamiento de esta Corte tal como lo requieren las presentantes a fs. 8695/8696 vta., y 8704/8705.

6º) Que tampoco procede la reposición, planteada a fs. 8668/8669, en cuanto en ella se aduce que esta Corte, en el pronunciamiento del 7 de mayo pasado, habría omitido tratar los agravios vinculados con la violación del debido proceso, toda vez que, tal como se destacó en el considerando 5º de ese fallo, dichas objeciones remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba, que fueron resueltas por la cámara con argumentos suficientes del mismo carácter, lo que –por lo tanto– no justifica la apertura de la instancia excepcional contemplada en el art. 14 de la ley 48.

Por ello, se rechazan los planteos de prescripción de la acción formulados y el agravio vinculado con la violación al debido proceso y las garantías procesales realizado a fs. 8668/8669. Notifíquese y devuélvase la causa tal como oportuna-

mente se lo dispuso.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI  
ELENA IIGHTON de NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
JUAN CARLOS MAQUEDA

---

RIVADERO, NICOLAS CAYETANO  
C/ LIBERTY ART. S.A. Y OTRA  
s/ INDEMNIZACION

*RIESGOS DEL TRABAJO*

Corresponde dejar sin efecto la sentencia del superior tribunal provincial que rechazó los recursos extraordinarios locales de casación e inconstitucionalidad de la actora, y dejó firme el pronunciamiento que había rechazado la demanda por la cual un trabajador reclamaba a la aseguradora de riesgos del trabajo una indemnización por incapacidad laboral con fundamento en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, ya que, el a quo soslayó alegaciones prima facie conducentes para la debida solución del litigio basadas en que el fallo de cámara había tenido por probado, a partir del peritaje médico y de la prueba testimonial, que la dolencia en juego estaba causalmente vinculada con su prestación de servicios.

*TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CAUSA*

Si el a quo evitó dar respuesta a los reparos constitucionales formulados por el accionante a pesar de que se había verificado la existencia y cuantía de un "daño" concreto, incapacitante, relacionado con las tareas, la omisión de pronunciamiento por parte del tribunal interfiere en el normal ejercicio de la competencia apelada de la Corte, tal como ella ha sido configurada por las leyes 48 y 4055, lo que es motivo para anular el fallo defectuoso y ordenar el dictado de uno nuevo (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-]-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, al rechazar el recurso extraordinario local de inconstitucionalidad de ley, dejó firme la decisión de la instancia que declaró la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad y rechazó la demanda fundada en la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) –nº 24.557– (v. fs. 163/164, fs. 138/144, fs. 130/137, respectivamente).

Para así decidir, afirmó que la actora abundaba en consideraciones teóricas sin hacerse cargo de los argumentos de la sentencia. Señaló que el reclamante se limitaba a afirmar genéricamente que se probó un daño y que debe ser indemnizado en los términos de la LRT. Sin embargo soslaya las objeciones del tribunal de grado sobre la ineficacia probatoria para calificar como profesional la patología que padece el actor, por no ajustarse a los criterios de la ley, en cuanto al “agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividad”. Finalizó con que en tanto no fueran cuestionadas estas premisas que conforman la decisión el planteo debe desestimarse por infundado.

Contra dicha decisión, la actora dedujo recurso extraordinario, que fue denegado y dio origen a la queja en examen (fs. 168/177, fs. 192/193 y fs. 40/43).

- II -

En síntesis, la actora se agravia porque el a quo omitió el tratamiento de las inconstitucionalidades planteadas respecto a los arts. 8, 9, 14, 21, 22, 46 y 49 de la Ley de Riesgos del Trabajo (nº 24.557). Sostiene que se demostró que el actor padece una incapacidad del 8% de la t.o. por enfermedades profesionales derivadas de la actividad desplegada en la empresa demandada. Afirma que el pronunciamiento atacado viola normativa específica (Decreto 658/96 reglamentario del art. 6 de la ley 24.557 y art. 75 de la ley 20.744) y la averiguación de la verdad real configurándose la arbitrariedad que se denuncia en cuanto se deja de resarcir una enfermedad vinculada causalmente a un hecho antijurídico demostrado por testigos, peritajes e informes.

causalmente a un hecho antijurídico demostrado por testigos, peritajes e informes. Asevera que ello violenta el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros, que se vincula con la idea de reparación, manifiesta un principio general que regula cualquier disciplina jurídica y que la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable (cita precedente de la Corte "Silva" y "Arostegui").

Señala que en el caso se trata de una patología prevista por el sistema especial que prevé el "síndrome cervical", que se proyecta en la patología de los hombros y cuyo nombre está previsto en el decreto n° 658/96. Deriva de ello que se trata de un enfermedad profesional vinculada al trabajo. Destaca el informe pericial médico oficial de donde surge que el trabajador debía realizar movimientos repetitivos y forzados de su cuello y de sus miembros superiores e inferiores, que incluían su flexión y extensión provocando la incapacidad derivada del "síndrome cervical crónico"; previsto en el listado vigente (Láudo n° 156 del MTSS) como "síndrome cervicobraquial" relacionado con el trabajo realizado por el reclamante. Puntualiza que dicha enfermedad tiene como agente las "posiciones forzadas y gestos repetitivos en el trabajo (extremidad superior)"

Finalmente puntualiza que la decisión impugnada afecta el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y el derecho de propiedad, en cuanto impide acceder a la justa indemnización por incapacidad sufrida. Afecta también el derecho a condiciones dignas del trabajador e igualdad (arts. 14bis, 16, 17 y 18 de la CN), sin perjuicio del planteo de inconstitucionalidad ya mencionado.

-- III --

Es doctrina del Alto Cuerpo que no procede el recurso federal contra decisiones cuyo objeto remite a la interpretación de disposiciones de rito; en particular, las relativas a la admisibilidad de recursos deducidos ante órganos provinciales, por tratarse de temas relativos a la organización de las instancias locales, admitiendo como excepción a dicho principio que la sentencia cuestionada trasunte un excesivo rigor formal, susceptible de lesionar la garantía de defensa en juicio o causar una frustración de los derechos federales alegados (Fallos: 310:933; 316:696; 320:730; 324:2659, 3640 y sus citas; 325:1243 y sus citas, 326: 248, 249, 1902; entre muchos).

En mi parecer, ello es lo que acaece en el *sublite* porque, contrariamente a lo sostenido por el a quo en la desestimación del recurso extraordinario, con fundamento en la Acordada n° 4 (v. fs. 192 vta., punto III), el recurrente cuestionó en el remedio federal las pautas que emanan de la decisión apelada (v. fs. 170 vta. y siguientes). Asimismo, como surge del recurso de casación obrante a fojas 138/143, aparte de cuestionar la asimilación del supuesto al precedente "Sabbadin" (donde -afirmase reclamaba con fundamento en el artículo 75 de la LCT), el recurrente planteó la inconstitucionalidad del sistema de la LRT en su recurso ante el superior (v. fs. 142), reiterando la impugnación deducida con la demanda (v. fs. 3vta./6). Sin embargo no obtuvo respuesta alguna, a pesar que se había verificado la existencia y cuantía de un "daño" concreto, incapacitante, relacionado con las tareas realizadas (v. fs. 135, renglón 4 y 5).

La actora planteó en el recurso de casación local que había reclamado con sustento a un interés legítimo al deducir la pretensión de resarcimiento por un bien lesionado en el marco del contrato de trabajo como consecuencia de haberse incumplido con el deber de seguridad consagrado en el art. 75 de la LCT en la realización de las tareas habituales, puntualizando allí que las respuestas del sistema especial dirigidas a los accidentes y enfermedades profesionales previstos en el art. 6 de la LRT, dejan abierta la posibilidad de éste planteo (v. fs. 139vta./141vta.). En tal sentido, no fue respondido por los jueces el reclamo referido a los "daños" a que se refiere el mentado art. 75 de la LCT y, en concreto, al haberse verificado la existencia y cuantía de un daño, incapacitante y relacionado con las tareas realizadas corresponde pronunciarse acerca del planteo de inconstitucionalidad del sistema. Cuestión de la que el a quo no se hace cargo en cuanto, en la desestimación del remedio local, se afirma que la enfermedad detectada no encuadra como "profesional" en los términos de la norma, las condiciones de la triple columna, que exige el decreto 1278/00 (v. fs. 163vta.), tema que la actora impugnó ante el superior precisamente por esa razón, ya que frustraba el reclamo por vía judicial del daño denunciado como vinculado al trabajo (v. fs. 139, último párrafo, hasta fs. 143).

En efecto, cabe advertir que la mentada frustración se verifica en cuanto en la instancia se rechazó el reclamo porque no se habría demostrado que la respuesta legal carezca de razonabilidad o que la norma sea la causa específica que obsta a su derecho al resarcimiento y, por otra parte, que las dolencias que se detectaron en el reclamante puedan ser calificadas como enfermedades profesionales según la calificación dispuesta por el decreto n° 1278/00, modificatorio del art. 6 de la LRT, n°24.557 (v. fs. 136, renglón 22 y sigtes.). Esta decisión motivó los agravios de la actora en el recurso local (v. fs. 142/143) y sin embargo no fueron respondidos.

Cabe subrayar primero, que en el precedente "Castillo" (v. Fallos 327:3610), la Corte admitió soslayar la actuación en sede administrativa, pues el actor articuló su pretensión directamente ante la justicia, sin que hubiese sido un obstáculo el haber preferido la instancia ante las comisiones médicas y sin cuestionar la validez de los artículos 21 y 22 de la LRT articuló su pretensión dentro del marco reparador de la ley 24.557 y, segundo, que en el precedente "Aquino" (v. Fallos 327:3753), el Superior Tribunal reconoció el accionar con la amplitud de debate que garantiza el trámite judicial a todo ciudadano, con fundamento en que la vía jurisdiccional no estaba cerrada pese a la existencia de un trámite administrativo obligatorio. Circunstancia que cobra relevancia en esta causa en que se demandó por "daños" con fundamento en el art. 75 de la LCT, vinculados con el trabajo y la reparación con las prestaciones de la LRT de la que impugna algunos artículos, extremo que amerita ser oído desde que el perito designado de oficio informó que las dolencias denunciadas producían una incapacidad laborativa vinculadas al trabajo realizado (v. fs. 96), en términos que la sentencia de grado admitió sin reparos (v. fs. 134/135).

En efecto; se encuentra firme la decisión que, con apoyo en la prueba rendida, determinó que el actor padece síndrome cervicobraquiálgico, por pinzamiento posterior (C3 - C4 - C5) que produce una incapacidad permanente del ocho por ciento de la total obrera (8%, t.o.). También en la instancia de grado se admitió que el perito médico de oficio sostuvo que la dolencia estaba vinculada con el trabajo y por lo tanto es una enfermedad profesional (v. fs. 134vta., renglón 19 en adelante), pues se

había demostrado el nexo causal de identidad entre los factores alegados como nocivos y el daño. A su vez se agregó la declaración de los testigos, en cuanto coincidían con las tareas descriptas en la demanda y que tuvo en cuenta el informe médico, respecto del modo de desempeño la actividad de pie con la posición permanente de la cabeza hacia abajo que puso en evidencia la patología mencionada. Al respecto se consideró relevante que las tareas de limador, armado de silenciadores y colocado de tapas, soldador, exigían al trabajador mantenerse parado durante toda la jornada laboral (v. fs. 134vta, renglón 27 y siguientes).

Todo ello sin perjuicio de señalar, que aún cuando la afección que sufre el trabajador en ocasión del trabajo, no se la considere como una enfermedad profesional, la Corte en el caso "Silva" (Fallos 330:5435) señaló que "no parecen quedar dudas de que la LRT, de 1995, es incompatible con el orden constitucional y supralegal enunciado, puesto que ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el sólo hecho de que aquélla no resulta calificada de enfermedad profesional en los términos de dicha norma" (Considerando 6º del voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi). También se afirmó que: "*En lo que al universo laboral y al sub examine concierne, la eliminación, por vía de la LRT, del marco tutelar de las llamadas enfermedades accidente, importó un incumplimiento de las dos obligaciones, las cuales, tanto en su vigencia como en su indudable aplicación al derecho al trabajo, fueron ratificadas en la ya citada Observación General N° 18 (v. esp. párrs. 25/25, 33 y 35)"* (v. Considerando 9º del voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi).

Desde tal perspectiva corresponde revisar la sentencia y examinar con detenimiento los planteos constitucionales que se formularon, por cuanto no cabe duda que de la forma en que los jueces interpretaron y aplicaron las normas en juego se omitió tener en cuenta que se frustraba el examen de la procedencia de la obtención de reparación por daños, a pesar que admitieron haberse comprobado su existencia y la posible vinculación con las tareas, según dijeron en la sentencia. Todo ello conduce a descalificar el fallo, principalmente, cuando V.E. tiene dicho que es válido extender a los

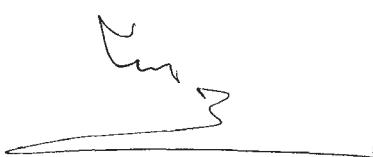
litigios laborales la pauta hermenéutica sentada en materia de previsión social según la cual, debe actuarse con cautela para llegar a la denegatoria de beneficios reconocidos por las leyes en la materia (Fallos: 311:903 y sus citas).

Resta agregar que lo manifestado, no implica anticipar criterio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del problema; extremo que, por otro lado, como se dijo al dictaminar, entre muchos, en el precedente de Fallos: 324:4178, es potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la vía extraordinaria del artículo 14 de la ley n° 48. Sin perjuicio de ello en atención a lo opinado se hace innecesario tratar los restantes agravios.

- IV -

Por todo lo hasta aquí expresado, entiendo que corresponde admitir la presentación directa, declarar procedente el remedio federal, devolver las actuaciones a fin que ante quien corresponda se expida acerca de las incapacidades reclamadas en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Buenos Aires, 22 de octubre de 2010.-



MARTA A. BEIRÓ de GONÇALVEZ  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de Agosto de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Rivadero, Nicolás Cayetano c/ Liberty A.R.T. S.A. y otra", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba (fs. 163/164 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá)

rechazó los recursos extraordinarios locales de casación e inconstitucionalidad de la actora y, así, dejó firme el pronunciamiento de la Sala Quinta de la Cámara del Trabajo provincial que había rechazado la demanda por la cual un trabajador reclamaba a la aseguradora de riesgos del trabajo una indemnización por incapacidad laboral con fundamento en la ley 24.557, de Riesgos del Trabajo. En síntesis, el a quo consideró que el recurrente no se hacía cargo de la trama argumental de la sentencia impugnada pues "...soslaya las objeciones del Tribunal sobre la ineeficacia probatoria para calificar como profesional la patología que padece el actor, por no ajustarse a los criterios de la ley referidos a agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividad". Contra ese pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario (fs. 168/177) que, denegado, dio origen a la queja en examen.

Que el fundamento que se acaba de transcribir resulta insuficiente para conferir validez al pronunciamiento apelado, con arreglo a conocida doctrina de este Tribunal en materia de arbitrariedad. En efecto, resulta evidente que, al limitarse a la aludida respuesta, el a quo terminó soslayando alegaciones formuladas por el actor prima facie conducentes para la debida solución del litigio, basadas en que, al margen de los "criterios" antes mencionados, lo cierto y decisivo era que el fallo de cámara había tenido por probado, a partir del peritaje médico y de la prueba testimonial, que la dolencia en juego estaba causalmente vinculada con su prestación de servicios.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Agréguese la

queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.



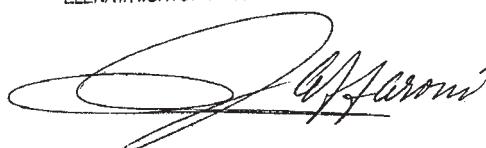
ELENÁ I. HIGHTON de NOLASCO



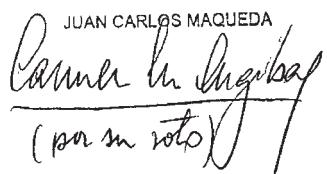
CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA  
VO-11-



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

CARMEN M. ARGIBAY

-/-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, al rechazar el recurso extraordinario local de inconstitucionalidad de la ley, dejó firme la decisión de la instancia que declaró la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad y rechazó la demanda fundada en la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) nº 24.557 (v. fs. 163/164, 138/144 y 130/137, respectivamente).

El actor, quien trabajó en una fábrica vinculada a la industria automotriz, reclamó solo a Liberty A.R.T. la reparación de la incapacidad laboral derivada de ciertas afecciones que atribuyó a las tareas de esfuerzo que realizaba. La A.R.T. desestimó el reclamo porque se trataba de patologías no incluidas en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (L.R.T.), petición que resultó también rechazada por la comisión médica regional.

Por tal razón, promovió demanda por \$ 12.704 ante la justicia del trabajo provincial, que fundó en la L.R.T., aunque planteó la constitucionalidad de sus arts. 8 (facultades de las comisiones médicas), 9, 14, 21, 22, 46 y 49. En la causa se produjo prueba médica que dio cuenta de una incapacidad del 8% por síndrome cervicobraquiálgico a la que se calificó como enfermedad del trabajo. Ello no obstante, la Sala Quinta de la Cámara del Trabajo de Córdoba rechazó la demanda.

2º) Para decidir como lo hizo, la corte local señaló que el reclamante se limitó a afirmar genéricamente que se probó un daño que debía ser indemnizado en los términos de la LRT, pero soslayó las objeciones del tribunal de grado sobre la ineficacia probatoria para calificar como profesional la patología que padece el actor, por no ajustarse a los criterios de la ley, en cuanto al "agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividad". Finalizó diciendo que en tanto no fueron cuestionadas estas premisas que conformaron la decisión el planteo debía desestimarse por infundado.

3º) Contra esta decisión la actora dedujo recurso extraordinario que denegado, dio origen a la presente queja (fs. 168/177, 192/193 y 40/43).

La actora se agravia porque el a quo omitió el tratamiento de las constitucionalidades planteadas respecto a los arts. 8, 9, 14, 21, 22, 46 y 49 de la Ley de Riesgos del Trabajo nº 24.557.

Sostiene que se demostró que el actor padece una incapacidad del 8% de la total obrera por enfermedades profesionales derivadas de la actividad desplegada en la empresa demandada y afirma que el pronunciamiento atacado viola la normativa específica (Decreto 658/96 reglamentario del art. 6 de la ley 24.557 y art. 75 de la ley 20.744).

4º) En el caso, el recurrente cuestionó en el remedio federal las pautas que emanaban de la decisión apelada (v. fs.

170 vta. y siguientes). Cabe señalar, que en su recurso de casación obrante a fojas 138/143 además de objetar la asimilación del supuesto al precedente "Sabbadin" impugnó por inconstitucional el sistema de la LRT recordando que había deducido la pretensión de resarcimiento por un bien lesionado en el marco del contrato de trabajo como consecuencia de haberse incumplido con el deber de seguridad consagrado en el art. 75 de la LCT en la realización de tareas habituales y puntualizando allí que las respuestas del sistema especial dirigidas a los accidentes y enfermedades profesionales previstos en el art. 6 de la LRT dejaban abierta la posibilidad de ese planteo (ver fojas 139 vta./142, reiterando las objeciones deducidas con la demanda (ver fojas 3 vta./6).

5º) Dada la similitud en este punto, con la causa "Vea Murguia de Achard, María Salomé y otros c/ Estado Nacional - M° de Defensa - Estado Mayor General del Ejército", (Fallos: 329:3956), cabe considerar que la regla allí sentada es la que gobierna el presente caso.

En dicho expediente esta Corte ha declarado que la designación por el art. 14 de la ley 48 de los tribunales superiores de provincia, obliga a éstos a pronunciarse sobre aquellos puntos federales que, de acuerdo con el mismo artículo, resultarian comprendidos en el recurso extraordinario de apelación. El cumplimiento de dicha obligación no puede excusarse siquiera sobre la base de restricciones impuestas por su propia jurisprudencia, sus constituciones o leyes provinciales (Fallos: 308:490 y 311:2478, en particular, considerandos 13 y 14).

En función de lo expuesto, concluyó que la directriz a aplicar, es aquella según la cual: el recurso extraordinario habilita la revisión por la Corte Suprema de las mismas cuestiones federales que la sentencia recurrida ha tratado y resuelto. Cuando, por el contrario, tal resolución previa no ha tenido lugar, porque el tribunal de última instancia designado por las leyes 48 o 4055 ha omitido tratar la cuestión federal por apli-

cación de una norma procesal que lo impide, corresponde, conforme a la doctrina de "Strada" y "Di Mascio", anular la sentencia y reenviar la causa para que el tribunal de origen dicte un nuevo fallo que incluya la decisión del punto federal.

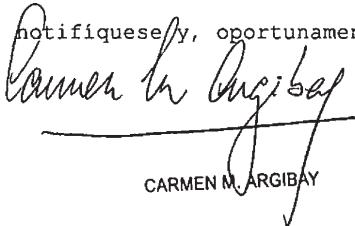
6º) En el presente expediente, el a quo evitó dar respuesta a los reparos constitucionales formulados por el accionante a pesar de que se había verificado la existencia y cuantía de un "daño" concreto, incapacitante, relacionado con las tareas realizadas (ver fs. 135, renglón 4 y 5) ya que en la desestimación del remedio local se afirmó que la enfermedad detectada no encuadra como "profesional" en los términos de la norma, las condiciones de la triple columna, que exige el decreto 1278/00 (ver fojas 163 vta.), tema que la actora había impugnado ante el superior precisamente por esa razón, ya que frustraba el reclamo por vía judicial del daño denunciado como vinculado al trabajo (ver fojas 139, último párrafo, hasta fojas 143).

A mi entender, la omisión de pronunciamiento por parte del tribunal a quo interfiere en el normal ejercicio de la competencia apelada de esta Corte, tal como ella ha sido configurada por las leyes 48 y 4055, lo que, es motivo para anular el fallo defectuoso y ordenar el dictado de uno nuevo.

Habida cuenta de lo expuesto y toda vez que, como ha quedado dicho, la sentencia recurrida no ha tratado los planteos de inconstitucionalidad del sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo planteados por la parte actora que fundara a partir de la invocación de un principio federal, la causa debe ser reenviada a la corte local a tal efecto.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Regis-

trese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

  
CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por Nicolás Cayetano Rivadero, representado por el Dr. Miguel Dujovne.

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Tribunales anteriores: Sala Quinta de la Cámara del Trabajo de Córdoba.

---

SOTO, LUCIANO JAVIER C/ Mº J y DDHH – ART. 3  
LEY 25.914 RESOL 1047/11 (EX 13964/11)

*DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS*

Corresponde revocar el pronunciamiento que reconoció el beneficio previsto por la ley 25.914 a quien al momento de la detención de toda la familia se encontraba en el seno materno, ya que para acogerse a dicho beneficio el actor debió haber nacido durante el cautiverio de su madre o, siendo menor, haber estado detenido ilegalmente en las circunstancias allí establecidas y no es posible afirmar que el demandante, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la citada norma.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Luciano Javier Soto dedujo el recurso de apelación – en los términos del art. 3º de la ley 25.914 – contra la resolución del ministro de Justicia y Derechos Humanos 1047/11, que le denegó el beneficio previsto por la ley 25.914.

Relata que su padre –Daniel Rubén Soto– fue secuestrado el 28 de marzo de 1978 y luego desaparecido durante la vigencia del gobierno militar (1976 a 1982).

Agrega que en aquella ocasión su familia –Mirta

Nélida Blanco (madre) y Nicolás Daniel y Cynthia Verónica Soto (hermanos)— fue demorada en su casa sin motivos ni razones con la intención de amenazar y generarles miedo e impedir así la búsqueda de su padre desaparecido.

Explica que al momento de la detención de su familia, su madre estaba embarazada de él, razón por la cual —sostiene— fue víctima de los padecimientos a los cuales fue sometido el grupo familiar.

- II -

A fs. 187/189, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) admitió el recurso deducido por el actor y revocó la decisión recurrida.

Para así resolver destacó en primer lugar que de las actuaciones se desprendía que: a) el actor es hijo de Daniel Rubén Soto y de Mirta Nélida Blanco y hermano de Nicolás Daniel y Cynthia Verónica Soto; b) el 28 de marzo de 1978 detuvieron en su domicilio a su padre —luego desaparecido— y a toda su familia, incluyendo al actor que se encontraba en el seno materno; c) mediante la resolución 2084/09 se otorgó el beneficio previsto en la ley 25.914 al hermano del actor (Nicolás) con sustento en que al menos durante una hora los niños permanecieron detenidos por los captores de su padre, acreditándose así la privación ilegítima de la libertad exigida por la norma.

Destacó que no había discusión en cuanto a que el apelante, al momento de la detención de su padre ostentaba la categoría de "persona por nacer" con capacidad para adquirir algunos derechos (art. 70 y concordantes del Código Civil).

Resaltó también que nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño.

Advirtió que la demandada —con independencia de que el art. 2º de la ley 25.914 dispone expresamente como recaudo para la concesión del beneficio en ella previsto que se acredite que los menores nacidos fuera de los establecimientos carcelarios y/o cautiverio han permanecido en ellos en las

condiciones fijadas por el art. 1º- optó por interpretar ampliamente el alcance de la ley para conceder el beneficio allí previsto a los hermanos del actor.

Entendió que, sin pronunciarse sobre la interpretación que la Administración hizo respecto del art. 2º, darle una inteligencia diferente a la norma en esta causa resultaría violatorio del principio de igualdad (art. 16 y concordantes de la Constitución Nacional) y de tratados internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22 de la ley fundamental (Fallos: 333:1279, entre otros).

Por ello, a fin de evitar una situación discriminatoria del actor con sus hermanos y sin desconocer lo decidido por la Corte en la causa "Blanco" (Fallos: 331:1771) funda su aplicación en el principio de igualdad y evita así examinar los alcances del ámbito de aplicación de la ley 25.914 y porque, además, en dicho precedente se discutía la procedencia del beneficio previsto por la ley 24.043 a una persona por nacer, en la que el bien jurídico tutelado es la libertad ambulatoria, diferente al protegido por la ley 25.914.

- III -

Disconforme con lo resuelto, la demandada dedujo el recurso extraordinario de fs. 196/210, que concedido por el Tribunal (fs. 218) -en cuanto en él se cuestiona la interpretación de normas de carácter federal- trae el asunto a conocimiento de V.E.

Alegó, entre otras cuestiones que el legislador, al dictar la ley 25.914 no tuvo en cuenta a las personas por nacer y, en consecuencia, entendió que no le corresponde al poder judicial extender los beneficios de excepción y extraordinarios a situaciones no contempladas por la ley.

Al ser ello así, se agravó de que la Cámara prestó menguada atención a la ley 25.914, alterando el sentido de la pretensión y reconociendo el beneficio al actor, con fundamento en que a sus hermanos la Administración les había otorgado la indemnización.

Por último, agregó que la situación de sus hermanos que se hallaban en el lugar al momento de la detención de sus padres, no se asemeja a la suya, que aún no había nacido.

- IV -

Toda vez que se halla en tela de juicio la interpretación de la ley 25.914 y que la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ella funda la apelante (art. 14, inc. 3º de la ley 48), a mi modo de ver, el presente recurso es formalmente admisible.

Estimo, además, que por discutirse el contenido y alcance de una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal apelado, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (doctrina de Fallos: 308:1076; 322:1616; 328:3142, entre otros).

- V -

El *thema decidendi* consiste, pues, en determinar si el pedido de indemnización solicitado por el demandante encuadra dentro de las previsiones establecidas en la ley 25.914.

Habida cuenta de ello considero pertinente reseñar un extracto del mensaje de elevación del proyecto de ley que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la Nación el 24 de marzo de 2004 (002-PE-04) y que fue luego reiterado en los debates parlamentarios que precedieron a su sanción.

En lo que aquí interesa es de destacar que la finalidad de la ley 25.914 fue "indemnizar a los niños que fueron víctimas de la última dictadura militar, abarcando la situación de aquellos que nacieron y/o estuvieron privados de su libertad o en cautiverio, y también los que sufrieron la sustitución de su identidad" y agrega: "Es que la残酷 de la represión llegó hasta los niños que tuvieron también que vivir en cárceles o centros clandestinos de detención, cuando no, como lo demuestra la lucha de las Abuelas de Plaza de Mayo, fueron privados de su identidad, de su historia y de sus vínculos

familiares".

En autos, el actor -Luciano Javier Soto- reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquélla fuera privada de su libertad, junto con sus hermanos menores de edad y otros familiares, el 28 de marzo de 1978.

Cabe poner de resalto que el padre del solicitante, según la prueba aportada, fue detenido ilegalmente en marzo de 1978 y el nacimiento se produjo recién el 21 de septiembre de ese año, es decir, con posterioridad al suceso que culminó con la desaparición de su progenitor.

En su mérito, entiendo que para poder acogerse al beneficio establecido en la citada norma el actor debió haber nacido durante el cautiverio de su madre o, siendo menor, haber estado detenido ilegalmente en las circunstancias allí establecidas.

En este sentido, no es posible afirmar que el actor, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 25.914 (v. Fallos: 331:1771 citado).

- VI -

Por lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y revocar el pronunciamiento apelado.

Buenos Aires, 4 de marzo de 2013.

LAURA M. MONTI

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *octubre de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Soto, Luciano Javier c/ M° J y DDHH - art. 3º ley 25.914 - resol. 1047/11 (ex. 13.964/11)".

Considerando:

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

Por ello, y de conformidad con el referido dictamen, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, representado por el Dr. Gerardo O. González, con el patrocinio letrado del Dr. Norberto S. Bisaro.

Traslado contestado por Luciano Javier Soto, representado por el Dr. Marcelo Antonio Masulli.

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

---

ACEVEDO DE OLIVERA FERNANDA EMILIA  
C/ ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
s/ AMPAROS Y SUMARISSIMOS

### *JUBILACION POR INVALIDEZ*

Cabe dejar sin efecto por arbitraría la sentencia que rechazó la acción de amparo intentada contra la resolución administrativa de ANSeS por la que el organismo previsional revocó el beneficio de jubilación por invalidez del actor, pues no resulta razonable la conclusión del a quo en cuanto a que entendió no apta

la vía procesal en virtud de lo estipulado por el artículo 15 de la ley 24.463, dado que el amparo se interpuso en razón de lo inesperado del contenido de la misma, en una solicitud de reajuste del beneficio, que culmina con el dictado de un acto que suspendió al accionante la percepción del haber jubilatorio.  
-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

### *JUBILACION POR INVALIDEZ*

Cabe dejar sin efecto por arbitraria la sentencia que había rechazado la acción de amparo intentada contra la resolución administrativa de ANSeS por la que el organismo previsional revocó el beneficio de jubilación por invalidez del actor, pues el excesivo rigor formal que denota la decisión recurrida no tuvo en cuenta la doctrina del Tribunal según la cual cuando se juzgan peticiones sobre derechos alimentarios, los jueces tienen el deber de actuar con extrema cautela, de modo de no afectar los fines tutelares de la prestación previsional (Fallos: 335:346, "Saldaña, Ricardo Roberto c/ ANSeS").  
-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Los integrantes de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmaron la sentencia de la anterior instancia, que rechazó la acción de amparo intentada contra la resolución administrativa de la A.N.Se.S por la que el organismo previsional revocó el beneficio de jubilación por invalidez del actor (ver fs. 2 y 3 del presente cuaderno de queja, al que me referiré de ahora en más, salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, los magistrados, de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público, consideraron que la vía elegida no resultaba adecuada para resolver la cuestión planteada y que, frente a la existencia de una resolución administrativa dictada por la A.N.Se.S, se debía acudir al procedimiento específico del art. 15 de la ley 24.463.

Contra dicha resolución, la actora interpuso un recurso extraordinario que fue denegado, motivando la presente queja (v. fs. 10/22, 23 y 26/35).

-II-

Se agravia el quejoso, con base en la doctrina de V.E. sobre sentencias arbitrarias, e invoca los artículos 14, 14 bis, 17, 18, 19, 28 y 31 de la

Constitución Nacional, por considerar que la resolución recurrida contraría a sus derechos, fundamentalmente, los de propiedad y defensa en juicio.

Indica el apelante que la resolución impugnada se apartó de la normativa vigente, porque los tribunales prescindieron de lo establecido en el art. 72 *in fine* de la ley provincial nº 4558. Puntualmente, aclara, que dicho artículo alude al carácter definitivo del beneficio previsional por invalidez, lo que -a su juicio- se asemeja a irrevocable y no fue ponderado por los magistrados al convalidar judicialmente la decisión del ente jubilatorio.

Sostiene, que los jueces transformaron el régimen de incompatibilidad previsional en una causal de pérdida automática del derecho a la prestación. Arguye en ese sentido, que el resolutorio impugnado al desconocer los supuestos fácticos resultó un irregular e ilegítimo ejercicio de la potestad revocatoria previsional, sin la cautela necesaria para actuar en estos casos.

Pone de resalto, estrictamente en lo procedural, que el fallo recurrido se apartó de doctrina de V.E. avasallando su derecho de defensa en juicio; insiste, en que la A.N.Se.S, previo a resolver de la manera que lo hizo, no le otorgó oportunidades procesales adecuadas, dejándolo en la práctica sin posibilidad material de ofrecer ni producir probanzas acordes a su derecho.

En el recurso extraordinario que acompaña como parte de esta queja alega, citando jurisprudencia de ese Alto Tribunal, que la vía procesal elegida es la correcta a partir de la gravedad de su situación y de la suficiencia de las pruebas que obran en la causa para resolver el caso.

-III-

Primeramente, debo decir que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o difícil reparación ulterior, situación que se advierte si el apelante acreditó la verosimilitud de la lesión a sus derechos, que en atención a la naturaleza de los daños invocados y afectados, al de su propia subsistencia, sólo podrán alcanzar una protección ilusoria por las vías ordinarias. Por otro lado, el perjuicio que supondría para el interesado verse obligado a reiniciar la causa luego de transcurrido nueve años desde el inicio de este proceso acredita suficientemente la índole irreparable del gravamen (ver fs. 16).

Sobre esa base, estimo que los agravios esgrimidos justifican su examen en esta excepcional instancia pues, si bien la acción entablada no está destinada a reemplazar medios ordinarios, excluirla por la existencia de otros recursos no puede

fundarse en apreciaciones meramente rituales e insuficientes, toda vez que la institución tiene por objeto proteger en forma efectiva los derechos más que ordenar o resguardar competencias (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; y, más recientemente, S.C.T. 57, L. XLVI “Toloza, Raul Omar c/A.N.Se.S s/ amparos y sumarísimos”, sentencia del 29.05.12).

Pienso que ello es precisamente lo que ocurre en autos, por cuanto se aprecia con claridad que el tribunal no ponderó, con el rigor que es menester, los planteos llevados por el actor para su consideración dado que, desde que se interpuso la demanda, siempre hizo saber que el planteo de revocación del acto administrativo de la A.N.Se.S, tenía estrecha conexión con sus posibilidades de subsistencia.

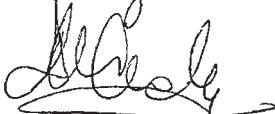
Tampoco resulta razonable la conclusión del *a quo* en cuanto a que entendió no apta la vía procesal en virtud de la existencia de una resolución de la A.N.Se.S de acuerdo a lo estipulado por el artículo 15 de la ley 24.463. Así lo pienso pues el amparo se interpuso en razón de lo inesperado del contenido de dicha resolución, ya que a partir de una solicitud de reajuste del beneficio, se culmina con el dictado de un acto que suspendió al accionante la percepción del haber jubilatorio.

Se debe señalar también que, en principio con la prueba aportada, es posible darle una correcta solución al litigio, siendo factible y justificado, en virtud de la materia de que se trata y las condiciones del amparista, disponer las medidas que eventualmente el tribunal considere conducentes máxime cuando no fue alegado este déficit probatorio en la sentencia.

El excesivo rigor formal que denota la decisión recurrida no tuvo en cuenta la doctrina de la C.S.J.N., según la cual cuando se juzgan peticiones sobre derechos alimentarios, los jueces tienen el deber de actuar con extrema cautela, de modo de no afectar los fines tutelares de la prestación previsional (Fallo del 20/03/2012 dictado en la causa S.C.S.835 L.XLV “Saldaña, Ricardo Roberto c/A.N.Se.S s/prestaciones varias”).

En tales términos, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia y mandar a que, por quien corresponda, se dicte una nueva con ajuste a lo indicado.

Buenos Aires, 6 de mayo de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de la Nación  
SUBROGANTE

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

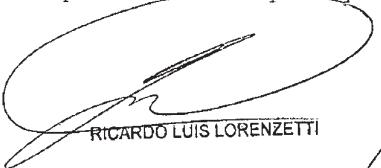
Buenos Aires, *21 de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Acevedo de Olivera, Fernanda Emilia c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ (Materia: Previsional) Amparos y Sumarísimos", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. *Notifíquese y devuélvase.*



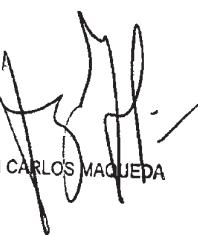
RICARDO LUIS LORENZETTI



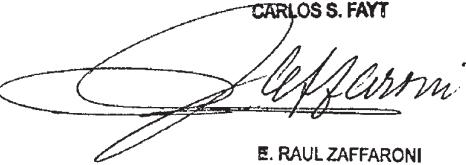
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por Fernanda Emilia Acevedo de Olivera, representada por el Dr. Luis Jorge Hernández.

Tribunal de Origen: Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia de Santiago del Estero.

BARRIOS, IDILIO ANELIO C/ ADMINISTRACION  
NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
s/ REAJUSTES VARIOS

*HABER JUBILATORIO*

Cabe admitir el planteo de inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 24.241, ordenando a la ANSeS a calcular la prestación compensatoria, considerando la totalidad de los años aportados por el actor con anterioridad a la vigencia del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, pues el tope legal impugnado resulta inconstitucional e inaplicable a la situación de autos, pues implicaría convalidar una limitación cuyo origen tuvo lugar en una norma que no atiende a la finalidad de los derechos en juego y contradice las garantías que tutelan la protección del trabajo en todas sus manifestaciones y los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable.

*HABER JUBILATORIO*

Dado que el propósito de la ley 24.241-Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones- es compensar o equiparar los años de trabajo aportados al régimen anterior con los del sistema vigente a fin de que se vean reflejados en el haber jubilatorio, la fijación de un tope que desconoce parte de ellos -el artículo 24 fija el tope de 35 años a fin de obtener la prestación compensatoria-, no sólo se contrapone con el fin que tuvo en miras el legislador sino que, además, atenta contra las garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional, por cuanto, mientras éste establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, la cláusula en cuestión cercena el derecho del trabajador a ver reflejado en su haber jubilatorio el mayor esfuerzo, atentando además contra la garantía de igualdad prescripta en el art. 16 de la Constitución Nacional, porque impone un trato diferente entre afiliados que se encuentran alcanzados por un mismo régimen legal.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó, en parte, la decisión de grado, tanto el actor como la demandada -ANSeS- interpusieron recursos extraordinarios de apelación, que fueron concedidos (fs. 88/89, 91/95, 98, 106/124 y 136).

- II -

Por su lado, la actora se agravia por la resolución que tomó el juzgador respecto a la legitimidad, desde el punto de vista constitucional, de los 35 años estipulados como tope por el artículo 24 de la ley 24.241, a fin de obtener el cálculo de la Prestación Compensatoria (P.C.).

Sobre ello, alega que el máximo de años establecidos por el citado artículo 24 es irrazonable y contraria a las garantías constitucionales estipuladas por los artículos 14 bis, 16, 17 y 28 de la Carta Fundamental. Elio es así -continúa- desde que el límite referido implica confiscar años de servicio para realizar el cálculo correspondiente y, por tanto, sin razón alguna, reducir el haber inicial de su prestación.

Critica la posición de la Cámara en cuanto sostuvo que no estaba probado el perjuicio; aduce sobre el punto que siquiera era necesaria una peritación para determinar la confiscatoriedad que resulta de no computarle nueve años de aportes, desde que ello surge obvio y a simple vista.

- III -

En el escrito correspondiente, el organismo previsional ataca la decisión del *a quo* en cuanto ordenó, que se recalcule la Prestación Complementaria (P.C.) del haber jubilatorio del actor realizando el cálculo estipulado por el inciso a) del artículo 24 de la ley 24.241, actualizando el monto de sus haberes de actividad con arreglo al índice correspondiente a los salarios básicos de la industria y construcción -personal no calificado- hasta la fecha del cese, sin el límite temporal impuesto por la Resolución A.N.Se.S. 140/95. Se agravia, puntualmente, por entender que tal como lo estipula la última normativa citada, sólo se puede aplicar dicho mecanismo hasta la entrada en vigencia de la ley 23.928, que introdujo la estabilidad del salario activo y la eliminación de toda indexación y aplicación de índices, incluidos los elaborados por la Secretaría de Seguridad Social.

Por otro lado, asevera que el sentenciador, al determinar la movilidad que le correspondía al actor, contradijo la doctrina sentada por V.E. en el caso "Badaro" sentencia de fecha 8/08/2006, pues -continúa- allí se estableció que el precepto

constitucional de movilidad se dirige primordialmente al legislador que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad. Por tal razón, -prosigue- la Sala excedió las facultades del Poder Judicial, pues estableció una movilidad que sólo el Poder Legislativo puede regular, interfiriendo en el ámbito de otro Poder del Estado y contradiciendo la doctrina que ese Alto Tribunal estableció en la causa referida. Por último, se agravia de que el juzgador haya obviado los aumentos a las jubilaciones mínimas otorgadas por el Poder Ejecutivo, como así también el aumento general a los haberes de los pasivos estipulados por el decreto 764/06.

## - IV -

Ante todo considero que los recursos extraordinarios deducidos son formalmente procedentes, por cuanto se encuentra en tela de juicio la interpretación y constitucionalidad de normas federales, y la decisión atacada ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas (art. 14, inc. 1 y 3, Ley Nº 48 y doctrina de Fallos 322:1318; 323:1866; 324:4389, entre otros).

Sentado lo anterior debo decir que V.E. me confirió vista sólo en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley 24.241, razón por la cual mi dictamen se restringirá a dicho tema (v. fs.144).

## - V -

Asimismo, y antes de comenzar a estudiar los agravios de la actora realizaré un ligero repaso del sistema implementado por la ley 24.241 para la determinación del haber inicial de jubilación al momento en que el actor adquirió el derecho, con el objeto de aportar claridad y precisión a la solución a la que, en definitiva, arribaré.

En este contexto, a la fecha de jubilación del demandante el haber de inicio de quien optaba por continuar en el régimen público, de acuerdo al artículo 30 de la ley 24.241, se componía de tres rubros, a saber: la Prestación Básica Universal (P.B.U.) prevista en el artículo 19, a la que debía sumársele la Prestación Adicional por Permanencia (P.A.P) (art. 30 inciso b)) y la Prestación Compensatoria, estipulada por el artículo 23, cuyo monto se

determina de acuerdo a lo prescripto por el artículo 24 de dicho cuerpo legal, cuya inconstitucionalidad ahora se propugna.

Para dilucidar el problema planteado, entonces, entiendo de utilidad determinar la función que cumple la Prestación en estudio, para luego analizarla a la luz del precepto constitucional que se dice violado. Pienso que la adecuada respuesta a dicho cuestionamiento, se encuentra en la denominación que le asignó el legislador a tal rubro, ya que -desde mi punto de vista- es indicativa de su preciso rol.

En efecto, el término "Compensatoria" derivado del verbo compensar proviene del latín compensare, propiamente "pesar juntamente dos cosas hasta igualarlas" - v. Diccionario etimológico de Joan Corominas, Editorial Gredos (Madrid 1997)-. Es razonable, entonces considerar que la prestación citada tiene como objetivo equiparar -entre otros aspectos- el esfuerzo contributivo de los afiliados al sistema anterior con los del sistema vigente a fin de que se vea reflejado en el haber jubilatorio, materializando su fin al reconocer los créditos que representan los aportes realizados antes de la entrada en vigencia del Libro I de la ley 24.241, es decir, con anterioridad al 15/7/94 (v. decreto 56/94).

A partir de tal principio la aplicación al caso del sistema que prevé la toma de un máximo de 35 años aplicado al afiliado, conduce a un resultado irrazonable desde que, como fue demostrado por el actor, dicho límite lejos de cumplir con su objetivo, lo contraría abiertamente, al igual que violenta la garantía de igualdad prescripta en el artículo 16 de la Carta Fundamental.

Ello es así, pues la protección constitucional referida radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide -como reiteradas veces V.E. expresó- que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegitima persecución (v. Fallos: 330:3853; 329:304; 328:4044; 328:690; entre muchos otros).

Estimo pues, que el precepto cuestionado no condice con el marco delineado por V.E. dentro del que debe interpretarse el derecho constitucional de igualdad,

desde que se traduce, en definitiva, en un trato diferente en cuanto al monto a percibir por agentes que se encuentran en igualdad de condiciones (años de servicios y de aportes al sistema, con un mismo promedio de remuneraciones) sin que se vislumbre de la lectura de la normativa comprometida un argumento válido para ello, lo que torna a la distinción legal en arbitraria, ya que carece de fundamento.

Reafirma mi posición lo expresado, específicamente, sobre los sistemas de pensión, por el Alto Tribunal, en cuanto a que "*la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impide la existencia de regímenes jubilatorios distintos en tanto no exista una discriminación irrazonable o propósitos persecutorios*" (v. Fallos: 315:482).

En autos, el Sr. Barrios realizó la mayor parte de sus aportes al sistema previsional general anterior -conformado por las leyes 18.037 y 18.038-, pero que luego no pudieron ser tenidos en cuenta en su totalidad a la hora de determinar su haber jubilatorio, en el marco de los límites mencionados, a diferencia de lo que ocurre con aquellos beneficiarios que realizaron igual período de aportes pero los comenzaron con posterioridad, proyectándolos durante un mayor lapso luego de julio de 1994. Nótese que conforme surge del expediente administrativo (v. fs. 37) el actor obtuvo su derecho el 7 de septiembre de 1994.

Estimo, pues, que la afectación de la garantía de igualdad se ve claramente conculcada en virtud que, desde mi punto de vista, no resulta razonable que la prevalencia en el tiempo de aportes en uno u otro régimen previsional se vea reflejada en forma desigual en el cálculo del monto del haber jubilatorio.

Es cierto que normativas anteriores imponían topes a la cantidad de años de servicios a computar (v. por ejemplo el inciso 2º del artículo 49 de la ley 18.037) y que también esa restricción se veía reflejada en el total del sueldo previsional, empero dichos mecanismos -amén de que eran aplicables a todo el universo de beneficiarios que comprendía el régimen- trataban de alcanzar las metas que imponía el principio de solidaridad que junto con el de contribución, caracterizaron, en su mayoría, a los sistemas de pensiones nacionales cuyo norte, tradicionalmente, siempre fue el de buscar que sus prestaciones sean un sustituto del haber de actividad tratando de preservar, por cierto, los

fondos dinerarios de los cuales se nutría.

Por ello, como se desprende de su articulado, la ley 18.037 establecía un límite de años de servicios a computar, en el caso que se excedieran la edad requerida para obtener el beneficio, con el objeto de que del cálculo correspondiente no resultara un monto de haber jubilatorio mayor al 82% del promedio del sueldo del beneficiario calculado en base a los mejores tres años de los últimos diez trabajados (v. art. 49 inciso 2º apartado d)). Cabe acotar aquí que, en dicho sistema, el trabajador se aseguraba, si cumplía con los requisitos básicos de 30 años de servicios computables de los cuales 15 debían ser con aportes y 60 años de edad para los hombres y 55 para las mujeres, una jubilación que no sería menor al 70% del promedio de sus salarios calculados de acuerdo a los parámetros reseñados (v. arts. 28 y 49 apartado a) de la ley 18.037 antes de la modificación por el artículo 158 de la ley 24.241).

De la simple observación de los montos atribuidos como haber del actor, se desprende claramente que el tope ahora cuestionado no tiene el mismo fundamento que el máximo implementado por la ley previsional anterior, pues luego de computársele 35 años de servicios -de los casi 45 que ostenta (v. fs.11 del agregado Administración Nacional de la Seguridad Social U.D.A.I. SANTAFE) el actor recibe, por las tres prestaciones que conforman su haber jubilatorio, una suma que representa el 51% de la remuneración de actividad, que se encuentra muy lejos del mínimo que reconocía para una prestación similar el anterior sistema, es decir setenta por ciento del promedio de los sueldos referido y, por tanto, difícilmente pueda ser considerado sustituto del salario de actividad tal como lo concibió el cimero Tribunal en Fallos 328:1602 al expresar que "*la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio*".

Estimo que tampoco puede sostenerse como argumento válido para la

imposición del límite impugnado la salud financiera del sistema, toda vez que, como se señaló más arriba, uno de sus componentes básicos es la contribución del futuro beneficiario como fuente primaria de su economía, razón por la cual, el esfuerzo realizado por el trabajador y, en su caso, también por empleador, se debe traducir en una prestación que sea un equilibrado reflejo de su aporte, no sólo posibilitando que su monto -como se puso de resalto en el párrafo anterior- sustituya el salario de actividad, circunstancia que -como se dijo- no se aprecia en el caso del demandante, sino como un medio de incentivar a los contribuyentes a realizar un máximo esfuerzo en sustento de un resultado final adecuado.

Por lo expuesto, opino que se debe declarar formalmente procedentes los recursos extraordinarios interpuestos y revocar la sentencia con el alcance indicado.

Buenos Aires, 8 de julio de 2011.

MARTA ALFONSINA CONCEPCIÓN  
"Bartolomé Mitre" ante la  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de agosto de 2013.

Vistos los autos: "Barrios, Idilio Anelio c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios".

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que ordenó la redeterminación del haber inicial y su posterior movilidad, y rechazó los planteos vinculados con la declaración de inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 24.241, el actor y la ANSeS dedujeron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos a fs. 136.

2º) Que el actor considera que el fallo, que entendió que su parte no había logrado demostrar el perjuicio concreto

que la aplicación del citado artículo 24 le ocasionaba, atenta contra las garantías tuteladas por los arts. 14 bis, 16, 17 y 28 de la Constitución Nacional, pues sostiene que al establecer un límite de treinta y cinco años para el cálculo de la prestación compensatoria, dicha norma impide, sin ningún tipo de fundamento, que se le computen todos sus años trabajados con anterioridad al 15 de julio de 1994.

3º) Que el planteo debe ser admitido. De las constancias de la causa surge que antes de la fecha señalada el demandante había reunido cuarenta y cuatro años, seis meses y quince días de servicios con aportes, los cuales no fueron computados en su totalidad por la ANSeS al otorgar el beneficio (fs. 28, 33, 34 y 37 del expediente administrativo 726-5900686-4-0-1).

4º) Que el artículo 17 de la ley 24.241, establece que los beneficiarios del régimen público podrán acceder a las prestaciones allí enumeradas, entre ellas: la básica universal (PBU), la adicional por permanencia (PAP) y, en lo que aquí interesa, la compensatoria (PC). Esta última, que corresponde a todos aquellos afiliados que realizaron aportes y contribuciones de acuerdo con las disposiciones de las leyes 18.037 o 18.038, tiene por finalidad compensar esos años aportados hasta que comenzó a regir la nueva ley.

5º) Que el artículo 24 establece que si todos los servicios con aportes lo fueren en relación de dependencia, el haber mensual de la PC será equivalente al 1,5% por cada año de servicio o fracción mayor de seis meses, hasta un máximo de treinta y cinco años, calculado sobre el promedio de las remuneraciones actualizadas y percibidas durante el período de diez años inmediatamente anteriores al cese de servicios. Para la determinación del haber dispone que se deberán tomar en cuenta únicamente los servicios prestados hasta el 15 de julio de 1994, fecha en que comenzó a regir el Libro I del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, motivo por el cual la PC integra de modo principal el haber inicial de aquellos beneficios que fueron otorgados al poco tiempo de la fecha señalada.

6º) Que esta Corte ha reconocido invariablemente las facultades del legislador para organizar, dentro de límites razonables, el sistema previsional, es decir, de modo que no afecten de manera sustancial los derechos garantizados por la Constitución Nacional (Fallos: 311:1937; 329:3089), y ha ratificado los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales, rechazando toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado de otorgar "jubilaciones y pensiones móviles", según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia.

7º) Que, por su parte, los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos constitucionales reconocidos, en particular, a los ancianos (Fallos: 328:1602).

8º) Que en ese orden de ideas no puede ser pasado por alto el Mensaje del Poder Ejecutivo del 25 de agosto de 1992, que acompañó el proyecto de ley de reforma del Sistema Nacional de Previsión Social y enunciaba una serie de principios que debían estar presentes en el nuevo sistema previsional, destacando el de equidad, que en lo pertinente expresa que "Si bien se considera necesario que aquellas personas más desprotegidas ante la sociedad encuentren en su vejez una gratificación, también se estima de singular relevancia que las personas se vean premiadas en función de los aportes efectuados durante todo su paso por la fuerza laboral, de manera que quien más haya contribuido al régimen, obtenga mayores beneficios...".

9º) Que lo señalado en los párrafos que anteceden im-

pone la necesidad de sopesar la validez de la limitación dispuesta por el artículo 24, pues una interpretación armónica de las cláusulas constitucionales, acorde con los objetivos de justicia social del artículo 14 bis y con la finalidad perseguida por el espíritu de la ley, impide que se convalide una disposición cuya aplicación traduce, en definitiva, una suerte de castigo para aquellos sujetos de preferente protección constitucional que más trabajaron y aportaron en forma efectiva al sistema de la seguridad social con anterioridad al 15 de julio de 1994.

10) Que como el propósito del mencionado instituto es compensar o equiparar los años de trabajo aportados al régimen anterior con los del sistema vigente a fin de que se vean reflejados en el haber jubilatorio, la fijación de un tope que desconoce parte de ellos, no sólo se contrapone con el fin que tuvo en miras el legislador sino que, además, atenta contra las garantías del artículo 14 bis, por cuanto mientras éste establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, la cláusula en cuestión cercena el derecho del trabajador de ver reflejado en su haber jubilatorio el mayor esfuerzo contributivo realizado.

11) Que el límite señalado también atenta contra la garantía de igualdad prescripta en el art. 16 de la Constitución Nacional, que consiste en dispensar el mismo trato legal a quienes se encuentren en una razonable igualdad de circunstancias, y en este sentido el artículo 24 de la ley 24.241, impone un trato diferente entre afiliados que se encuentran alcanzados por un mismo régimen legal.

12) Que ello es así porque los casi cuarenta y cinco años de trabajo cumplidos por el actor no pudieron ser tenidos en cuenta en su totalidad, porque todos fueron realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.241, a diferencia de lo que ocurre con aquellos afiliados que con igual cantidad de años de aportes pero parte de ellos efectuados antes del 15 de julio de 1994 y los restantes con posterioridad a di-

cha fecha, se ven beneficiados con un cómputo que comprenderá a todos sus años de trabajos con aportes.

13) Que la circunstancia apuntada representa para el actor una doble desventaja en el cálculo de su beneficio, pues además de que no le computaron casi diez años de aportes realizados en forma efectiva, su jubilación no podrá estar integrada por los tres componentes a que hace referencia el art. 17 de la ley 24.241 (PBU, PC y PAP), ya que en razón de que el cese laboral tuvo lugar el 7 de septiembre de 1994, la Prestación Adicional por Permanencia (PAP) no logra reunir el tiempo necesario para su cómputo.

14) Que en esos términos, la ANSeS determinó el haber inicial de la prestación y el actor accedió a un monto jubilatorio que apenas representó el 51% de sus últimos sueldos de actividad, lo que implicó para el Sr. Barrios que a partir de obtener su jubilación con fecha 7 de septiembre de 1994 -sólo dos meses después de su última remuneración certificada-, tuviese que tratar de mantener su estándar de vida con casi la mitad de los ingresos que percibía cuando se encontraba activo (fs. 34/37 del expediente administrativo 726-5900686-4-01).

15) Que si se tiene en cuenta, además, que después de tan extensa historia laboral y con los parámetros de ajustes ordenados por la cámara, el monto inicial de la prestación -conformado sólo por la PBU y la PC- no logra alcanzar siquiera el 58% de los últimos sueldos percibidos por el demandante, cabe concluir que la restricción establecida por el art. 24 de la ley 24.241, resulta irrazonable pues implica una reducción injustificada del nivel de vida del actor y del monto de su haber previsional, al que es acreedor sin mengua alguna, e importa que esos años de aportes -sin contraprestación por parte del Estado- se conviertan en un verdadero impuesto al trabajo.

16) Que, en tales condiciones, corresponde establecer que el tope legal impugnado (art. 24 de la ley 24.241), resulta inconstitucional e inaplicable a la situación de autos, toda vez

que una solución contraria implicaría convalidar una limitación cuyo origen tuvo lugar en una norma que no atiende a la finalidad de los derechos en juego y contradice las garantías que tutelan la protección del trabajo en todas sus manifestaciones y los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable (arts. 14, 14 bis, 17 y 28 de la Constitución Nacional).

17) Que los agravios de la ANSeS vinculados con la movilidad que corresponde otorgar a partir del mes de enero de 2002 hasta fines del año 2006, encuentran adecuada respuesta en lo resuelto por esta Corte en el precedente "Badaro" (Fallos: 329:3089 y 330:4866), a cuyos fundamentos corresponde remitir por razón de brevedad, sin perjuicio de que al practicar la liquidación se descuenten las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los decretos del Poder Ejecutivo que dispusieron incrementos en las prestaciones en el periodo indicado.

18) Que los restantes cuestionamientos del organismo previsional son inadmisibles, (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, el Tribunal resuelve: declarar procedente el recurso extraordinario deducido por el actor, admitir parcialmente el interpuesto por la demandada, hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 24.241, ordenando a la ANSeS que al calcular la prestación compensatoria, considere la totalidad de los años aportados por el actor con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, y disponer que la movilidad por el lapso indicado en el fallo "Badaro" se practique de conformidad con el índice allí fijado, salvo que los incrementos dispuestos por los decretos del Poder Ejecutivo durante igual periodo arrojasen una prestación superior, en cuyo caso deberá estarse a su resultado. Noti-

fíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
E. RAÚL ZAFFARONI  
CARMEN M. ARGIBAY

---

PADEC C/ SWISS MEDICAL S.A.  
s/ NULIDAD DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES

*MEDICINA PREPAGA*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada y considero que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineeficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquélla suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, pues el derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer valer una acción colectiva en los términos del precedente "Halabi" (Fallos: 332:111) y de no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

### *MEDICINA PREPAGA*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquélla suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, dado que dicha asociación tiene entre sus propósitos la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional y la defensa de aquéllos cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y lapetición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general, por lo que no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva, sin que obste a ello la circunstancia de que se haya demandado por la vía de un proceso ordinario, pues el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes.

### *MEDICINA PREPAGA*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga pues de la lectura de las normas constitucionales en cuestión se desprende que la interpretación que el tribunal a quo hizo de ellas, podría conducir a vaciar de contenido la protección que el art. 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos, y la Cámara no tuvo en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, omitiendo considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos. -Voto del juez Enrique S. Petracchi-

### *MEDICINA PREPAGA*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada, pues la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio, conclusión que no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto -Voto de la jueza Carmen M. Argibay-.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 584/593, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala D), al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, hizo lugar a la defensa opuesta por la demandada. En consecuencia, consideró que la asociación “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor” (en adelante PADEC) no estaba legitimada para demandar a Swiss Medical Group, con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que esa empresa de medicina prepaga suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonan aquéllos.

En lo que aquí interesa, los magistrados sostuvieron la carencia de legitimación de la actora, por considerar que pretendía hacer valer derechos individuales de contenido patrimonial, netamente divisibles. Indicaron, al respecto, que la afectación de derechos subjetivos proyectada a un grupo determinado de personas no siempre entraña un derecho de incidencia colectiva y exige de los jueces —por ese motivo— cautela en su apreciación, puesto que ellos no están habilitados para sustituir la voluntad del interesado, a quien le corresponde de forma exclusiva el cuidado y ejercicio de sus derechos.

Entendieron que, en esta causa, el conflicto no está referido al sistema público de salud ni a las afiliaciones obligatorias, sino a una entidad privada regida por relaciones contractuales voluntarias, pues sus adherentes tienen la libertad de elegir con quién contratar y a qué planes de cobertura acogerse.

Agregaron que estas personas —cuyos intereses pueden diferir entre sí y que cuentan con una acción expedita— no tuvieron oportunidad de avalar o rectificar la demanda, ya que en nuestro sistema no existen procedimientos similares a las acciones de clase, dentro de cuyo esquema los involucrados sí estarían en condiciones de optar por no incluirse en la litis y librarse así de asumir las consecuencias.

Pusieron de manifiesto que si admitían la acción colectiva entablada, la sentencia tendría efectos masivos sobre personas que ni siquiera han tomado conocimiento de que existe esta demanda y, entre ellas, podría haber algunas a

las cuales no les interesaría su promoción o no estarían de acuerdo con aquélla, pero que, sin embargo, se verían afectadas por la sentencia.

- II -

Disconforme, PADEC interpuso el recurso extraordinario de fs. 596/605, el cual fue concedido parcialmente por cuestionarse la interpretación del art. 42 de la Constitución Nacional y la viabilidad de las acciones establecidas en la ley 24.240 (v. fs. 624 vta., acápite “b” de la parte dispositiva).

Sobre la falta de legitimación activa aducida por la Cámara alega que: (i) la sentencia vulnera los derechos de los consumidores y usuarios garantizados por el art. 42 de la Constitución Nacional; (ii) aun cuando no haya normas que regulen la materia, no existe prohibición alguna que impida el proceso colectivo, sino que, por el contrario, esta clase de acciones está prevista en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional y 55 de la ley 24.240; (iii) el fallo, con el pretexto de silencio o insuficiencia de las leyes, declina adentrarse en la pretensión de fondo, en abierta contradicción con las prescripciones de los arts. 15 y 16 del Código Civil; (iv) la resolución vacía de contenido a sus propios estatutos y hace inoperante el art. 43 de la Constitución Nacional, en cuanto habilita al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados a ejercer los derechos que protegen a la competencia, al usuario y al consumidor; (v) el fallo niega que en el *sub lite* estén implicados derechos subjetivos, toda vez que los bienes cuya protección se requiere no pertenecen a la esfera individual sino social y son indivisibles; (vi) se aparta de la directiva de la Corte que indica que, ante varias interpretaciones posibles de las normas infraconstitucionales, debe preferirse aquella que sea compatible con los derechos y garantías reconocidos por la Ley Fundamental y (vii) la sentencia no aplicó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25.1), el principio *pro actione* y la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que impone a los Estados remover los obstáculos para que los individuos disfruten de los derechos reconocidos por la Convención.

- III -

En autos se discute la inteligencia de normas federales (arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la pretensión que la apelante sustenta en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48), de manera tal que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible. Al

respecto, es preciso destacar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

– IV –

De acuerdo con lo expuesto en los acápite anteriores, la cuestión debatida se ciñe a determinar si la asociación actora se encuentra legitimada para demandar la declaración de ineeficacia de las cláusulas 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4.2 contenidas en el contrato tipo que los afiliados de Swiss Medical Group suscribieron con dicha empresa, por ser contrarias a ley 24.240 y a los arts. 18, 21, 507 y 1198 del Código Civil, ello a la luz de lo dispuesto en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional en cuanto se faculta a accionar, cuando se vulnera un derecho de incidencia colectiva en general, a las asociaciones que propendan a esos fines.

El Tribunal, recientemente, en la causa H.270.XLII “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009, ha dictado un pronunciamiento de particular trascendencia para dirimir la cuestión referida a la legitimación procesal cuando se demanda en defensa de derechos incidencia colectiva.

Para dilucidar dicho aspecto, entendió que era necesario determinar, en primer lugar, cuál es la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura mediante la acción deducida, en segundo término, establecer quiénes son los sujetos habilitados para articularla y bajo qué condiciones puede resultar admisible y finalmente, cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura, la Corte distinguió tres categorías: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Respecto de los derechos enunciados en la tercera categoría –que son los que aquí interesan– expresó que ellos derivan del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, tales como los derechos personales o patrimoniales derivados

de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y los derechos de sujetos discriminados.

Se dijo, en aquel precedente, que en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo también se dijo que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.

La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes de ese hecho y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho

El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (conf. consid. 12 del fallo citado

A todo ello se agrega que debe tratarse de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos: 322.3008, consid. 14, disidencia del juez Petracchi).

En cuanto al sujeto legitimado para demandar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte afirmó que es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento jurídico que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del citado segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (conf. consid. 19 *in fine* del fallo “Halabi” citado).

En este sentido, también esta Procuración General ha sostenido que la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para demandar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (conf. dictamen del 29 de agosto de 1996, *in re A. 95 L.XXX* “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/

Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa”, causa en la que V.E., por sentencia del 22 de abril de 1997, rechazó la excepción de falta de legitimación, recogiendo la opinión de este Ministerio Público, conf. Fallos: 320:690).

Del mismo modo, se opinó en la causa A.186, L.XXXIV “Asociación Bengalesis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” (dictamen del 22 de febrero de 1999, a cuyos términos se remitió el Tribunal —por mayoría— en su sentencia del 1º de junio de 2000, conf. Fallos: 323:1339).

Al respecto, cabe destacar que la Corte, al examinar la legitimación del Defensor del Pueblo, en Fallos: 330:2800, admitió, en esa línea de pensamiento, que el ordenamiento jurídico contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legitimadas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se controvierte. En estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial (Piero Calamendrei, *Instituciones de Derecho Procesal*, Traducción de la 2ª Edición Italiana, Volumen I, pág. 261 y sgtes.; Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Traducción de la 5ª Edición Italiana, Tomo I, págs. 174 y sgtes.; Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, segunda edición, Tomo I, 1956 págs. 388 y sgtes., conf. consid. 7º).

En dicho precedente, la Corte consideró al Defensor del Pueblo como legitimado anómalo o extraordinario, conclusión que, a mi modo de ver, cabe hacerla extensiva a las asociaciones de consumidores y usuarios, por tratarse estas últimas de sujetos potencialmente diferentes a los afectados en forma directa.

Por último, el Tribunal, en el precedente “Halabi”, en la búsqueda de la efectividad del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, delineó la acción colectiva, la cual, según los términos de esa doctrina, requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el interés individual, considerado aisladamente, no justifique la promoción de la demanda.

- V -

Sentado lo anterior, cabe recordar que la demanda que dio origen a estas actuaciones tuvo por principal objeto obtener la declaración de ineficacia de la cláusula del contrato de adhesión que Swiss Medical Group suscribe con sus afiliados y que la habilita a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonan aquéllos. Es menester destacar, también, que ésta es la única pretensión que subsiste, pues —como bien expresa el Fiscal General a fs. 579— el pedido de que se declare la nulidad de las cláusulas 3.2 —el derecho de la empresa de modificar total o parcialmente los beneficios de sus planes—, 3.3 —Swiss Medical Group no se responsabiliza por los daños y perjuicios derivados de impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia— y 3.4.2 —la suspensión de servicios no obliga a Swiss Medical Group a pagos de ningún tipo— ha devenido abstracto, habida cuenta de que tales cláusulas ya no se encuentran vigentes.

La actora adujo, en el escrito inicial, que la demandada dispuso entre 2002 y 2003 tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%.

Desde esa perspectiva, estimo que el derecho cuya protección se procura es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos, por lo que se encontrarían cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva, en los términos delineados en el precedente jurisprudencial inicialmente aludido.

En efecto, existe un hecho único (el contrato tipo que suscribieron todos los afiliados de Swiss Medical Group para acceder a los servicios de medicina prepaga) que causa una lesión a una pluralidad de sujetos.

La pretensión está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito expuesto precedentemente. La lectura del contrato tipo revela que sus cláusulas alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo afiliado a la demandada.

Hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la declaración de ilegitimidad de las cláusulas del contrato, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados anteriormente. Esta circunstancia funda la excepción a lo expresado por este Ministerio Público en la causa registrada en Fallos: 330:3836, en dictamen a cuyos términos remitió el Tribunal en su sentencia del 4 de septiembre de 2007, ya que, aun cuando en autos se debaten derechos patrimoniales divisibles, sería escaso el monto de los reclamos individuales que

generaría la aplicación de las cláusulas impugnadas.

En este punto me parece útil traer a colación lo dicho en el precedente de Fallos: 322:3008, donde el juez Petracchi destacó que "... la tutela expedita de los derechos del usuario ... que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 sería letra muerta si, en el caso, se interpretase esa cláusula en el sentido de que ella se reduce a garantizar a cada usuario el derecho de demandar individualmente el cobro de unos pocos pesos o centavos, pese a tener idénticos intereses y una misma causa para accionar que los demás. Toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de ellos podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, una interpretación tal equivaldría lisa y llanamente a negar la efectividad de la tutela constitucional frente al acto manifiestamente lesivo, que significa una recaudación excedente de varios millones de pesos por año" (voto en disidencia del doctor Enrique S. Petracchi, consid. 14).

En otro orden de ideas, entiendo que las conclusiones de los fallos citados (Fallos: 320:690, 323:1339 y 330:2800) sobre la titularidad del sujeto legitimado para accionar son aplicables a este caso, porque la actora es una asociación entre cuyos fines se encuentra, como surge de su acta constitutiva, el de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional, cuando sus intereses resulten afectados o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales ya sea en representación grupal, colectiva o general.

No obsta a lo aquí expuesto, en orden al art. 43 de la Constitución Nacional, el hecho de que en el *sub lite* se haya demandado según el proceso sumarísimo en los términos del art. 53 de la ley 24.240, pues la acción de amparo no es el único canal apto para tutelar los derechos constitucionales (conf. doctrina de Fallos: 310:877).

La Corte ha advertido que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Así pues, al interpretar el art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *strictu sensu* que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general —como por ejemplo al habeas corpus (v Fallos: 328:1146)—, pues es lógico

suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (conf. causa “Halabi”, considerando 19 y su cita).

Pues bien, a mi modo de ver, las conclusiones de tal precedente son aplicables al *sub lite*, circunstancia que me permite concluir que la actora se encuentra legitimada para demandar.

No obstante, considero que correspondería, ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la acción colectiva y a los fines de resguardar el derecho de defensa en juicio de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por un sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar, devolver las actuaciones al juzgado de origen a fin de que se verifiquen los recaudos formales que hacen a su viabilidad, según las pautas dadas por la Corte en el considerando 20) de la causa “Halabi” citada.

– VI –

Por todo lo expuesto, opino que cabe hacer lugar al recurso extraordinario deducido, revocar la sentencia de fs. 584/593 en tanto desconoce legitimación a la actora para accionar y devolver las actuaciones al juzgado de origen para que se tramite según las pautas señaladas anteriormente.

Buenos Aires, 30 de marzo de 2009.

ESTEBAN RIGHI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de agosto de 2013.

Vistos los autos: “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”.

Considerando:

1º) Que la asociación "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor" (PADEC) interpuso demanda contra Swiss Medical S.A. con el objeto de que se declarara la ineeficacia de las cláusulas contenidas en el contrato tipo que vincula a la empresa con sus afiliados, en cuanto contemplan el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece, la exime de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como de responsabilidad por la suspensión de servicios (cláusulas 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4.2). Asimismo, la actora solicitó que se condenara a Swiss Medical S.A. a dejar sin efecto los aumentos del valor de las cuotas mensuales que habían sido dispuestos. La actora fundó su legitimación en los artículos 52 y 53 de la ley 24.240 y en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, sobre la base de que estaba en juego un derecho de incidencia colectiva, más allá de los intereses individuales de los consumidores del servicio de medicina prepaga prestado por la demandada. En cuanto al fondo del asunto, consideró que las cláusulas contractuales impugnadas eran contrarias a la ley 24.240 y a los artículos 18, 21 y 1198 del Código Civil, y que los aumentos aplicados por la demandada vulneraban lo dispuesto por la ley 25.561, que mantuvo la prohibición de actualización monetaria e indexación por precios establecida en el artículo 7º de la ley 23.298.

El juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, y de esa forma, rechazó la demanda. Esta decisión fue confirmada por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En tales condiciones, la actorainterpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 624.

2º) Que para decidir como lo hizo, el tribunal a quo consideró que el derecho invocado por la actora no constituía un derecho de incidencia colectiva. Por el contrario, entendió que

los intereses involucrados en el caso eran patrimoniales y divisibles, que podían resultar contradictorios o confusos, y que su homogeneidad era solo aparente. Agregó que no surgía del expediente que todos los afiliados hubieran avalado la promoción de la demanda, y consideró cuanto menos riesgoso dejar librada su defensa a una asociación de consumidores. Al respecto, entendió que la afectación de derechos subjetivos proyectada a un grupo determinado de personas no necesariamente conllevaba a un derecho de incidencia colectiva, sino más bien a una sumatoria de derechos subjetivos y que, en estos casos, correspondía ser extremadamente cauto, puesto que se corría el riesgo de sustituir la voluntad del interesado a quien le correspondía en forma exclusiva el ejercicio y tutela de sus derechos. En consecuencia, concluyó que el carácter divisible y no homogéneo de los intereses en juego determinaba la falta de legitimación de la actora para demandar la nulidad de las cláusulas contractuales impugnadas.

3º) Que en el trámite del recurso extraordinario interpuesto se anexó al expediente la presentación que, en carácter de amigo del tribunal, articuló la "Asociación por los Derechos Civiles". En ella, la asociación mencionada aportó argumentos de derecho y jurisprudencia relacionados con el caso en estudio para conocimiento de esta Corte.

4º) Que de manera preliminar resulta necesario señalar que el objeto de la pretensión ha quedado limitado a la supresión de los aumentos ya dispuestos en virtud de la cláusula contractual que originalmente habilitaba a la demandada a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonaban los afiliados cuya declaración de ineeficacia también pretende. En efecto, tal como se señala en el dictamen de la Procuración General a fs. 664, las otras cláusulas impugnadas en la demanda ya no están vigentes, y ello es así toda vez que fueron removidas o modificadas a partir del dictado de la Resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor N° 53/03, modificada por la resolución de la Secretaría de Coordi-

nación Técnica N° 26/03, así como de la Resolución N° 9/04 de esta última autoridad administrativa (ver nueva versión del contrato acompañada por la demandada en el sobre grande 6644, y la nota de la autoridad de control obrante a fs. 437/439). No obstante lo expuesto el hecho de que la recurrente sostenga que no le consta cuáles son los contratos que actualmente aplica la demandada, y que las relaciones contractuales que ésta instrumentó con el contrato tipo acompañado en la demanda continuarán rigiendo la vida de los contratos hasta su conclusión (fs. 252/259). Ello es así pues mediante las resoluciones *ut supra* mencionadas la autoridad administrativa determinó que ese tipo de cláusulas se tendrían por no convenidas, en los términos del artículo 37 de la ley 24.240.

5º) Que la decisión apelada es equiparable a definitiva, en tanto es susceptible de causar un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, resulta tardía, insuficiente o imposible su reparación ulterior (*Fallos: 312:2134; 329:4593 y 330:3836*). En tal sentido, cabe señalar que la actora se verá impedida de iniciar otro juicio sobre esta materia como consecuencia de lo decidido por el a quo en torno a la legitimación (*Fallos: 329:4593 y 330:3836*).

6º) Que existe cuestión federal toda vez que en autos se discute la inteligencia que cabe asignar a los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la pretensión que el apelante sustenta en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48). Sin embargo, no corresponde tratar en esta instancia el agravio relativo a la falta de traslado de la excepción opuesta por la demandada, ya que el recurso fue denegado con relación a la arbitrariedad invocada, y la actora no dedujo la queja correspondiente.

7º) Que de la reseña efectuada en los considerandos que anteceden resulta que la cuestión debatida se reduce exclusivamente a determinar si, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, PADEC se encuentra legitimada para demandar a Swiss Medical S.A. a fin de

obtener la declaración de ineeficacia de la cláusula contractual que autoriza a esa sociedad a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos.

8º) Que a los efectos de esclarecer la cuestión cabe recordar que esta Corte ha sostenido que para evaluar la legitimación de quien deduce una pretensión procesal resulta indispensable en primer término determinar "cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte" (Fallos: 332:111 "Halabi", considerando 9º). En este orden de ideas, se estimó pertinente delimitar con precisión tres categorías de derechos tutelados: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

9º) Que esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (confr. cons. 12 del fallo citado).

10) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

De manera que, el primer elemento a comprobar es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

11) Que desde la perspectiva señalada cabe concluir

que el derecho cuya protección procura la actora en el *sub examen* es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos, y que -según se expondrá- se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva, en los términos del precedente de esta Corte citado.

En efecto, en el caso se cuestiona el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales. De manera que existiría un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos.

La pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase de sujetos afectados, lo que permite tener por configurado el segundo requisito expuesto en el considerando 10. Al respecto debe repararse en que el contrato impugnado contiene cláusulas que alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada.

Finalmente, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. En efecto, en el caso se impugna una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así, puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

12) Que, en cuanto a los sujetos habilitados para demandar en defensa de derechos como los involucrados en el *sub lite*, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una ac-

ción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. consid. 19 *in fine* del Fallo "Halabi").

13) Que, en este orden de ideas cabe destacar que la asociación actora tiene entre sus propósitos "...la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional..." y "...la defensa de los derechos de los consumidores cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y la petición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general..." (confr. art. 2º, ap. 1 y 2 de su estatuto, obrante a fs. 10/14). En consecuencia, no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva de las características de la intentada en autos.

14) Que la circunstancia de que se haya demandado por la vía de un proceso ordinario no constituye un obstáculo para la aplicación de los criterios expuestos en el precedente "Halabi", pues esta Corte ha advertido que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido, que al interpretar el ya mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *strictu sensu* sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como -en el supuesto de Fallos 328:1146- el *hábeas corpus* colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146 y causa "Halabi", ya citada).

15) Que, por otra parte, tampoco es posible soslayar que, a partir de las modificaciones introducidas en el año 2008, la Ley de Defensa del Consumidor admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula. En efecto, sólo de esta forma puede explicarse que el legislador, al regular las "acciones de incidencia colectiva", haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero. Tal intención se advierte en el artículo 54 del precepto, que prevé para este tipo de procesos que "...Si la cuestión tuviese contenido patrimonial [la sentencia] establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para la determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado..." (el destacado no pertenece al texto original).

16) Que, finalmente, se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, e implementar medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto al presente (confr. considerando 20 de la causa "Halabi", ya citada).

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la Procuración

General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

ARMEN M. ARGIBAY

-//-/TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la asociación actora interpuso demanda contra Swiss Medical S.A. con el objeto de que se declarara la ineeficacia de las cláusulas contenidas en el contrato tipo que vincula a la empresa con sus afiliados, en cuanto contemplan el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece, y la eximen de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como de responsabilidad por la suspensión de servicios (cláusulas 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4.2). Asimismo, la actora solicitó que se con-

denara a Swiss Medical S.A. a dejar sin efecto los aumentos del valor de las cuotas mensuales que ya habían sido dispuestos. La accionante fundó su legitimación en los arts. 52 y 53 de la ley 24.240 y en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, sobre la base de que estaba en juego un derecho de incidencia colectiva, más allá de los intereses individuales de los consumidores del servicio de medicina prepaga prestado por la demandada. En cuanto al fondo del asunto, consideró que las cláusulas contratuales impugnadas eran contrarias a la ley 24.240 y a los arts. 18, 21, 507 y 1198 del Código Civil, y que los aumentos aplicados por la demandada vulneraban lo dispuesto por la ley 25.561, que mantuvo la prohibición de actualización monetaria e indexación por precios establecida en el art. 7 de la ley 23.928.

El juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, y de esa forma, rechazó la demanda. Esta decisión fue confirmada por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

En tales condiciones, la actora interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido a fs. 624.

2º) Que para decidir como lo hizo, el tribunal a quo consideró que el derecho invocado por la actora no constituía un derecho de incidencia colectiva. Por el contrario, entendió que los intereses involucrados en el caso eran patrimoniales y divisibles, que podían resultar contradictorios o confusos, y que su homogeneidad era sólo aparente. Concretamente, señaló que algunos afiliados podrían estar disconformes con los aumentos unilaterales de las cuotas que cobra la empresa demandada, pero que otros precisamente la habrían elegido porque tienen confianza en que, a través de esos aumentos, se mantendría el nivel de los servicios a su cargo. Agregó que no surgía del expediente que todos los afiliados hubieran avalado la promoción de la demanda, y consideró cuanto menos riesgoso dejar librada su defensa a una asociación de consumidores. Al respecto, entendió que la afectación de derechos subjetivos proyectada a un grupo determinado de personas no necesariamente conlleva a un derecho de incidencia

colectiva, sino más bien a una sumatoria de derechos subjetivos y que, en estos casos, corresponde ser extremadamente cauto, puesto que se corre el riesgo de sustituir la voluntad del interesado a quien le corresponde de forma exclusiva el ejercicio y tutela de sus derechos. En consecuencia, concluyó que el carácter divisible y no homogéneo de los intereses en juego determinaba la falta de legitimación de la actora para demandar la nulidad de las cláusulas contractuales impugnadas.

3º) Que en el trámite del recurso extraordinario interpuesto, se anexó al expediente la presentación que en carácter de amigo del tribunal articuló la "Asociación por los Derechos Civiles". En ella, la asociación mencionada aportó argumentos de derecho y jurisprudencia relacionados con el caso en estudio para conocimiento de esta Corte.

4º) Que de manera preliminar, resulta necesario señalar que el objeto de la pretensión ha quedado limitado a la supresión de los aumentos ya dispuestos en virtud de la cláusula contractual que originalmente habilitaba a la demandada a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonaban sus afiliados. En efecto, tal como lo señala el Procurador General a fs. 664, las otras cláusulas impugnadas en la demanda ya no están vigentes, y ello es así toda vez que fueron removidas o modificadas a partir del dictado de la Resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor N° 53/03, modificada por la Resolución de la Secretaría de Coordinación Técnica 26/03, así como de la Resolución 9/2004 de esta última autoridad administrativa (ver nueva versión del contrato acompañada por la demandada en el sobre grande 6644, y la nota de la autoridad de control obrante a fs. 437/439). No obstante lo expuesto el hecho de que la recurrente sostenga que no le consta cuáles son los contratos que actualmente aplica la demandada, y que las relaciones contractuales que ésta instrumentó con el contrato tipo acompañado en la demanda continuarán rigiendo la vida de los contratos hasta su conclusión (fs. 252/259). Ello es así pues mediante las resoluciones ut supra mencionadas la auto-

ridad administrativa determinó que ese tipo de cláusulas se tendrían por no convenidas, en los términos del art. 37 de la ley 24.240.

5º) Que la decisión apelada es equiparable a definitiva, en tanto es susceptible de causar un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, resulte de tardía, insuficiente o imposible su reparación ulterior (*Fallos* 312:2134, 329:4593 y 330:3836). En tal sentido, cabe señalar que la actora se verá impedida de iniciar otro juicio sobre esta materia como consecuencia de lo decidido por el a quo en torno a la legitimación (*Fallos*: 329:4593 y 330:3836).

6º) Que existe cuestión federal, toda vez que en autos se discute la inteligencia de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a la pretensión que la apelante funda en dichas normas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Sin embargo, no corresponde tratar en esta instancia el agravio relativo a la falta de traslado de la excepción opuesta por la demandada, ya que el recurso fue denegado con relación a la arbitrariedad invocada, y la actora no dedujo la queja correspondiente.

7º) Que así planteada la cuestión, cabe señalar que el art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de sus intereses económicos. Con el objeto de otorgar protección -entre otros- a esta clase de derechos, la reforma constitucional de 1994, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se había limitado a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (del dictamen de la Procuración General, al cual remitió la Corte en *Fallos*: 323:1339 y 329:4593).

Así, el art. 43, segundo párrafo de la norma fundamental establece que podrán interponer la acción de amparo, "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario

y al consumidor, como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

De las constancias del expediente surge que la asociación actora tiene por objeto "la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional", especialmente "mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y la petición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general" (ver art. 2 incs. 111 y 3 de su Estatuto, agregado a fs. 9/13).

8º) Que la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la ley 24.240, no constituye un óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo (ver sentencia del 22 de abril de 1997 en la causa A. 95. XXX "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa" y sus citas). En efecto, aquéllo también constituye un procedimiento abreviado, tendiente a evitar que se consume la violación de derechos y garantías constitucionales, concretamente de los derechos de los usuarios y consumidores previstos en el art. 42 de la Constitución.

9º) Que de la lectura de las normas constitucionales en cuestión se desprende que la interpretación que el tribunal a quo hizo de ellas, podría conducir a vaciar de contenido la protección que el art. 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos. En efecto, la Cámara no tuvo en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, y con ello omitió considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá -ineludiblemente-

de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos.

Por lo demás, reafirma la conclusión precedente la modificación introducida por la ley 26.361 a la ley 24.240, toda vez que el legislador interpretó las normas constitucionales mencionadas en el mismo sentido. Concretamente, al regular los efectos de la sentencia dictada en las acciones de incidencia colectiva, el art. 54 de la mencionada ley estableció que "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga". Esto significa que la circunstancia de que existan consumidores o usuarios que, eventualmente, no tengan interés en formar parte de la acción, no resulta un impedimento para otorgar legitimación a las asociaciones para defender los intereses del resto.

10) Que, en tales condiciones, y sin que ello implique abrir juicio sobre el fondo del asunto, corresponde considerar que la asociación actora está legitimada para la defensa los intereses que invoca.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento y, toda vez que la presente acción fue interpuesta en los términos de la ley 24.240, se cumpla con lo dispuesto en el art. 54 de esta norma. Notifíquese y remítanse.



ENRIQUE S. PETRACCHI

-//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que comparto lo expresado en los considerandos 1º a 6º inclusive, del voto del juez Petracchi.

Ya tuve oportunidad de señalar que la legitimación procesal activa no puede determinarse de manera desvinculada del interés que concretamente se pretende proteger en la demanda, pues ningún sujeto está genéricamente habilitado o impedido para intervenir en cualquier causa judicial.

Desde la reforma constitucional de 1994, la configuración de una causa o controversia judicial puede referirse tanto a un derecho individual, cuanto a un interés o derecho de incidencia colectiva. En el segundo de los casos, el acto lesivo del bien público no afecta solamente a una persona sino a toda la comunidad que tiene el uso y goce de ese bien, que, por esa razón, se denomina público o colectivo (mi disidencia en *Fallos: 329:4593*).

2º) Que, en principio, debe reconocerse legitimación activa a los sujetos mencionados en el artículo 43, segundo párrafó, de la Constitución Nacional cuando alguno de ellos ha presentado una acción contra lesiones a los bienes especialmente presupuestados en la misma cláusula, a saber: ausencia de toda forma de discriminación, el ambiente sano, la competencia económica y la posición del usuario o el consumidor.

El texto constitucional no se limita a mencionar esos casos específicos, sino que también habilita la legitimación especial cuando se trate en general de un "derecho de incidencia colectiva". En efecto, el artículo 43 de la Constitución Nacional asigna la defensa en juicio de esos intereses colectivos a ciertos sujetos que, por ende, se encuentran especialmente legitimados para defender en juicio un bien, pese a que no les pertenece en exclusividad.

La inclusión de ciertos derechos en la clase de "de-

rechos de incidencia colectiva" debe establecerse tomando en cuenta la distinción entre derechos individuales y colectivos y puede decirse que ella sigue un patrón general: serán públicos o colectivos aquellos bienes o derechos cuyo uso y goce por una o varias personas no es excluyente del uso y goce de todas las demás. De tal modo, la lesión que se ocasione a este tipo de bienes constituye al mismo tiempo una lesión al derecho que todas las personas tienen sobre él. Este carácter indiviso o inclusivo de su aprovechamiento es un rasgo distintivo de los bienes colectivos (mi disidencia en *Fallos: 329:4593*).

3º) Que, en lo que interesa, el art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la protección de diversos intereses que pueden verse afectados por su posición en la "relación de consumo", entre ellos, pero no exclusivamente, sus intereses económicos. A su vez, el artículo 43 CN, amplió el espectro de sujetos legitimados para interponer acción de amparo en defensa de los "derechos que protegen [...] al usuario y al consumidor", reclamos que tradicionalmente encontraban cauce primordialmente a través de acciones individuales en defensa del derecho de propiedad lesionado.

4º) Que, sin perjuicio de lo expuesto en las consideraciones precedentes, es innecesario ingresar ahora a la tarea de examinar si la legitimación activa de las asociaciones de usuarios y consumidores, establecida en el artículo 43 CN, abarca las referidas acciones individuales o si alcanza sólo a los intereses que en alguna medida presentan los rasgos de un bien colectivo.

En efecto, la asociación actora ha demandado por la vía prevista en los artículos 52, 53, 54 y 55 de la ley 24.240, disposiciones que en su redacción actual (t.o. ley 26.361) admiten la legitimación activa de asociaciones de usuarios y consumidores para iniciar "acciones de incidencia colectiva" en defensa incluso de los intereses individuales y divisibles de los

miembros de un cierto grupo. A este último efecto, el artículo 54, segundo párrafo, determina que "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores y usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga".

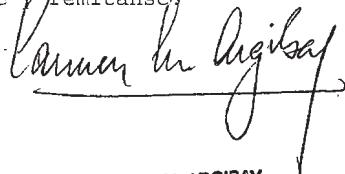
5º) Que de tal modo, el Congreso ha creado una acción, que no es estrictamente una acción de amparo, a favor de las asociaciones de consumidores y usuarios cuando "resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores y usuarios" (art. 55, de la ley 26.361) que no se ve impedida por la circunstancia de que existan consumidores o usuarios con un interés patrimonial diferenciado e incluso contrapuesto con el defendido por la asociación accionante, pues contempla una vía por la cual dichos intereses pueden ser puestos a salvo de la cosa juzgada mediante una oportuna petición de exclusión.

Al ser ello así, la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio, conclusión que, cabe aclarar, no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento y, toda vez que la presente acción fue interpuesta en los términos de la ley

24.240, se cumpla con lo dispuesto en el art. 54 de esta norma.

Notifíquese y remítanse



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por Padec, actora en autos, representada por la Dra. Isabel Novosad en calidad de apoderada.

Traslado contestado por Swiss Medical S.A., demandada en autos, representada por la Dra. María Alejandra Tomassino.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala D.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°18

---

QUESADA, HUGO RAMON  
S/ EXTRADICIÓN

*EXTRADICION*

Corresponde confirmar la resolución que declaró procedente la extradición ya que si bien la manifestación de la Embajada de Estados Unidos de que el requerido no estará sujeto a la pena de muerte en el caso de que fuese condenado no procede de las autoridades judiciales que llevarán a cabo el juicio sino de autoridades federales que carecen de jurisdicción sobre el caso, puede ser considerada manifestación auténtica y oficial del Estado extranjero cuyo incumplimiento significaría destruir las bases mismas de la cooperación internacional pactada.

*EXTRADICION*

Corresponde rechazar el agravio de la defensa referido a que no se acompañó al pedido formal de extradición la orden de arresto que exige el art. 8.3.a ya que si bien no se acompañó en original, se remitió una copia auténtica en la que consta que la orden existe y ha sido legalmente emitida por un magistrado judicial y, si en nuestro país la copia de un documento judicial certificada por el Secretario del tribunal hace plena fe de la existencia del original y de su contenido, no se advierte por qué negársela a la que proviene de otro país (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay). -Del dictamen de la Procuración General al que el voto remite-

## *EXTRADICION*

El modo en que el Estado requirente se comprometió a no aplicar la pena de muerte al extraditado no sólo es plenamente válido y eficaz, sino que es la modalidad adecuada para asumir esta obligación según la práctica de las naciones, ya que la forma documental de la nota verbal tiene, en los usos diplomáticos, la virtud de implicar una de las formas de expresión más corrientes dentro de las relaciones entre Estados y es el modo usual por el cual un representante diplomático se dirige a las autoridades del país donde ejerce sus funciones, por lo que constituye la manifestación auténtica y oficial de la voluntad del Estado extranjero (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay). -Del dictamen de la Procuración General al que el voto remite.

## *EXTRADICION*

Resulta necesario que el país requirente esclarezca si las penas de “encarcelamiento de por vida” y “encarcelamiento de por vida no elegible para libertad condicional” a las que quedaría expuesto el requerido a través de la excarcelación admiten alguna posibilidad de libertad ya que si se tratara de penas privativas de la libertad realmente perpetuas la Corte ha señalado que un encierro de por vida resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, ya que lesiona la intangibilidad de la persona humana en cuanto genera graves trastornos de la personalidad (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El titular del Juzgado Federal nº 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, concedió la extradición de Hugo Ramón Q. a los Estados Unidos de Norteamérica (fs. 375/382).

Se acusa al nombrado de asesinar por estrangulamiento a su ex esposa y al padre de esta, y de haber apuñalado –dejándola gravemente herida– a la madre.

Estos hechos, según la legislación norteamericana, constituirían los delitos de homicidio en primer grado (dos hechos) e intento de homicidio en primer grado.

-II-

La defensa interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 383/390), el que fue concedido (fs. 391) y mantenido por el Defensor Oficial mediante el memorial que obra a fs. 405/411 y del que V.E. me corre la presente vista.

Sus agravios consisten en: 1. que la orden de arresto no cumple con los requisitos establecidos en el instrumento aplicable (Tratado de extradición con los Estados Unidos de América, firmado en Buenos Aires el 10 de junio de 1997; ley 25126); 2. que existe la posibilidad de que se imponga al extraditable la pena de muerte y 3. que la condena a cadena perpetua que podría aplicarse en reemplazo de la pena capital, constituye un trato cruel, inhumano y degradante.

En mi opinión, ninguno de estos argumentos ha de prosperar, y la extradición debe ser concedida por cuanto se ha cumplido con las condiciones establecidas por el tratado, y el compromiso asumido por el Estado requirente es suficiente para asegurar las garantías constitucionales en juego.

-III-

Dice la defensa que no se ha acompañado al pedido formal de extradición la orden de arresto que exige el artículo 8.3.a del tratado por cuanto la que se encuentra agregada (fs. 175, 234, 341) no puede ser considerada válida.

Afirma, a este respecto, que no está firmada por un juez, condición que no puede suplirse con la declaración de culpabilidad del "*Gran Jurado*" agregada al pedido. Alega también que la orden no tiene sustento porque carece de un respaldo probatorio mínimo, al basarse únicamente en la declaración del detective que dirigió la investigación.

Contrariamente a lo afirmado por la defensa, advierto que la orden de arresto contra Q ha sido firmada por un juez. Y

si bien no se acompañó al pedido formal de extradición en original, se ha remitido una copia auténtica en la que consta que la orden existe y ha sido legalmente emitida por un magistrado judicial.

En efecto, el anexo del pedido formal de extradición denominado “*exhibit B*” es una orden de arresto emañada del juez del 11vo. Circuito de Florida. El documento comienza: “*a todos y cada uno de los oficiales de seguridad [sheriff] del Estado de Florida, saludos: por medio de la presente se les ordena arrestar inmediatamente al acusado y traerlo ante mí, juez del circuito judicial 11vo. de Florida...*” (el subrayado me pertenece); y más abajo hay un espacio en blanco con la leyenda “*juez en el circuito 11vo. en y para el condado de Dade, Florida*” (fs. 234, traducida a fs. 260).

Y si bien es cierto que no tiene la firma ológrafa del magistrado no es porque ésta no exista, sino porque es una copia certificada del original. Así consta en el sello impreso abajo y a la izquierda, firmado por el “secretario judicial” [deputy clerk] Harvey Ruvin, que dice: “*Yo, por medio de la presente certifico que el anterior documento es una copia fiel del original archivado en esta oficina*”.

La razón por la que se ha acompañado esta copia certificada y no el original la explica la fiscal del caso en su declaración jurada (fs. 222/227 y su traducción de fs. 250/255): “*es práctica de la Corte del Circuito Judicial Onceavo en el Condado de Miami-Dade que el secretario judicial retenga la acusación formal original y la orden de arresto. Por lo tanto he obtenido copias verdaderas y precisas de la Acusación Formal y la Orden de Arresto descritas previamente del Secretario Judicial y las he adjuntado como Anexo A y B*” (cfr. fs. 252).

Ahora bien, si en nuestro país la copia de un documento judicial certificada por el Secretario del tribunal hace plena fe de la existencia del original y de su contenido, no advierto por qué negársela a la que proviene de otro país. En especial si tenemos en cuenta que “... la presentación en forma de los documentos hará

presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran" (artículo 4º de la ley 24767).

Esta orden de arresto –como vimos, emitida por un juez– tiene como sustento la declaración de culpabilidad dispuesta por un "*Gran Jurado*".

La defensa, por alguna razón, considera a esto como insuficiente. Sin embargo (y más allá de que su argumento tiene como premisa que no existe orden firmada por un juez; cuestión que, como se vio *supra*, no es así) para el ordenamiento jurídico norteamericano la intervención de este especial jurado es un garantía para los imputados prevista para los casos de gravedad. Previsión que en Norteamérica, es un derecho expresamente previsto en su Carta Fundamental: la Quinta Enmienda establece: "*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury*". De tal forma que esta modalidad implica una protección especial del debido proceso y la defensa en juicio, en atención a la pena que podría recaer.

Por el contrario, la línea argumental de la defensa presupone que el juicio por jurados implica una afectación o disminución de las garantías de los justiciables, extremo éste que está muy lejos de ser evidente y que la defensa no ha intentado probar.

Es más, la percepción parecería ser exactamente la contraria tanto en el Estado requirente, cuya tradición secular en el juicio por jurados es más que conocida, como en la Argentina, donde esta modalidad de juicio es una aspiración de los Constituyentes (artículos 24, 75 inciso 12 y 118 de la Constitución Nacional).

Por último, el alegato sobre la supuesta ausencia de pruebas también es impertinente.

Tiene dicho el Tribunal que el procedimiento de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, pues él no envuelve en el sistema de legislación nacional sobre la materia,

el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos 329:1245, entre muchos otros). De allí que cuestiones vinculadas a la valoración de la prueba son ajenas a este proceso y deben ser planteadas ante los jueces naturales del Estado requirente (doctrina de Fallos 329:2523, entre otros).

-IV-

Según la defensa, el compromiso asumido por los Estados Unidos de Norteamérica de que no se aplicará la pena de muerte es insuficiente, porque no fue emitido por las autoridades judiciales que llevarán a cabo el juicio contra Q . Según se afirma, debió realizarlo el poder judicial del estado de Florida y no el gobierno federal, pues éste no tiene jurisdicción sobre el caso.

Se invoca, como sustento del planteo y en tanto “guía útil” para interpretar la garantía en juego, lo decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “*Soering vs United Kingdom*” (ECHR 1/1989/161/217).

Considero –contrariamente a lo que opina la defensa– que el modo en que el Estado requirente se comprometió a no aplicar la pena de muerte, no sólo es plenamente válido y eficaz, sino que es la modalidad adecuada para asumir esta obligación según la práctica de las naciones.

El documento glosado a fs. 215/216 no es –como se dice en el recurso– una traducción, sino la nota diplomática emitida por la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica en la Argentina.

Este detalle no es menor porque precisamente esta forma documental –la *nota verbal*– tiene, en los usos diplomáticos la

virtud de implicar una de las formas de expresión más corrientes dentro de las relaciones entre Estados; es el modo usual por el cual un representante diplomático se dirige a las autoridades del país donde ejerce sus funciones. Por ende, es la manifestación auténtica y oficial de la voluntad del Estado extranjero.

De allí que V.E. ha considerado suficiente esta modalidad para asumir el compromiso de que se le computará al extraditable el tiempo de detención sufrido en la Argentina (F 365.XLI *in re “Ferrari, Stefano s/extradición”*, rta. el 5 de junio de 2007) o para designar un representante en el proceso de extradición (Fallos 323:1755).

Y si mediante este instrumento el Estado requirente se ha obligado formalmente a no aplicar la pena de muerte en el caso, ante este compromiso no puede invocar cuestiones de derecho o práctica interna para incumplirlo, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Ni siquiera el régimen confederado de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que los gobiernos locales conservan una fuerte autonomía, puede utilizarse como justificación para el incumplimiento, aún cuando provenga de su propia Constitución (cfr. Corte Permanente Internacional de Justicia, “Trato a nacionales polacos y otras personas de origen o idioma polaco en el territorio del Danzig”, 4 de febrero de 1932, *PCIJ Judgments, orders and advisory opinions, Series A/B, fas. 44, p. 24*).

El compromiso asumido por los Estados Unidos de Norteamérica es, además, adecuado a lo establecido en el tratado que nos vincula en cuanto prescribe que “cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado Requiere y la legislación del Estado Requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito, la entrega

de la persona reclamada podrá ser denegada, *salvo que el Estado Requiere otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada*” (artículo 6). De tal forma, como se puede advertir de la lectura del párrafo que resalto, el instrumento precisa quién debe contraer el compromiso: el *Estado Requiere*; y no es otro que la misión diplomática el órgano que representa al *Estado Requiere* ante el Estado receptor del pedido (artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *UN treaty series* vol. 1155, p. 331; ley 19865 y artículo 3.1.a de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, *UN treaty series* vol. 500, p. 95; dec. ley 7672/63).

De allí que la tacha propuesta por la defensa al compromiso internacional, sea inadmisible.

En nada modifica este criterio el precedente de la Corte Europea de Derechos Humanos puesto que la situación que allí se plantea es sustancialmente diferente.

Según se relata en el caso, para obtener la extradición de Soering, el fiscal interviniente formuló una declaración jurada “en su condición de fiscal [*attorney*] del Condado de Bedford” según la cual “en el caso en que Jens Soering fuera condenado a la pena capital por los cargos en el Condado de Bedford, Virginia... se formalizaría una presentación en el nombre del Reino Unido [el Estado requerido] ante los jueces sentenciantes haciéndoles saber que es la voluntad del Reino Unido que la pena de muerte no sea impuesta o llevada a cabo”. Y si bien se acompañó a esta declaración una nota diplomática en la que el Gobierno de los Estados Unidos aseguraba que lo prometido por el fiscal estadual sería respetado (ECHR “*Soering vs UK*” –Ap. N° 14038/88–, pto 20), en ese caso a lo único que se obligó el Estado requirente fue a anoticiar a los jueces que el Estado requerido no aprobaba la imposición de la pena capital. Es más, tal como se señala en la sentencia, el fiscal tenía intenciones de pedir en el juicio la pena

de muerte contra el extraditable.

Como se ve –a diferencia del presente– no existía allí un compromiso formal, asumido por quien debía hacerlo.

Por otro lado, y sin perjuicio de la circunstancia reseñada, adviértase que en la sentencia europea se afirma que la aplicación de la pena de muerte no implica *per se* una violación a la Convención porque en ese instrumento se tolera la pena de muerte en los Estados Miembros (cfr. pto. 103). Lo que en realidad se buscaba asegurar era que no se le impusiera al condenado tratos crueles y degradantes, como serían –según el tribunal europeo– la sumisión de la persona a lo que denomina el *death row phenomenon*, es decir, a las condiciones en las cuales se ejecutaría la pena de muerte en el Estado de Virginia (el modo en que ésta es ejecutada, las circunstancias personales, las condiciones en que el condenado espera la ejecución, etcétera; cfr. pto. 104).

En síntesis, según la sentencia no era la condena a la pena capital lo que configuraría una violación al Convenio europeo sino las condiciones en que podría llevarse a cabo y, paradójicamente, si aplicáramos los criterios del precedente europeo invocado, deberíamos despreocuparnos de la posibilidad de que se aplique la pena capital, siempre y cuando se lleve a cabo en “condiciones humanitarias”.

Pero más allá de estas conclusiones, lo cierto es que en esta extradición ha quedado excluida la posibilidad de que se imponga a Q la pena de muerte y, por obvia consecuencia, tampoco se lo someterá a las condiciones que rodean su aplicación; aquellas que –según la Corte Europea– constituyen una violación a la Convención de Derechos Humanos.

-V-

La defensa considera que la cadena perpetua es contraria al Pacto de San José de Costa Rica por cuanto, al impedir absolutamente la libertad condicional, atenta contra el fin resocializador que debe acompañar a la imposición de una pena. Por ello, dice, constituye un trato inhumano y degradante, contrario a los estándares fijados por el Tribunal en Fallos 329:2440.

En primer lugar cabe señalar que al no preverse en el tratado limitaciones a la extradición nacidas de penas a perpetuidad, esta discusión se encuentra vedada, ya que significaría imponer al Estado del pedido, requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, en afectación del principio *pacta sunt servanda* y de las reglas de interpretación de los artículos 26, 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Fallos 326:991).

En segundo término y más allá de esta prohibición, no advierto que en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos exista una norma expresa respecto de esa modalidad de sanción.

Y si tenemos en consideración que la Convención admite (o si se quiere, tolera) la pena de muerte cuando un Estado ya la ha instaurado con anterioridad (artículo 4.2.), con mayor razón no se puede sostener que la pena a perpetuidad esté excluida de las alternativas de condena. Ello, sin dejar de reconocer que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad la reforma y readaptación social de los condenados (artículo 5.6.).

De allí que no pueda postularse, sin demostración concreta alguna, que el Estado requirente aplique penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en el encausamiento y condena de delincuencias comunes, como es en el caso, la imputación que recae sobre Hugo Ramón Q

-VI-

Por lo expuesto, es mi opinión que corresponde confirmar la sentencia en todo cuanto fuera materia de apelación.

Buenos Aires, 25 de febrero de 2008.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *21 de agosto de 2013.*

Vistos los autos: "Quesada, Hugo Ramón s/ extradición".

Considerando:

1º) Que el juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, declaró procedente la extradición solicitada por los Estados Unidos de América respecto de Hugo Ramón Quesada para ser sometido a juicio en la causa penal n° F03-23052, que tramita ante el Circuito Judicial Onceavo del Condado de Miami-Dade, Florida, por los delitos de homicidio en primer grado de Maritza Quesada (cargo I) y Emilio Xiques (cargo II) y tentativa de homicidio premeditado mediante el empleo de un arma mortal en perjuicio de Nieves Caridad Xiques (cargo III), en infracción a las Secciones 782.04(1) en los cargos I y II y las Secciones 782.04(a)(a)1, 777.04(1) y 775.087 en el cargo III de las leyes de la Florida (conf. fs. 214/219 y 230/231 cuya traducción obra a fs. 257/258). Asimismo, resolvió que en caso de ser condenado, no podrá aplicársele a Quesada la pena de muerte, conforme el compromiso expresamente asumido por el Estado requirente (fs. 375/382).

2º) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario la defensa oficial del requerido (fs. 383/390) que, concedido (fs. 391), fue fundado en esta instancia

con sustento en las razones que a continuación se examinarán.

3º) Que, a su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la resolución apelada (fs. 413/417).

4º) Que el agravio de la defensa de Quesada basado en la inexistencia de una "orden de arresto o detención emitida por la autoridad correspondiente" según exige el artículo 8.3.a. del tratado aplicable, aprobado por ley 25.126, se apoya en considerar oponible en esta sede solo aquella emanada de "autoridad judicial extranjera" y tomar en cuenta, a esos fines, la orden de arresto de fecha 16 de agosto de 2003 (fs. 175, 234 y 365 cuya traducción obra a fs. 373)<sup>1</sup>.

5º) Que al así argumentar, la parte recurrente omite tener en cuenta que el país requirente, al presentar el formal pedido de extradición (fs. 215), ratificó la validez y vigencia de una "orden de detención" de fecha 14 de agosto de 2003 en que se sustentó el pedido de arresto provisorio (fs. 1 y 3/12); que esta orden fue firmada por el Juez del Circuito Judicial Onceavo en y para el Condado de Dade, Miami y que, al momento de celebrarse la audiencia de debate, obraba en "copia" con su correspondiente traducción (fs. 201, 260 y 352/353).

6º) Que el artículo 6º del tratado de extradición aplicable al caso establece: "Cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado Requierente y la legislación del Estado Requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito,

<sup>1</sup> Dictada con motivo de la acusación formulada por el Gran Jurado contra el requerido en esa misma fecha, suscripta por el Secretario Judicial Harvey Ruvin dirigida "A todos y cada uno de los oficiales de Seguridad del Estado de Florida". En lo que aquí concierne, reza "Por medio de la presente se les ordena arrestar inmediatamente al acusado y traerlo ante mí, un juez del Circuito Judicial 11º. de Florida para ser tratado como establece la ley...."

la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requiere que otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada".

7º) Que con relación a este punto la defensa se agravia por considerar que la manifestación de la Embajada de Estados Unidos que acompaña el pedido de extrañamiento no puede constituir una garantía en el sentido del artículo mencionado, en tanto ella no procede de las autoridades judiciales que llevarán a cabo el juicio contra su defendido, sino de las autoridades federales que carecen de jurisdicción sobre el caso. En tales circunstancias, al no existir en autos ninguna manifestación del tribunal que en definitiva decidirá su suerte, afirma que, si se lo extradita, la vida de su defendido corre peligro.

8º) Que a fs. 214/219, en la nota de la Embajada de Estados Unidos de Norteamérica que formaliza la solicitud de extradición, se afirma que "Si el Sr. Quesada fuese condenado por cualquiera de los delitos de los que se lo acusa, el gobierno de los Estados Unidos asegura al Gobierno de Argentina que el Sr. Quesada no estará sujeto a la pena de muerte por estos delitos" (fs. 215/216).

9º) Que aun cuando no existe en autos elemento alguno que permita conocer cómo habrá de hacerse efectiva la garantía en cuestión o sobre qué bases ella ha sido formulada por el gobierno federal, no es posible perder de vista que ella puede ser considerada manifestación auténtica y oficial del Estado extranjero, tal como lo señala el señor Procurador Fiscal en su dictamen.

10) Que, en tales condiciones, y atendiendo a los términos del tratado internacional en juego, no es posible presumir -como deriva del argumento de la defensa- que el Estado requirente ha realizado la afirmación referida (y reiterada a instancias de esta Corte a fs. 420/423) sin contar con vía interna alguna para responder al compromiso internacional asumido con relación a un punto de relevancia de la imposición y ejecu-

ción de la pena de muerte, y cuyo incumplimiento significaría destruir las bases mismas de la cooperación internacional pactada.

11) Que aun en la hipótesis de que lo manifestado por vía diplomática careciera de todo efecto vinculante para la jurisdicción del Estado de Florida, tampoco existe elemento alguno que permita inferir que dicho Estado local es completamente indiferente al interés en sostener en el tiempo de la cooperación internacional en materia criminal y que habrá de desentenderse sin más ni más de las consecuencias que podría tener, en este sentido, la ejecución nada menos que de la pena de muerte en contra de los términos en los cuales se ha accedido al extrañamiento.

12) Que la presunción de una inconducta semejante no puede apoyarse en la mera ausencia de toda manifestación de las autoridades jurisdiccionales locales. Desde este punto de vista, la situación que se plantea en el sub lite difiere en forma decisiva de lo acaecido en el caso Soering invocado por la defensa (TEDH, CASE OF SOERING v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 14038/88, sentencia del 7/7/1989) en el cual -como el propio defensor señala- el fiscal del caso había hecho una manifestación concreta con relación a su intención de solicitar la pena de muerte.

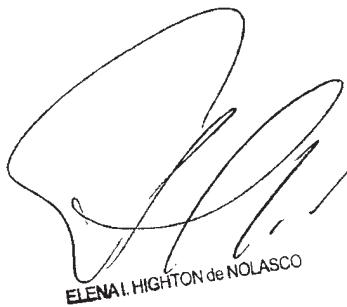
13) Que el agravio de la defensa según el cual la pena de "cadena perpetua" a que podría llegar a ser sometido Quessada también resulta contraria a garantías básicas establecidas por nuestra Constitución y por el Pacto de San José de Costa Rica carece de fundamentación suficiente. Más allá del *nomen iuris* de las sanciones mencionadas en el pedido, lo cierto es que no existen en autos constancias suficientes relativas a la concreta forma de ejecución de la pena privativa de libertad ni al régimen a que podría quedar finalmente sometido el requerido en caso de ser condenado que permitan afirmar que el extrañamiento importará someterlo a un trato cruel, inhumano o degradante.

14) Que, por lo demás, el apelante omitió refutar el fundamento dado por el juez en punto a que "...tal valoración escapa a las previsiones contenidas en el tratado aplicable, motivo por el cual, y ante la existencia del mismo, el modo de aplicación de dicho instituto no obsta para rechazar la extradición en tal sentido, cuestión ésta que de entenderse como causal de denegatoria del pedido (...), bien podría haber estado prevista en la normativa aplicable", tal como sucedió con la pena de muerte (fs. 381 vta.).

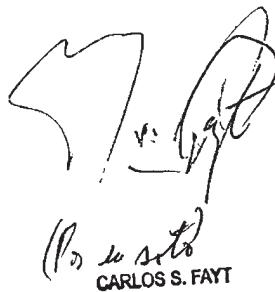
15) Que, en esta misma dirección, la pretensión del apelante de que se aplique, sin mayores precisiones, el criterio de la mayoría del Tribunal en "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional" (Fallos: 329:2440) a un procedimiento de extradición también resulta infundada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuanto declaró procedente la extradición de Hugo Ramón Quesada para ser sometido a juicio en la causa penal nº F03-23052 del Circuito Judicial Undécimo del Condado de Miami-Dade, Florida.

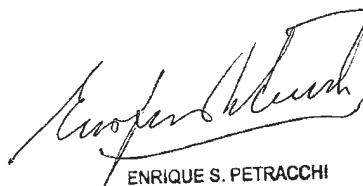
Notifíquese, tómese razón y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



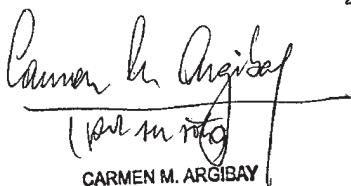
(P) su sello  
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



Dissidencia  
VO-11-  
E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY  
(por su sello)

-//TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y  
DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

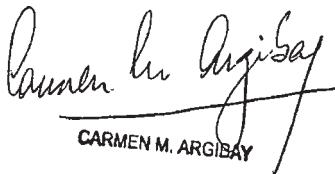
Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite en razón de la brevedad.

Por ello, se confirma la sentencia apelada en cuanto concedió la extradición de Hugo Ramón Quesada a los Estados Unidos de Norteamérica. Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.



CARLOS S. FAYT



CARMEN M. ARGIBAY

DISI-/-

-/-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nº 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, declaró procedente la extradición solicitada por los Estados Unidos de América respecto de Hugo Ramón Quesada para ser sometido a juicio en la causa penal nº F03-23052, que tramita ante el Circuito Judicial Onceavo del Condado de Miami-Dade, Florida, por los delitos de homicidio en primer grado de Maritza Quesada (cargo I) y Emilio Xiques (cargo II) y tentativa de homicidio premeditado mediante el empleo de un arma mortal en perjuicio de Nieves Caridad Xiques (cargo III), en infracción a las Secciones 782.04(1) en los cargos I y II y las Secciones 782.04(a)(a)1, 777.04(1) y 775.087 en el cargo III de las leyes de la Florida (conf. fs. 214/219 y 230/231 cuya traducción obra a fs. 257/258). Asimismo, resolvió que en caso de ser condenado, no podrá aplicársele a Quesada la pena de muerte, conforme el

compromiso expresamente asumido por el Estado requirente (fs. 375/382).

2º) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario la defensa oficial del requerido (fs. 383/390) que, concedido (fs. 391), fue fundado en esta instancia con sustento en las razones que a continuación se examinarán.

3º) Que, a su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la resolución apelada (fs. 413/417).

4º) Que el agravio de la defensa de Quesada basado en la inexistencia de una "orden de arresto o detención emitida por la autoridad correspondiente" según exige el artículo 8.3.a. del tratado aplicable, aprobado por ley 25.126, se apoya en considerar oponible en esta sede solo aquella emanada de "autoridad judicial extranjera" y tomar en cuenta, a esos fines, la orden de arresto de fecha 16 de agosto de 2003 (fs. 175, 234 y 365 cuya traducción obra a fs. 373)<sup>2</sup>.

5º) Que al así argumentar, la parte recurrente omite tener en cuenta que el país requirente, al presentar el formal pedido de extradición (fs. 215), ratificó la validez y vigencia de una "orden de detención" de fecha 14 de agosto de 2003 en que se sustentó el pedido de arresto provisorio (fs. 1 y 3/12); que esta orden fue firmada por el Juez del Circuito Judicial Onceavo en y para el Condado de Dade, Miami y que, al momento de celebrarse la audiencia de debate, obraba en "copia" con su correspondiente traducción (fs. 201, 260 y 352/353).

6º) Que, en un diverso pero afín orden de ideas, corresponde desestimar el agravio fundado en el artículo 6º del

<sup>2</sup> Dictada con motivo de la acusación formulada por el Gran Jurado contra el requerido en esa misma fecha, suscripta por el Secretario Judicial Harvey Ruvin dirigida "A todos y cada uno de los oficiales de Seguridad del Estado de Florida". En lo que aquí concierne, reza "Por medio de la presente se les ordena arrestar inmediatamente al acusado y traerlo ante mi, un juez del Circuito Judicial 11º. de Florida para ser tratado como establece la ley..."

mismo instrumento convencional que consagra que "Cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado requirente y la legislación del Estado requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito, la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada".

Al respecto, la defensa de Quesada entiende que "...debió ser el tribunal que en definitiva habrá de juzgar a mi defendido quien formulara la promesa de limitarse exclusivamente a la imposición de una pena temporal" (fs. 408).

7º) Que semejante interpretación no encuentra sustento en el tratado aplicable toda vez que si bien el mismo, al hacer referencia al "Estado" requirente, no indica a qué autoridad está aludiendo (conf. *mutatis mutandi* Fallos: 330:2065), también su texto refleja que cuando las Partes Contratantes quisieron asignarle competencia a la "autoridad judicial", así lo explicitaron utilizando el giro "autoridad judicial" (artículo 8.4.a.) o "autoridad judicial correspondiente" (artículo 17), redacción ausente del texto del artículo 6º que solo refiere al "Estado requirente".

8º) Que, por lo demás, la parte recurrente, en su memorial, consideró admisible que la "promesa" en cuestión fuera emitida por el "Gobierno Federal de Estados Unidos" (fs. 408) mas nada dijo respecto a la "garantía" brindada por el "Gobierno de los Estados Unidos", transmitida a través de la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, quien representa al Estado Federal en sus relaciones internacionales según prescribe el artículo 3.1.a. de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por decreto-ley 7672/63, ratificado por ley 16.478 (conf. *mutatis mutandi* acápite IV del dictamen del señor Procurador Fiscal al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 323:1755).

9º) Que con relación al agravio concerniente a las penas de "encarcelamiento de por vida" y "encarcelamiento de por vida no elegible para libertad condicional" a las que quedaría expuesto Quesada de hacerse lugar a su extradición, esta Corte advierte que —más allá del *nomen iuris* de esas sanciones— no surge de estas actuaciones el régimen de ejecución de esas penas a las que quedaría sometido el imputado en caso de que fuese condenado.

10) Que, en efecto, si se tratara de penas privativas de la libertad realmente perpetuas, esta Corte ha señalado que un encierro de por vida resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, toda vez que lesionaría la intangibilidad de la persona humana en cuanto genera graves trastornos de la personalidad ("Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional", Fallos: 329:2440, considerando 4º). Por ende, resulta necesario que el país requirente esclarezca si esas penas de encarcelamiento de por vida que eventualmente se le impondrían al imputado admiten alguna posibilidad de libertad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve:

1º) Suspender por un plazo de treinta días —contados a partir de la notificación al Estado requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto— la decisión sobre la procedencia de la extradición de Hugo Ramón Quesada para ser sometido a proceso por los delitos de Homicidio en Primer Grado de Maritza Quesada (cargo I) y de Emilio Xiques (cargo II), a fin de que el país requirente informe si la pena de "encarcelamiento de por vida no elegible para libertad condicional" admite alguna posibilidad de libertad.

2º) Suspender por un plazo de treinta días —contados a partir de la notificación al Estado requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto— la decisión sobre la procedencia de la extradición de

Hugo Ramón Quesada para ser sometido a proceso por el delito de Intento Premeditado de Homicidio con un Arma Mortal en perjuicio de Nieves Caridad Xiques (cargo III), a fin de que el país requirente informe si la pena de "encarcelamiento de por vida" admite alguna posibilidad de libertad.

Notifíquese y resérvense las actuaciones.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso ordinario interpuesto por Hugo Ramón Quesada, representado por Leonardo David Miño, Defensor Auxiliar de la Defensoría General de la Nación.

Memorial presentado por Eduardo A. Dormí, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires.

---

SOCIEDAD RURAL ARGENTINA  
C/ ESTADO NACIONAL – PODER EJECUTIVO  
S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

*PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO*

Corresponde desestimar la queja contra la decisión que consideró extemporáneos los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional si, su representación no podía albergar ninguna duda respecto de que la feria judicial se encontraba habilitada para su parte y que, en consecuencia, se hallaba en condiciones de formular todas las presentaciones que creyera adecuadas para la defensa de sus derechos en la causa y no obstante ello dedujo los recursos extraordinarios más de cuarenta días después del dictado de la medida cautelar, pese a conocer el alcance y las razones que la motivaron.

*ESTADO NACIONAL*

Si la desaprensiva actuación procesal del Estado Nacional demandado se advierte no sólo al dejar transcurrir la totalidad de los plazos procesales sino en la medida en que la queja aducida ante la Corte no cumple los recaudos exigidos en el art. 7º,

inc. d de la acordada 4/07 ya que se omitió acompañar copia de la resolución que denegó los recursos extraordinarios interpuestos y -aun cuando lo debatido no sea la decisión del fondo de la cuestión-, la Corte no puede dejar de expresar su preocupación por la forma en la que se ha asumido en el sub lite la defensa de los intereses públicos pues el Estado Nacional, por el obrar de quienes lo representan, se ha visto privado de obtener una revisión del pronunciamiento cautelar dictado en autos.

### *PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO*

Si la Cámara incurrió en un procedimiento confuso al no habilitar de manera simple la feria judicial, al declarar extemporáneos los recursos extraordinarios, aplicó un criterio contrario a la preservación del derecho de acceso a la jurisdicción a la Corte violentando el principio *in dubio pro actione* en un caso de trascendencia institucional en tanto se trata de una medida cautelar que paraliza un decreto cuyos efectos trascienden los efectos vinculados a las partes y deja indefenso al Estado Nacional, con grave lesión a sus derechos, mientras que correr un nuevo traslado importará una medida de mínima lesión a la actora, permitiendo superar el conflicto (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

### *PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO*

Frente a la palmaria trascendencia institucional involucrada en el tema de fondo debatido y al interés público comprometido, considerando la impropia vaguedad de los términos utilizados por la cámara, que pudieron razonablemente llevar al Estado Nacional a entender que la feria judicial no se encontraba habilitada para ninguno de sus planteos, y habida cuenta del imperioso deber de salvaguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio, corresponde descalificar el pronunciamiento que resolvió declarar extemporáneos los recursos extraordinarios de la demandada (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La sala de feria de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, tras habilitar la feria para el tratamiento del recurso de apelación deducido por la Sociedad Rural Argentina, revocó la sentencia de primera instancia y admitió la medida cautelar solicitada con el objeto de suspender los efectos del decreto 2552/12 (fs. 11-16 vta.).

Dos días después, el Estado nacional se presentó ante la sala y plan-

teó, entre otras cuestiones, la habilitación de la feria judicial para impugnar la decisión adoptada y postular la incompetencia del fuero (cf. fs. 309, 313-333 vta. y 334-340 vta. del expediente 4573/2010, “Sociedad Rural Argentina c/ Estado Nacional –Poder Ejecutivo– s/ acción meramente declarativa”). La sala respondió a su presentación once días hábiles después (o trece si se lo computa desde la notificación de la cautelar) declarando que la petición de habilitación de días era abstracta, pues “[...] la habilitación de la feria judicial decidida a fin de conocer el recurso de la actora [...] lleva implícita la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa” y desestimó también el planteo de incompetencia (fs. 17-19 y fs. 383-vta. de las causa principal).

Una vez finalizada la feria judicial, el Estado nacional dedujo, dentro de las dos primeras horas del undécimo día hábil, sendos recursos extraordinarios por medio de los cuales cuestionó la medida cautelar concedida y el rechazo del planteo de incompetencia. La sala 2º —sin sustanciar— desestimó las apelaciones por extemporáneas, pues entendió que el plazo se debía computar desde el día hábil siguiente al de la notificación de cada una de las resoluciones, y que la feria judicial se encontraba “implícitamente” habilitada (fs. 21-44, 43-61 y 529-vta. de las actuaciones principales). Contra esa decisión, el Estado nacional interpuso recurso de queja (fs. 62-67).

-II-

Entiendo que el rechazo de los recursos en los términos señalados, constituye un pronunciamiento arbitrario que frustra el debido proceso de la parte recurrente.

En efecto, la petición de habilitación de la feria para impugnar la sentencia que dispuso la medida cautelar revelaba que la decisión anterior de habilitar la feria con el fin de tratar el recurso de apelación de la actora no daba certeza a la parte demandada acerca del alcance preciso de la habilitación dispuesta. Al responder a esa petición aludiendo a que la habilitación original alcanzaba implícitamente al ejercicio de las impugnaciones de la demandada y notificar este pronunciamiento cuando la posibilidad de recurrir por la vía extraordinaria ya se encontraría perimida, la cámara varió —en forma sorpresiva— los alcances que razonablemente se inferían del fallo que había habilitado la feria judicial a pedido de la actora y, de tal modo,

dejó al Estado en situación de indefensión (cf. fs. 11-16 vta. y 309, 379-381, 383-vta. de la causa principal).

La cámara desconoció que la garantía de la defensa en juicio incluye el derecho a conocer de antemano y con precisión las reglas del procedimiento a las que las partes han de atenerse para hacer valer sus derechos (*Fallos: 325:1578, 321:1248, 311:2082*). Esta Procuración, en igual sentido, señaló que la observancia de la garantía de defensa en juicio impone a los jueces el deber de evitar tomar decisiones que por su excesivo rigor hagan ilusoria la capacidad de ejercer una defensa efectiva (“*Premium Pilar SA c/ Ford Argentina S.C.A. s/ ordinario*”, 31-5-2013, S.C.P. 144, XLVII, dictamen de la procuradora fiscal subrogante, María Alejandra Cordone Rosello).

En conclusión, la demora en la interposición de los recursos, en todo caso, es atribuible a la propia cámara, la que omitió adoptar los recaudos adecuados que aseguraran que su decisión de habilitar la feria no desbarataría el derecho de defensa de la demandada. El rechazo, por lo tanto, debe ser dejado sin efecto.

-III-

De acuerdo con lo expuesto, y advirtiendo que el recurso extraordinario fue denegado sin haber sido sustanciado con la contraria –precisamente a raíz de la forma en la que fue rechazado–, considero que antes de emitir dictamen sobre las restantes cuestiones involucradas, corresponde devolver la causa a la cámara de apelaciones para que se cumpla con el traslado que requiere el artículo 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

-IV-

Por lo expuesto, entiendo que corresponde dejar sin efecto la decisión de fojas 529 y vta., disponer el traslado a la parte actora de los recursos extraordinarios deducidos por el Estado nacional y oportunamente conferir nueva vista a esta Procuración General de la Nación.

Buenos Aires, 19 de junio de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Veintiuno de agosto de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Sociedad Rural Argentina c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ acción meramente declarativa", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el 4 de enero de 2013 la sala de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal habilitó la feria judicial "al efecto de examinar el recurso de apelación interpuesto" por la demandante. En forma subsiguiente admitió los agravios y revocó la resolución de primera instancia que había rechazado la medida cautelar requerida y suspendió –en los términos de los artículos 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– los efectos del decreto 2552/12 y de los actos dictados en consecuencia, hasta el dictado de la sentencia definitiva en el proceso al que resulta accesoria la resolución precautoria (fs. 302/307 de los autos principales).

Esta decisión fue notificada al Estado Nacional el 7 de enero (fs. 309).

Dos días después, el 9 de enero, el Estado Nacional solicitó que se habilitara para ambas partes la feria judicial, planteó la incompetencia del fuero y recusó con causa a todos los jueces de la cámara (fs. 313/340).

El 23 de enero la sala de feria rechazó los planteos de recusación e incompetencia y declaró abstracto el pedido de habilitación de feria. Sobre esto último expresó que "[l]a habilitación de la feria judicial decidida a fin de conocer el recurso de la actora (...) por el respeto del debido proceso legal, lleva implícita la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa que garantiza la plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción y bilateralidad con relación al demanda-

do, por lo cual devienen inconsistentes los agravios formulados por el Estado Nacional (...) toda vez que esa parte se encuentra legitimada para efectuar las presentaciones que estime pertinentes con relación al objeto del mencionado pronunciamiento" (fs. 380 vta.).

Esta resolución fue notificada por cédula al Estado Nacional al día siguiente, 24 de enero (fs. 383), y ese mismo día el representante del Estado Nacional se notificó también en forma personal y retiró una copia (fs. 382).

2º) Que contra la sentencia del 4 de enero que había hecho lugar a la medida cautelar, el 19 de febrero a las 7:59 hs., el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario (fs. 392/413).

En esa fecha, a las 8:21 hs., la misma parte también dedujo otro recurso, en este caso contra la resolución del 23 de enero, exclusivamente en cuanto rechazó el planteo de incompetencia (fs. 414/432).

3º) Que la sala II de la cámara del fuero declaró extemporáneos dichos recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional. Para así decidir, consideró que aun teniendo en cuenta la segunda de las notificaciones cursadas -la del 24 de enero-, el término legal para recurrir había fallecido en las dos primeras horas del 13 de febrero de 2013 (fs. 529).

4º) Que contra este pronunciamiento el Estado Nacional dedujo recurso de queja (fs. 62/67 de esas actuaciones). A fs. 70 el Tribunal solicitó los autos principales y a fs. 75 confirió vista a la Procuración General de la Nación. A fs. 79/80 obra el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación.

5º) Que según surge de los antecedentes descriptos en los considerandos 1º y 2º, los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional fueron presentados de modo extemporáneo y, por consiguiente, han sido bien denegados por el a

quo.

En efecto, en la resolución del 4 de enero la cámara habilitó la feria judicial para examinar el recurso de apelación de la actora y -al revocar lo decidido en primera instancia- admitió la medida cautelar. Frente a ello, el Estado Nacional, al entender que la cámara "tan sólo dispuso habilitar la actual Feria Judicial para entender en la apelación deducida por la actora en estos actuados contra la sentencia interlocutoria de primera instancia que rechazó la petición cautelar efectuada por aquélla", solicitó que se dispusiera "para estos autos la habilitación de la feria judicial de enero de 2013", en atención a "la necesidad de recurrir urgentemente el aludido decisorio cautelar" (fs. 313 vta./314). Simultáneamente, planteó la incompetencia del a quo y recusó a los integrantes del tribunal.

Tal pedido fue proveído mediante la resolución del 23 de enero, en la cual la cámara expresamente señaló que la habilitación de la feria judicial dispuesta el 4 de enero llevaba implícita la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa del Estado Nacional, y concretamente destacó que dicha parte se encontraba legitimada para efectuar las presentaciones que estuvieran pertinentes con relación al objeto de ese pronunciamiento.

6º) Que de lo anterior se desprende que si bien la resolución del 4 de enero pudo generar duda sobre el alcance de la habilitación de la feria, ésta quedó despejada con la posterior resolución del 23 de enero. A partir de esta última resultaba incuestionable que la feria judicial se encontraba habilitada para que el Estado Nacional pudiera ejercer su derecho de defensa y recurrir la medida cautelar, tal como específicamente lo había pedido en su presentación del 9 de enero.

7º) Que, en tales condiciones, los recursos extraordinarios devienen extemporáneos aun considerando -como lo hizo el a quo- la hipótesis más favorable para el Estado Nacional de computar el inicio del plazo para su interposición a partir de la notificación de la resolución del 23 de enero. En tal contexto

to, el término comenzó el 24 de enero, fecha en que tanto se recibió la cédula, como el representante del Estado Nacional se notificó personalmente y retiró una copia de la decisión. En consecuencia, el plazo venció el 8 de febrero, o en las dos primeras horas del 13 de febrero, y los recursos fueron presentados en las dos primeras horas del día 19 de ese mes.

8º) Que la señora Procuradora General de la Nación sostiene en su dictamen que la cámara, al decidir que la habilitación original alcanzaba implícitamente al ejercicio de las impugnaciones de la demandada y notificar ese pronunciamiento cuando ya se encontraría perimida la posibilidad de recurrir por la vía extraordinaria, varió en forma sorpresiva los alcances que razonablemente se inferían del fallo que había habilitado la feria judicial a pedido de la actora y, de ese modo, dejó al Estado Nacional en situación de indefensión.

El Tribunal no comparte tales consideraciones. Si bien es cierto que la segunda decisión que declaró los alcances de la habilitación de la feria -la del 23 de enero- fue notificada a la demandada una vez vencido el plazo para interponer el recurso extraordinario contra la primera decisión -la del 4 de enero-, no se advierte que la falta de pronunciamiento del a quo sobre el punto hasta aquel momento constituyera un impedimento para que el Estado Nacional formulara las presentaciones que estimara pertinentes en la causa. Esta circunstancia resulta por demás evidente si se repara en que las dudas que la recurrente albergaba respecto de la habilitación de la feria no le impidieron, por ejemplo, plantear la incompetencia del fuero o recusar a los miembros del tribunal. Con más razón, entonces, puede concluirse que nada le imposibilitaba presentar el recurso extraordinario.

Pero aun soslayando esta circunstancia, no puede dejar de destacarse que la segunda decisión de la cámara dejó en claro que la feria se encontraba habilitada para que la demandada pudiera ejercer su derecho de defensa y efectuar los planteos

que considerara oportunos. A pesar de ello, el Estado Nacional también dejó transcurrir el plazo de diez días –para interponer el recurso extraordinario–, computado a partir de que le fuera notificada personalmente y por cédula esa segunda resolución.

Se suma a ello que la demandada consintió este aspecto de la decisión del 23 de enero que, según aduce la señora Procuradora General, la habría dejado en situación de indefensión. Como se señaló en el considerando 2º, el recurso extraordinario que dedujo el Estado Nacional contra aquella decisión se circunscribió exclusivamente al rechazo del planteo de incompetencia.

De manera que, cuanto menos a partir del 24 de enero de 2013, la representación del Estado Nacional no podía albergar ninguna duda respecto de que la feria judicial se encontraba habilitada para su parte, tal como lo había requerido en su escrito del 9 de enero, y que en consecuencia, se hallaba en condiciones de formular todas las presentaciones que creyera más adecuadas para la defensa de sus derechos en la causa.

No obstante ello, esa representación dedujo los recursos extraordinarios luego de que transcurrieran más de cuarenta días del dictado de la medida cautelar, conducta que en nada se condice con la trascendencia que en sus escritos asignó a la cuestión debatida en autos y que sustentó su solicitud de habilitación de la feria. Por el contrario, debe repararse en que, pese a conocer el alcance y las razones que motivaron la medida cautelar desde el 7 de enero, los abogados del Estado Nacional no interpusieron el recurso extraordinario inmediatamente después de concluida la feria, sino que recién lo hicieron en el undécimo día hábil desde que se reanudara la actividad de los tribunales de justicia.

En ese contexto, resulta más que evidente que no ha sido la cámara la que ha dejado en situación de indefensión a la parte demandada sino que fueron sus propios representantes quienes, al dejar transcurrir la totalidad de los plazos procesales,

privaron al Estado Nacional de la posibilidad de obtener una revisión de la medida cautelar que, según afirman, afectaría los intereses públicos.

9º) Que, por lo demás, la desaprensiva actuación procesal de la demandada también se advierte en la medida en que la queja deducida ante esta Corte no cumple los recaudos exigidos en el artículo 7º, inc. d de la acordada 4/07 ya que se omitió acompañar copia de la resolución que denegó los recursos extraordinarios interpuestos.

10) Que, finalmente, cabe recordar que es doctrina del Tribunal que los plazos procesales resultan perentorios y fatales en tanto razones de seguridad jurídica obligan a poner un momento final para el ejercicio de ciertos derechos, pasado el cual y sin extenderlo más, deben darse por perdidos, sin que obste a ello la circunstancia de que el particular haya cumplido, aun instantes después, con la carga correspondiente (Fallos: 289:196; 296:251; 307:1016; 326:3895 y 329:4775; entre otros).

En razón de ello, y aun cuando lo debatido no sea la decisión del fondo de la cuestión, esta Corte no puede dejar de expresar su preocupación por la forma en la que se ha asumido en el sub lite la defensa de los intereses públicos pues al dejarse vencer la totalidad de los plazos procesales el Estado Nacional, por el obrar de quienes lo representan, se ha visto privado de obtener una revisión del pronunciamiento cautelar dictado en autos.

Por ello, y oída la señora Procuradora General de la Nación, se desestima la queja. Intimese a la recurrente para que en el ejercicio financiero que corresponda, haga efectivos los depósitos previstos en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la

acordada 47/91. Devuélvanse los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

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

-///-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que el 4 de enero de 2013 la sala de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal habilitó la feria judicial "al efecto de examinar el recurso de apelación interpuesto" por la demandante. En forma subsiguiente admitió los agravios y revocó la resolución de primera instancia que había rechazado la medida cautelar requerida y suspendió —en los términos de los artículos 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— los efectos del decreto 2552/12 y de los actos dictados en consecuencia, hasta el dictado de la sentencia definitiva en el proceso al que resulta accesoria la

resolución precautoria (fs. 302/307 de los autos principales).

**El 9 de enero de 2013**, el Estado Nacional se presentó y sostuvo que la habilitación de la feria judicial al solo efecto de tratar la medida cautelar solicitada por la parte actora, provoca un tratamiento desigual para las partes. Solicita la habilitación de la feria y plantea la incompetencia y recusación (fs. 313/333; 337/340).

**El 23 de enero** la sala de feria rechazó los planteos de recusación e incompetencia y declaró abstracto el pedido de habilitación de feria. En los considerandos dijo que la habilitación de la feria judicial decidida a fin de conocer el recurso de la actora llevaba implícita la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa que garantiza la plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción y bilateralidad con relación al demandado (fs. 379/380 vta.).

Esta resolución fue notificada por cédula al Estado Nacional al día siguiente, 24 de enero (fs. 383); y ese mismo día el representante del Estado Nacional se notificó también en forma personal y retiró una copia (fs. 382).

**El 19 de febrero de 2013** el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario contra la sentencia del 4 de enero que había hecho lugar a la medida cautelar (fs. 392/413). También interpuso otro recurso extraordinario contra la resolución del 23 de enero, exclusivamente en cuanto rechazó el planteo de incompetencia (fs. 414/432).

La Sala II de la cámara del fuero declaró extemporáneos sendos recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional. Para así decidir, consideró que aun teniendo en cuenta la segunda de las notificaciones cursadas -la del 24 de enero-, el término legal para recurrir había fallecido en las dos primeras horas del 13 de febrero de 2013 (fs. 529).

2º) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional dedujo recurso de queja (fs. 62/67 de esas actuaciones). A

fs. 70 el Tribunal solicitó los autos principales y a fs. 75 confirió vista a la Procuración General de la Nación. A fs. 79/80 obra el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación.

3º) Que esta Corte ha dicho que la regla en estos casos es clara, ya que la resolución de los plazos procesales, que son fatales y perentorios, queda reservada a los jueces de la causa (Fallos: 323:1919).

Sin embargo, la cuestión litigiosa no se vincula con el vencimiento fatal ni con su carácter perentorio, sino con el comienzo del mismo.

La controversia se dirime estableciendo con precisión cuándo comenzó a correr el plazo para interponer el recurso extraordinario.

4º) Que la decisión requiere examinar, en primer lugar, si existió una duda razonable en la interpretación del comienzo del plazo, como lo argumenta el Estado Nacional, o bien, fue absolutamente claro, como lo señala la Cámara en la decisión recurrida.

El tribunal podría haber habilitado la feria de modo simple y claro, con lo cual, no se hubieran suscitado problemas interpretativos.

En cambio, lo hizo utilizando modos condicionados y confusos. En primer lugar, al recibir el primer escrito dispuso la apertura al solo efecto de examinar el recurso de apelación de la actora; luego declaró abstracta la habilitación de la feria para los recursos del Estado Nacional. Es decir que podría entenderse que había un trámite para cautelar, y allí finiquitaba toda habilitación, comenzando a correr el plazo de recurso luego de terminada la feria judicial.

Que en ese contexto, no resultaba irrazonable interpretar, conforme a una inveterada jurisprudencia de esta Corte, que el plazo de diez días previsto en el art. 257 del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación debía computarse teniendo en cuenta los días hábiles para actuar ante el tribunal apelado (Fallos: 334:896).

En segundo lugar, el 23 de enero dicta una sentencia que rechaza los planteos del Estado Nacional referidos a la incompetencia y la recusación. Sin embargo, en relación al primer tema, es decir, si estaba habilitada o no la feria para el primer objeto procesal, dicta una resolución aclaratoria, dando a entender, en un considerando, que era bilateral. Sin embargo, al dictarla, ya había expirado el plazo para el recurso extraordinario.

Que igual grado de confusión surge cuando se dicta el proveído aclaratorio. Si bien podría interpretarse que el plazo corría a partir de la resolución del 24 de enero, también lo es que podría entenderse que, en la misma resolución se había declarado abstracto el pedido de habilitación de feria.

Que la propia Cámara reconoce la duda y resuelve contradictoriamente. En la resolución impugnada señala "que cualquier duda sobre el alcance de la habilitación de feria dispuesta en la decisión de fs. 302/307 quedó despejada con la desestimación de los planteos defensivos... Allí, frente al cuestionamiento puntual del Estado Nacional, se dejó sentado que la citada habilitación lleva implícita la posibilidad de ejercer su derecho de defensa...". Esta resolución es aclaratoria, lo que supone que había una duda que aclarar, pero al momento en que se hizo, ya había fallecido el plazo para interponer el recurso (fs. 529).

La Cámara incurrió, de este modo, en un procedimiento confuso, al no habilitar de manera simple la feria judicial, al utilizar el modo condicional, y al aclararlo cuando ya era inútil para interponer todo recurso.

5º) Que frente a la duda, el tribunal aplicó un criterio contrario a la preservación del derecho de acceso a la ju-

risdicción a la Corte.

Los jueces deben ser claros en sus decisiones, no pueden ser tan austeros en sus expresiones de modo que lleven a confusión a las partes.

La interpretación es un acto que corresponde al destinatario, y si el Juez advierte que para esa parte la cuestión no está expresada con términos lo suficientemente nítidos como para guiar su conducta, debe hacer todo lo necesario para superar el estado de incertidumbre.

Esta actitud colaborativa del Juez hacia las partes no se advierte en las decisiones que se analizan en este caso.

Por otra parte, ante la duda, la decisión judicial debe orientarse hacia la preservación del derecho de defensa y no hacia su restricción.

La Cámara ha violentado el principio *in dubio pro actione*, en un caso de trascendencia institucional frustrando el acceso a la competencia extraordinaria de la Corte.

Los derechos fundamentales son reglas que permiten distribuir la carga de la argumentación: quien quiera limitar o restringir un derecho fundamental tiene la carga de dar las razones para hacerlo, ya sea en la elaboración de la ley o en el juzgamiento judicial. En el caso, hay un cercenamiento del derecho a justicia, y es el Tribunal el que debió dar pautas suficientemente claras al respecto. Los principios son también reglas argumentativas que el Juez debe seguir y, en caso de duda, debió realizar una interpretación lo más cercana posible al acceso a la jurisdicción.

Este Tribunal ha dicho que "los agravios del recurrente atinentes al momento que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo para la interposición del recurso extraordinario suscitan cuestión federal para habilitar la vía intentada, pues aun cuando remiten al examen de cuestiones de derecho pro-

cesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena como regla y por su naturaleza al remedio del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando, con menoscabo del derecho de defensa en juicio la decisión de imponer al recurrente la carga procesal de anticipar la deducción del remedio federal, importó una aplicación ritualista de las normas que rigen el proceso desatendiendo a su finalidad y a los derechos en juego ("Suárez, Marcelo Luis y otros c/ Del Campo, Osvaldo José y otro" Fallos: 330:2915).

6º) Que en el presente caso existe relevancia institucional, porque se trata de una medida cautelar que paraliza un decreto cuyos efectos trascienden los efectos vinculados a las partes.

De tal modo, el marco de análisis no puede ser el mero interés de los litigantes, sino el interés público involucrado.

En este sentido, lo que, en un caso común podría llevar a una interpretación restrictiva, no puede ser sostenido en un supuesto de relevancia institucional

La Cámara aplica un criterio restrictivo en un caso en el que un Juez razonable hubiera procedido con mayor amplitud.

7º) Que el presupuesto de la duda razonable que ha creado la propia decisión judicial, obliga a decidir en función de una ponderación de los intereses en conflicto.

Todo Juez debe optar por la solución menos gravosa en términos constitucionales y de lesión de derechos.

La que aquí se adopta deja completamente indefenso al Estado Nacional, con grave lesión a sus derechos llegando al impedimento de la actividad recursiva. En cambio, la solución contraria, importa correr un nuevo traslado, con lo cual, una medida de mínima lesión a la actora, permite superar el conflicto.

El balance de la solución de derechos adoptado por la Cámara no satisface la justa ponderación que cabe exigir a un magistrado.

Este juicio de ponderación no sería aplicable si hubiera una regla determinada, precisa, clara, la que una vez incumplida excluye toda otra solución. Pero en este caso, ha sido la propia Cámara la que ha dictado proveidos que establecen un nivel de indeterminación que pudo haber llevado a la contraria a confundirse.

Esta solución consistente en darle traslado al planteo recursivo, no puede ocasionar ninguna anarquía procesal ni afectar la seguridad jurídica, dadas las especiales circunstancias del caso.

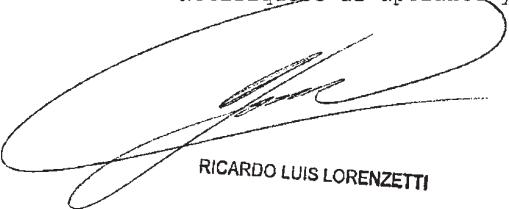
Por el contrario, la seguridad jurídica deviene de la claridad del lenguaje normativo, que en el caso estuvo ausente.

La existencia de una duda razonable en un caso de relevancia institucional habilita una solución que no tiene ningún costo adicional para la contraria.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja de la demandada en la medida en que refuta la resolución denegatoria de sus

-//recursos extraordinarios, se deja sin efecto dicha decisión (de fs. 529/529 vta.) y se declara tempestivos los mentados recursos. Agréguese la queja a los autos principales y devuélvanse al Tribunal de origen a fin de sustanciar los recursos.

~~Notifíquese al apelante y cúmplase.~~



RICARDO LUIS LORENZETTI

DISI-//-

-//DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

I. Que los antecedentes de la causa han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación (acápite I), a los que cabe remitir en razón de brevedad.

II. Que, habida cuenta de dichos antecedentes, el adecuado resguardo de la garantía en juicio de las partes impone descalificar el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en tanto declaró extemporáneos los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional.

En efecto, tal y como se relató en el mencionado dictamen, mediante resolución del 4 de enero del corriente año el a quo habilitó la feria judicial para examinar el recurso de ape-

lación de la actora y -al revocar lo decidido en primera instancia- admitió la medida cautelar solicitada a fin de que se dispusiera la suspensión de los efectos del decreto 2552/12 y de los actos dictados en su consecuencia -en especial de la intimación de la Agencia de Administración de Bienes del Estado del 21 de diciembre de 2012- hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la acción meramente declarativa iniciada por aquélla. De tal modo, la sala de feria de la mencionada cámara decidió impedir cualquier acto estatal tendiente a concretar la toma de posesión del Predio Ferial de Palermo en ejecución del citado decreto que, vale recordarlo, dispuso la revocación -por estar afectado de nulidad absoluta- del acto aprobatorio de la venta del aludido inmueble a la Sociedad Rural Argentina.

Frente a tal decisión, y en cuanto aquí interesa en relación con la admisibilidad temporal de los recursos extraordinarios interpuestos por la demandada, el 9 de enero el Estado Nacional solicitó expresamente la habilitación de la feria judicial a su respecto a fin de "recurrir urgentemente el aludido decisorio cautelar" (fs. 314/315).

En la misma fecha, y mediante otra presentación, recurrió el pronunciamiento de la cámara en la medida en que "tan sólo dispuso habilitar la actual Feria Judicial para entender en la apelación deducida por la actora", lo que, a su entender, impedía al Estado Nacional "la posibilidad de recurrir en tiempo útil el decisorio cautelar". Todo ello, afirmó, "trae aparejado un perjuicio actual...que se concreta en no poder ejercitarse su defensa en tiempo oportuno, acarreando con ello una grave afectación al interés público" (fs. 338).

A la hora de resolver dichas peticiones, el mismo tribunal decidió "declarar abstracto el planteo de habilitación de la feria" de la demandada y desestimar el recurso interpuesto contra la decisión que expresamente la había considerado hábil para su contraparte. En efecto, como consecuencia de una interpretación de su fallo anterior, que varió sorpresiva e intempe-

tivamente los alcances que razonablemente se inferían de su lectura, la cámara, en concreto, ninguna decisión tomó respecto de la solicitud expresa del Estado Nacional de habilitación de la feria judicial.

III. Que frente a la palmaria trascendencia institucional involucrada en el tema de fondo debatido y al interés público comprometido, cuya adecuada revisión judicial es el único objeto de lo aquí examinado, considerando la impropia vaguedad de los términos utilizados por el a quo al respecto, que pudieron razonablemente llevar al Estado Nacional a entender -como sostiene en su presentación directa ante esta Corte- que la feria judicial no se encontraba habilitada para ninguno de sus planteos, y habida cuenta del imperioso deber de salvaguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio, corresponde descalificar el pronunciamiento que resolvió declarar extemporáneos los recursos extraordinarios de la demandada. En efecto, incluso en el caso de admitir la posibilidad de una dispar interpretación respecto del cómputo de los días hábiles para recurrir, debe primar la garantía constitucional de poder ejercer una defensa efectiva frente un excesivo rigor formal que la torna ilusoria.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja de la demandada en la medida en que refuta la resolución denegatoria de sus recursos extraordinarios, se deja sin efecto dicha decisión (de fs. 529/529 vta.) y se declara tempestivos los mentados

-//- recursos. Agréguese la queja a los autos principales y devuélvanse al Tribunal de origen a fin de sustanciar los recursos.

Notifíquese al apelante y cúmplase.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional, representado por los Dres. Sergio Ricardo M. Landin y Martín Omar Monea.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 8, Secretaría nº 15.

---

## UART Y OTROS C/ EN LEY 25.848 S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

### IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES

La imposición del tributo establecido por el art. 1º de la ley 25.848 -subsidió a asociaciones integrantes del sistema bomberil voluntario- no implica dejar de lado las exenciones de la ley 24.557 ya que el art. 25 de la misma exime de todo impuesto o tributo nacional a “los contratos de afiliación a una ART” (inc. 2º) y a las “reservas obligatorias” de esas compañías (inc. 5º), en tanto que la contribución impugnada se aplica sobre las primas de seguros -con excepción de las del ramo vida- con la expresa prescripción de que las aseguradoras no lo podrán trasladar a las primas a abonar por los tomadores, por lo que el tributo recae sobre la rentabilidad o las utilidades de las compañías de seguros pero no se trata de una imposición sobre los contratos de afiliación a las ART o sobre las reservas obligatorias de éstas.

### LEGITIMACION PROCESAL

Resultaría inoficioso un pronunciamiento sobre la legitimación procesal de la Unión de Aseguradoras del Riesgo del Trabajo -UART- si la demanda ha sido promovida no solo por dicha entidad sino también por una se-

rie de compañías aseguradoras respecto de las cuales es indudable la legitimación que les asiste para formular los planteos respecto de la aplicación y validez constitucional del tributo creado por el art. 1º de la ley 25.848.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 780/783, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo resuelto en la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 25.054 (texto según el art. 1º de su similar 25.848, al que se referirán las citas siguientes) formulado por la Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (UART), Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo, CNA Aseguradora de Riesgos del Trabajo, La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo, La Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo, Liberty ART S.A., Mapfre Argentina A.R.T. S.A., Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.

Para así decidir, recordó que el citado precepto establece: “*El subsidio a las asociaciones integrantes del sistema bomberil voluntario de la República Argentina se formará con una contribución obligatoria del tres con veinte centésimos por mil (3,20%) de las primas de seguros excepto las del ramo vida, a cargo de las aseguradoras. Dicha contribución no podrá ser trasladable a las primas a abonar por los tomadores y será liquidada por los aseguradores a la Superintendencia de Seguros de la Nación siendo de aplicación el régimen establecido en el artículo 81 de la Ley 20.091 para la tasa uniforme. La Superintendencia de Seguros de la Nación girará los montos recaudados a la cuenta referida en el artículo 13 de la presente ley*”.

Destacó, a continuación, que la norma en cuestión había creado un impuesto, a cargo de las compañías de seguros y determinado sobre la base de las primas percibidas por las coberturas emitidas. Por ello, concluyó que las exenciones otorgadas por el art. 25, pts. 2) y 5), de la ley 24.557 quedaron implícitamente derogadas con la sanción del nuevo régimen, ante la manifiesta incompatibilidad entre éste y aquéllas.

En tal sentido, afirmó que nadie posee un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas, y que escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la equidad o conveniencia de los tributos

sancionados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales.

Por último, y en lo atinente a la violación del derecho de propiedad alegado por las actoras, especificó que se encontraba en cabeza de éstas la carga de demostrar, en forma acabada y concluyente, la confiscatoriedad del tributo impugnado, circunstancia que no había ocurrido en el caso.

- II -

Disconformes, las actoras interpusieron el recurso extraordinario de fs. 792/811, concedido a fs. 891.

En primer lugar, indicaron que el tributo regulado por el art. 11 de la ley 25.054 no puede tener como efecto derogar la exención general que el art. 25, pts. 2) y 5), de la ley 24.557 consagra, respectivamente, para los contratos de afiliación a las aseguradoras de riesgo de trabajo y para las reservas obligatorias que éstas deben constituir. Sostener lo contrario, como lo hace el pronunciamiento recurrido, constituye una violación del principio de reserva de ley y del de seguridad jurídica, ambos con rango constitucional.

Añadieron que la sentencia deja de lado la prueba producida, la cual acredita que la recaudación anual del impuesto estimada por la Superintendencia de Seguros de la Nación ascendía de \$24.000.000, mientras que la necesidad presupuestaria anual de las asociaciones de bomberos, informada por la Oficina Nacional de Presupuesto, era de \$14.483.193, todo ello a valores contemporáneos entre sí, lo cual acreditaba la confiscatoriedad y desproporción del impuesto creado.

Reiteraron que se encuentran violadas las garantías de generalidad e igualdad, pues sólo un reducido grupo de contribuyentes -las ciento cuarenta y tres compañías aseguradoras que operan en la República- son compelidas a solventar un servicio que beneficia a todo el país, sin que pueda razonablemente sostenerse que únicamente ellas poseen capacidad contributiva para hacerlo.

- III -

Liminarmente, considero que un orden jurídicamente lógico impone examinar, dentro del conjunto de entidades actoras, si UART se encuentra legitimada para plantear la presente acción.

Es que si bien esta Procuración General ha sostenido que la reforma

constitucional de 1994 extendió el espectro de sujetos legitimados para accionar -en especial cuando se trate de la vía del amparo-, esta amplitud no se ha dado para la defensa de cualquier derecho, sino sólo con relación a los mecanismos tendientes a proteger los de incidencia colectiva (arg. dictamen de las causas de Fallos: 320:690; 326:2998 y 3007).

En efecto, el art. 43 de la Constitución Nacional, en su segundo párrafo, establece que podrán interponer dicha acción “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Sin embargo, cabe señalar que en el *sub lite* los planteos formulados por UART no están dirigidos a la protección del medio ambiente, o de la competencia, ni de ningún otro derecho de incidencia colectiva en general, ni se vinculan con la relación de usuario o consumidor, sino que ponen en debate cuestiones de carácter patrimonial, cuyo ejercicio y tutela corresponde, en exclusiva, a cada una de las entidades aseguradoras afectadas y, por lo tanto, se hallan fuera del ámbito de la ampliación que ha realizado la citada norma constitucional. En efecto, ello es claro en el planteamiento de inconstitucionalidad del tributo exigido por el art. 11 de la ley 25.054 que aquí realizan, en cuanto entienden que únicamente a las compañías aseguradoras se les impone una detacción patrimonial coactiva con el objeto de financiar un servicio que beneficia a toda la comunidad.

También constituye un óbice al reconocimiento de la legitimación de UART el hecho de que no demuestra un derecho subjetivo o un interés legítimo propio que la habilite a instar el pleito, en tanto no alega un perjuicio o lesión personal de derechos en relación a las normas que impugna. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la promoción de la presente demanda se sustentó en la inconstitucionalidad del tributo que incide sobre el patrimonio de las empresas que nuclea, sin que UART invoque su carácter de contribuyente o responsable al respecto.

Por ende, desde mi óptica, UART no se encuentra legitimada para plantear la presente acción pues no se verifica a su respecto la existencia de “caso” o “causa” en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional toda vez que, a la luz de lo dicho, no habrá de beneficiarse ni de perjudicarse con la decisión adoptada al cabo de este proceso (arg. Fallos: 156:318; 227:688; 245:552; 322:528; 324:333; 326:1007, entre otros).

- IV -

Despejado lo anterior, y en lo atinente a los agravios de las empresas actoras, vinculados con el alcance de las exenciones tributarias consagradas por el art. 25, pts. 2) y 5), de la ley 24.557, estimo que ellos no son suficientes para habilitar esta instancia extraordinaria.

En efecto, es claro para mí que, aun cuando el art. 11 de la ley 25.054 emplea el término “*contribución*”, en realidad se trata de un genuino impuesto, que debe ser pagado por las entidades autorizadas a realizar operaciones de seguros en los términos de la ley 20.091 y cuya base imponible está formada por las primas que paguen los asegurados, excepto las del ramo vida.

Expresamente, la norma establece que este impuesto “*no podrá ser trasladable a las primas a abonar por los tomadores*” por lo que, en definitiva, implica la sustracción compulsiva de una parte de la rentabilidad de las compañías aseguradoras, en favor del Estado y para atender necesidades públicas.

Sentado ello, observo que el art. 25 de la ley 24.557 -al regular el tratamiento impositivo del sistema de riesgos del trabajo- establece en su punto 2º “*Los contratos de afiliación a una ART están exentos de todo impuesto o tributo nacional*”, mientras que en su punto 5º sostiene “*Las reservas obligatorias de la ART están exentas de impuestos*”.

En estos términos, resulta evidente que las dispensas impositivas que benefician a los “*contratos de afiliación*” y a las “*reservas obligatorias*” de las ART resultan ajenas al ámbito de aplicación del impuesto creado por el art. 11 de la ley 25.054, el que -como señalé- recae sobre la utilidad de las compañías aseguradoras.

En estas condiciones, los preceptos federales invocados carecen de la relación directa e inmediata con la materia del litigio, exigida por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del recurso estatuido por su art. 14 (Fallos: 151:152; 185:151; 187:231 y 330; 236:434; 244:491; 307:1802, entre otros).

- V -

En idéntica manera, considero que el recurso intentado es formalmente inadmisible respecto de los planteos que realizan las actoras en torno a la violación de las garantías constitucionales de generalidad, igualdad y no confiscatoriedad, pues los argumentos esgrimidos en esta causa son notoriamente insuficientes si se advierten las exigencias con que el Tribunal ha rodeado la configuración de esos agravios constitucionales.

Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 302:457), encontrándose a cargo de quien invoca una irrazonabilidad la alegación y prueba respectiva (confr. Fallos: 247:121, cons. 4º), recaudos que -desde mi óptica- no se han satisfecho (confr. Fallos: 315:1820, considerando 8º, entre muchos otros).

En efecto, las recurrentes no explican -como es menester- las razones por las cuales resulta inconstitucional que se las obligue al pago del tributo por la actividad económica que desarrollan, máxime cuando éste alcanza también a otras compañías de seguros y cuando no se discute que todas las aseguradoras de riesgos del trabajo como las recurrentes son gravadas con base uniforme (Fallos: 105:273; 117:22; 132:198, entre otros).

Igual suerte, en mi parecer, debe seguir el planteamiento de confiscatoriedad e injusticia del tributo atacado toda vez que un cuestionamiento de esta índole exige -como principio- que se alegue la absorción por parte del Estado de una parte sustancial de la renta o el capital (Fallos: 242:73 y sus citas; 268:57).

Por el contrario, las recurrentes se limitan a cotejar la eventual recaudación del gravamen con las necesidades presupuestarias que éste debe atender, para concluir así que el tributo es injusto y confiscatorio (cfr. fs. 800 vta. y sgtes.), eludiendo entrar al mérito del asunto: la parte del impuesto que absorbería, en exceso, los ingresos o el patrimonio de cada una de ellas.

De esta forma, la inconstitucionalidad planteada incurre en meras afirmaciones dogmáticas al tachar de confiscatorio al gravamen, puesto que de la compulsa que realiza sólo podría derivar la mayor o menor bondad o equidad del tributo pero nunca la repugnancia de la solución establecida por el legislador con la cláusula constitucional invocada (arg. Fallos: 320:1166, cons. 5º), requisito indispensable para poner en su recto quicio la cuestión federal, base del recurso extraordinario (Fallos: 252:299; 259:224; 262:610; 278:68).

- VI -

Por lo dicho hasta aquí, opino que corresponde declarar la falta de legitimación activa de UART en los términos señalados en el acápite III y, en lo restante, declarar formalmente inadmisible el recurso extraordinario interpuesto.

Buenos Aires, 23 de mayo de 2012.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de agosto de 2013.

Vistos los autos: "UART y otros c/ EN - ley 25.848 s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de la instancia anterior, rechazó la demanda promovida por la Unión de Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (UART) y por Asociart ART S.A., CNA ART S.A., La Caja Aseguradora de Riesgos de Trabajo ART S.A., La Segunda Aseguradora de Riesgos de Trabajo S.A., Liberty ART S.A., Mapfre Argentina ART S.A., Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.; QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Prevención ART S.A., con el objeto de que se declare que las aseguradoras de riesgos de trabajo no son sujetos pasivos de la contribución creada por el art. 1º de ley 25.848; y, en subsidio, la constitucionalidad de la mencionada norma.

2º) Que para decidir en el sentido indicado, el tribunal a quo señaló que el citado artículo establece un impuesto directo, con una afectación específica, a cargo de las compañías de seguros y determinado sobre la base de las primas percibidas por las coberturas emitidas. A juicio del a quo, con la creación de dicho tributo quedaron implícitamente derogadas las exenciones previstas por el art. 25 de la ley 24.557 respecto de los contratos de afiliación a una ART y de las reservas obligatorias de éstas, debido a su incompatibilidad con las consecuencias jurídicas derivadas de la entrada en vigencia de la nueva contribución.

Sentado lo que antecede, desestimó las objeciones de carácter constitucional formuladas para impugnar la validez del referido tributo. Al respecto destacó, entre otras consideraciones, que se encontraba en cabeza de la actora la prueba acabada

y concluyente acerca de la confiscatoriedad del tributo impugnado, la que no se había producido en autos. Asimismo, afirmó que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas, y que escapaba a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales. En esa línea de razonamiento, concluyó señalando que la actora solo había efectuado una exposición dogmática acerca de la aducida inconstitucionalidad del impuesto, que no lograba desvirtuar los fundamentos de la sentencia de la anterior instancia, ni demostrar la irrazonabilidad del tributo.

3º) Que contra dicho pronunciamiento los actores interpusieron el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 891 y que resulta formalmente admisible en tanto se cuestiona la inteligencia y validez de una norma de carácter federal, como lo es el art. 1º de la ley 25.848.

4º) Que los recurrentes sostienen que el tributo establecido por la referida norma no puede tener como efecto la derogación de las exenciones previstas en el art. 25 de la ley 24.557 para los contratos de afiliación a las aseguradoras de riesgo de trabajo y para las reservas obligatorias que éstas deben constituir; pues, en su concepto, para que tales exenciones puedan ser válidamente derogadas resultaría necesario que la ley lo estableciese de manera expresa. Entienden que afirmar lo contrario —como lo hace el a quo interpretando que hubo una derogación tácita u orgánica— implica una violación del principio de reserva de ley y de seguridad jurídica, ambos de raigambre constitucional.

Aducen asimismo que el referido tributo viola los principios de igualdad y generalidad toda vez que la contribución recae sobre solamente ciento cuarenta y tres contribuyentes —las compañías de seguro que operan en la República— para solventar un servicio público —el prestado por los bomberos voluntarios—.

tarios— que beneficia a la totalidad de la población y señalan que esto carece de razonabilidad.

Por otra parte, sostienen que el a quo pasó por alto que la recaudación anual del impuesto cuestionado superaría la necesidad presupuestaria de las asociaciones de bomberos, lo cual —en el concepto de los recurrentes— demostraría la desproporción y confiscatoriedad de la referida contribución.

5º) Que el tributo impugnado fue establecido por el art. 1º de ley 25.848, que dispuso incorporar como art. 11 de la ley 25.054 una norma cuyo texto es el siguiente: "El subsidio a las asociaciones integrantes del sistema bomberil voluntario de la República Argentina se formará con una contribución obligatoria del tres con veinte centésimos por mil (3,20 %) de las primas de seguros excepto las del ramo vida, a cargo de las aseguradoras. Dicha contribución no podrá ser trasladable a las primas a abonar por los tomadores y será liquidada por los aseguradores a la Superintendencia de Seguros de la Nación siendo de aplicación el régimen establecido en el art. 81 de la ley 20.091 para la tasa uniforme. La Superintendencia de Seguros de la Nación girará los montos recaudados a la cuenta referida en el art. 13 de la presente ley".

6º) Que en lo referente al primer agravio enunciado en el considerando 4º, cabe destacar que a juicio del Tribunal una correcta apreciación de los alcances del tributo establecido por el art. 1º de la ley 25.848 lleva a concluir que su imposición no implica dejar de lado las exenciones a las que aluden las recurrentes. En efecto, el art. 25 de la ley 24.557 —en lo que al caso interesa— exime de todo impuesto o tributo nacional a "los contratos de afiliación a una ART" (inc. 2º) y a las "reservas obligatorias" de esas compañías (inc. 5º); en tanto que la contribución impugnada en el sub examine, como surge del texto precedentemente transcripto, se aplica sobre las primas de seguros —con excepción de las del ramo vida—, con la expresa prescripción de que las aseguradoras —a cuyo cargo se establece

el impuesto- no lo podrán trasladar a las primas a abonar por los tomadores. De ello se sigue -como adecuadamente se señala en el apartado IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal- que el mencionado tributo recae sobre la rentabilidad o las utilidades de las compañías de seguros. Es decir, no se trata de una imposición sobre los contratos de afiliación a las ART o sobre las reservas obligatorias de éstas, de manera que su aplicación no resulta inconciliable con las referidas exenciones.

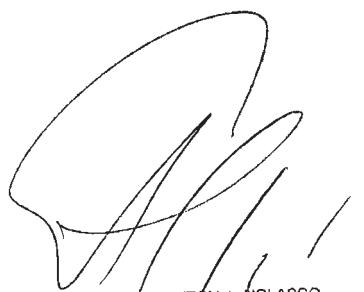
7º) Que sin perjuicio de ello, y si bien de lo expuesto surge que no se ha producido la derogación alegada por el recurrente, a mayor abundamiento cabe recordar que según reiterada jurisprudencia nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad de manera que su modificación por otros posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna (Fallos: 259:377; 275:130; 288:279; 291:359; 299:93, entre otros). Por lo tanto, y aun si no se compartiese lo aseverado en el considerando que antecede, el agravio del recurrente tampoco podría prosperar, máxime si se considera que el tributo en cuestión ha sido establecido por una ley, emanada del órgano específicamente facultado por la Constitución a tal efecto.

8º) Que en lo relativo a los planteos en torno a la aducida violación de las garantías constitucionales de generalidad, igualdad y no confiscatoriedad, el Tribunal comparte lo expresado en el punto V del dictamen de la señora Procuradora Fiscal -a cuyos fundamentos cabe remitir en lo pertinente- en cuanto a que en este aspecto el recurso extraordinario es formalmente inadmisible pues los argumentos esgrimidos son notoriamente insuficientes si se advierten las exigencias con las que la jurisprudencia de esta Corte ha rodeado la configuración de esos agravios constitucionales.

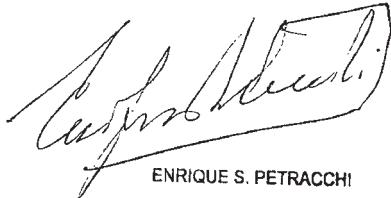
9º) Que finalmente, y en lo que concierne a la legitimación procesal de la Unión de Aseguradoras del Riesgo del Trabajo -cuestión especialmente examinada en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal- a juicio de la Corte resultaría in-

oficioso un pronunciamiento sobre el punto, pues la demanda ha sido promovida no solo por dicha entidad sino también por una serie de compañías aseguradoras respecto de las cuales es indudable la legitimación que les asiste para formular los planteos que han efectuado en autos respecto de la aplicación y la validez constitucional del tributo creado por el art. 1º de la ley 25.848.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario respecto de la cuestión examinada en los considerandos 6º y 7º de la presente, e improcedente en lo demás, y se confirma la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de recurso. Con costas. Notifíquese y devuélvase.



ELENA HICHTÓN de NOLASCO



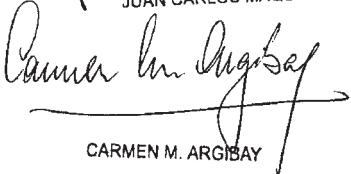
ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAÚL ZAFFARONI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por U.A.R.T. y otros, representados por el Dr. Fernando Pablo Restelli.

Traslado contestado por el Estado Nacional- Ministerio del Interior, representado por el Dr. César David Graziani, con el patrocinio letrado de los Dres. Ariel Ignacio Rimoldi y María José Lo Medico Olivé y por el Consejo de Federaciones de Bomberos Voluntarios de la República Argentina, representado por el Dr. Juan Manuel Álvarez Echagüe, con el patrocinio letrado del Dr. Jorge Alberto Llana.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 3.

---

BANCO COMAFI SA C/ AGROMALEN SA Y OTROS  
S/ NULIDAD DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES

*FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA*

Es arbitraria la sentencia que, al hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa, rechazó la demanda promovida por el fiduciario de un fideicomiso celebrado en el marco del proceso de restructuración en los términos del art. 35 bis de la ley 21.526 de Entidades Financieras si lo hizo sobre la base de consideraciones dogmáticas, desvinculadas de las concretas circunstancias del caso y la inoponibilidad de la personalidad jurídica con sustento en que las personas que suscribieron la citada permuta eran el presidente y vicepresidente de ambas sociedades sería hábil, eventualmente, para imputar los actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando a la sociedad como pantalla (art. 54 de la ley 19.550) pero no permite concluir la falta de legitimidad del actor, que había asumido la posición contractual con las funciones que surgen del fideicomiso y de las resoluciones del Banco Central como organismo de control.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda (fs. 1099/1112 y 1469/1482).

Para así decidir, el tribunal, en primer lugar, precisó que Banco Comafi S.A. pretende la nulidad, inexistencia y/o inoponibilidad de las escrituras públicas Nº 448 -20/12/01- y Nº 532 -31/12/01- pasadas ante la escribana demandada Ana Jordán

mediante las cuales Pedro M. Stier transfirió el dominio de los lotes de terreno N° 34 y 47 ubicados en Villa La Angostura, Departamento Los Lagos, Provincia de Neuquén, primero a Andrea Fabiana Caletti como gestora de negocios y luego a Agro Malen S.A. -por aceptación de esa gestión, por esc. páb. N° 532-.

En ese contexto, el *a quo* sostuvo que el accionante (en su carácter de fiduciario del Fideicomiso ACEX, celebrado en el marco del proceso de restructuración en los términos del art. 35 bis, Ley N° 21.526 de Entidades Financieras, del Banco Mayo C.L.) no poseía legitimación activa para entablar la presente acción, ponderando que el boleto de compraventa de fecha 26 de marzo de 1998 -invocado por Banco Comafi S.A. y cuya existencia reconoció el tribunal, fs. 1474-, celebrado entre Pedro M. Stier y Mayo Holding Cooperativa Limitada resultaba insuficiente para mutar la propiedad. En este sentido, la Cámara afirmó que el boleto no era hábil para transmitir ningún derecho inmediato sobre la cosa, sino un derecho a ella.

De tal forma, entendieron los magistrados que la posterior permuta de igual fecha (fs. 1296/1297) -alegada por la entidad financiera actora y por la cual Mayo Holding Cooperativa Limitada habría entregado a Banco Mayo C.L. todos los derechos que poseía y le correspondían en virtud del boleto de compraventa mencionado, y en la que ésta última sociedad, como contraprestación, habría entregado los derechos sobre un inmueble sito en la calle Sarmiento N° 2840/64 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, resultaba ínponible en relación a terceros ajenos a ese contrato documentado en instrumento privado, sin que el reconocimiento de los firmantes logre modificar esta situación.

Al respecto, los jueces destacaron que los otorgantes del acto, no obstante representar a personas jurídicas en apariencia distintas, en rigor eran Presidente y Vicepresidente de las dos sociedades, por lo cual "*los derechos permutados quedaban, en los hechos, en las mismas manos*" (v. fs. 1478 vta.). A su vez, mencionaron, por un lado, que no fueron agregados los títulos justificativos mencionados en tal carácter en las cláusulas del contrato de permuta; por otro, que ninguna de las partes (Banco Mayo Holding y Banco Mayo C.L.) tenían la posesión de los bienes que permutaban, por lo que tampoco podrían transmitirla (fs. 1479), y, por último, que no surgían de las actuaciones constancias de pago de tributos o la ausencia de obligación de pagarlos.

Por otra parte, y en relación con el contrato celebrado con fecha 27 de marzo de 1998, invocado también por el banco accionante como último eslabón de una serie de transmisiones que sustentaría su legitimación activa, mediante el cual Banco

Mayo C.L. -titular de los derechos personales obtenidos a través de la permuta suscripta el día anterior- cedió los derechos sobre los lotes en cuestión a Esces S.A., de cuya operación habría quedado un saldo de U\$S 3.080.000 que, no abonado, habría motivado la resolución contractual, el tribunal concluyó que no habiendo sido acreditada la causa de la revocación, no resultaba hábil para el fin pretendido.

## II -

Contra el referido pronunciamiento, Banco Comafi S.A. en su calidad de Fiduciario del Fideicomiso Acex, dedujo recurso extraordinario, que fue desestimado (fs. 1498/1511 y 1542), dando lugar a la queja que corre agregada a fojas 1720/1723. En ajustada síntesis, aduce que la sentencia es arbitraria, pues omite la consideración de cuestiones conducentes, realiza una interpretación extensiva de la falta de legitimación afectando su derecho de defensa en juicio y prescinde de valorar prueba agregada a la causa:

En particular, manifiesta que, si bien las decisiones de fojas 596/600 del principal y de fojas 15/16 del incidente sobre medidas cautelares poseen carácter provvisorio, ellas fijaron el contenido de las cuestiones que debían ser tratadas, en especial en relación al reconocimiento de los demandados en cuanto a que las escrituras N° 448 y 532 tenían otras causas distintas y lícitas que no eran las expresadas en ellas. Estos aspectos, argumenta, no fueron tratados por la alzada.

Además, consideró que la Cámara, en el pronunciamiento recurrido, para admitir la falta de legitimación activa, excedió los límites de la cuestión a resolver, fundando su decisión en la falta de legitimidad del derecho, no obstante reconocer la existencia del boleto de compraventa de los lotes entre Pedro Stier y Banco Mayo Holding, que todas las partes hacen derivar sus derechos de ese contrato antecedente, la autenticidad de las firmas y la representatividad de las personas que suscribieron el contrato de permuta. Critica la decisión de la alzada, en cuanto se refiere a la inoponibilidad del contrato de permuta, en tanto aduce que dicho efecto no hacía a la supuesta carencia de legitimación del accionante sino a la materia de fondo a decidir en la sentencia.

Desde otro lado, entiende que la alzada, dogmáticamente, manifestó que los derechos permutados por Banco Mayo y Mayo Holding quedaban "en las mismas manos", ponderando que los firmantes resultaban ser el Presidente y Vicepresidente de las dos sociedades y que fue suscripto el mismo día que el boleto de compraventa (26/3/98) y por idéntico precio, cuando la confusión patrimonial no había sido acreditada en la causa.

Entiende que no fue debidamente tratado el planteo de su parte referido a las ofertas recibidas por Banco Comafi S.A. de Agro Malen S.A. (fs. 427/428 y 287/299), que -dice- denotaban el reconocimiento del crédito del actor contra ESCES S.A. Tachan de arbitraría la sentencia, en cuanto si bien los magistrados invocan las ofertas, "se limitan a mencionar su aspecto exclusivamente crediticio y sin suministrar fundamento alguno, afirman apodicticamente que la revocación del acto a que se refieren (el que dio nacimiento al crédito contra ESCES) podría otorgarle al Banco Comafi derecho para perseguir el cobro del crédito contra el cessionario o el deudor, pero no otorga derecho alguno sobre los lotes o a los mismos" (v. fs. 1508 vta.).

Atribuye el apelante a la sentencia, omisión de tratamiento de la supuesta causa licita de las escrituras impugnadas -invocada por las demandadas-, como de los argumentos presentados por su parte y vinculados con la prescripción resuelta en la instancia anterior.

- III -

El 20 de septiembre de 2011, el Máximo Tribunal declaró procedente el recurso de queja y dispuso la suspensión de los procedimientos de ejecución conforme fuera solicitado por la parte actora, por entender que los argumentos invocados, *prima facie*, involucrar cuestiones de orden federal, susceptibles de examen en la instancia del artículo 14 de la Ley N° 48, sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (v. fs. 1780).

- IV -

Estimo menester, dada la complejidad de la operatoria en estudio, a la cual aluden las partes, ordenar cronológicamente los acuerdos que se invocan, cuya consideración deviene relevante para la solución de la controversia en orden a la legitimación activa del Banco Comafi S.A.

(I) El 26 de marzo de 1998, fue suscripto el boleto de compraventa, por el cual Pedro Stier prometió en venta a Mayo Holding C.L., quien, como contraprestación, pagó en ese acto el precio en su totalidad -U\$S 3.500.000-, los dos terrenos ubicados en Villa La Angostura, Provincia de Neuquén, cuya existencia fue reconocida por el tribunal -fs. 1474-.

A su vez, en esa oportunidad el vendedor -Pedro Stier- por escritura N° 124, otorgó poder especial irrevocable por el término de cinco años a los doctores Rubén Beraja y Víctor Liniado para que vendan a favor de la Sociedad "Mayo Holding Cooperativa

Limitada", o a favor de quien en definitiva resulte comprador, comitente, cesionario o de cualquier forma adquirente de las fracciones de terreno relacionadas", quedando facultados para, entre otras, "firmar la escritura traslativa de dominio", y "transmitan todos los derechos de propiedad y dominio, y confirme en la posesión" (v. fs. 160/162).

(ii) El mismo día se celebró, en instrumento privado, la denominada "permuta", mediante la cual -en cuanto aquí interesa- Mayo Holding C.L. (representado por su presidente, Rubén Beraja) cedió a Banco Mayo C.L. los derechos, que como adquirente y habiendo pagado el precio en su totalidad, le correspondían en virtud del boleto de compraventa suscripto el mismo día entre Pedro Stier -vendedor- y Mayo Holding C.L. -adquirente- (v. fs. 166/167 y 1296/1297). Banco Mayo C.L., representado por Víctor Liniado, como contraprestación, habría entregado los derechos sobre un inmueble sito en la calle Sarmiento Nº 2840/64 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(iii) Un día después, esto es con fecha 27 de marzo de 1998, el Banco Mayo C.L. -titular de los derechos personales obtenidos a través de la permuta del día anterior-, cedió, por instrumento privado, los derechos sobre los lotes en cuestión a Esces S.A., de cuya operación habría quedado un saldo de U\$S 3.080.000 que, no abonado, habría motivado la resolución contractual del 15 de diciembre de 2004 (fs. 205/206 y 291/294).

(iv) Por resolución Nº 540 del 23 de septiembre de 1998, el directorio del Banco Central de la República Argentina autorizó la restructuración de Banco Mayo C.L., encuadrándolo en los términos del artículo 35 bis de la Ley Nº 21.526, en defensa de los depositantes (fs. 179 y 183).

(v) Por resolución Nº 629 del 30 de octubre de 1998 el directorio del Banco Central de la República Argentina dispuso la exclusión de los activos y pasivos del Banco Mayo C.L., y el 18 de noviembre de 1998 se firmó el contrato de fideicomiso "ACEX" entre ésa entidad financiera, como fiduciante, y Banco Comafi S.A., como fiduciario (fs. 187/203 y 207/268). El 2 de diciembre de ese año, se celebró la toma de posesión y en ese acto Banco Mayo C.L. cedió y transfirió al fiduciario todos los activos y la posesión real y ficta de la totalidad de los bienes fideicomitidos, entre los que se encuentran los derechos adquiridos en virtud de los contratos antes mencionados (fs. 268/286).

(vi) El 10 de diciembre de 2001, Rubén Beraja, por escritura Nº 312, sustituyó a favor de Juan Carlos Pessolano el poder especial irrevocable otorgado por Pedro Stier con fecha 26 de marzo de 1998 citado en el punto (i) (fs. 163/165).

(vii) El día 20 de diciembre de 2001, por escritura pública Nº 448 pasada ante la escribana demandada Ana Jordán, Juan Carlos Pessolano, en nombre y representación de Pedro Stier -en virtud de la sustitución de poder, realizado mediante escritura Nº 312, v. pto. (vi), que fue incorporado, junto con el poder especial irrevocable a R. Beraja otorgado por esc. púb. Nº 124 como parte integrante del instrumento público-, transfirió el dominio de los lotes de terreno Nº 34 y 47 ubicados en Villa La Angostura, Departamento Los Lagos, Provincia de Neuquén, a Andrea Fabiana Caletti, como gestora de negocios, luego aceptada por Agro Malen S.A. -conf. esc. Nº 532, 31/12/01-. Consta a fojas 155 vta. la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble. Banco Comafi S.A. pretende, en la causa, la nulidad, inexistencia y/o inoponibilidad de las escrituras públicas Nº 448 -20/12/01- y Nº 532 -31/12/01-.

- V -

En primer lugar, entiendo que constituye sentencia definitiva el pronunciamiento recurrido, que, al hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa, rechazó la demanda promovida, pues lo decidido sella definitiva la cuestión sin posibilidad de que pueda ser planteada en adelante. En ese contexto, y si bien los agravios presentados remiten al estudio de cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del artículo 14 de la Ley Nº 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo decidido se apoya en afirmaciones dogmáticas, que la dan un fundamento sólo apparente y que no encuentran respaldo en las circunstancias comprobadas de la causa y en la aplicación del derecho vigente (v. doctrina de Fallos. 317:832; 325:2965; 326:3043; entre otros), afectando el derecho de defensa en juicio de las partes.

Estimo entonces, asiste razón al recurrente, toda vez que el *a quo* para rechazar la demanda, concluyó que el Banco Comafi S.A. no se encontraba legitimado para entablar la acción (cuyo objeto, reitero, es la declaración de nulidad, inexistencia y/o inoponibilidad de los instrumentos públicos que sustentan la compraventa de los inmuebles en cuestión celebrada por Pedro M. Stier -vendedor- a Agro Malen S.A. -adquirente-), sobre la base de consideraciones dogmáticas, desvinculadas de las concretas circunstancias del caso, de las cuales, por su relevancia, los jueces no debieron dejar de hacer mérito.

Al respecto, es necesario mencionar, en primer lugar, que en el pronunciamiento recurrido fue reconocida la existencia del boleto de compraventa, de fecha 26 de marzo de 1998, por el cual Pedro Stier prometió la venta de los dos lotes en cuestión

a Mayo Holding C.L., quien abonó en dicha oportunidad la totalidad del precio convenido (U\$S3.500.000).

Para ello, los magistrados destacaron que dicho boleto de compraventa fue mencionado en las escrituras públicas Nº 124 (poder especial irrevocable a Rubén Beraja y/o Víctor Liniado otorgado el 26/3/98 al momento de celebrar el boleto de compraventa referido, fs. 1290/1292) y 312 (sustitución a favor de Juan Pessolano, fs. 1293/1295), y que, a su vez, dichos instrumentos formaron parte de las escrituras públicas Nº 448 y 532 (fs. 152/156 y 157/159) mediante las cuales Pedro Stier –representado, en virtud de esos poderes por J. Pessolano– transfirió el dominio de esos mismos lotes a Agro Malén S.A. y cuya nulidad, inoponibilidad y/o inexistencia el actor reclama.

En tales condiciones, cabe precisar, también, que, en esta instancia, no se encuentra en discusión ni la autenticidad del contrato denominado “permuta”, celebrado el 26 de marzo de 1998 -v. punto (ii), del ap. IV del presente dictamen-, mediante el cual –en cuanto aquí interesa- Mayo Holding C.L. cedió a Banco Mayo C.L. los derechos, que como adquirente y habiendo pagado el precio en su totalidad, le correspondían en virtud del boleto de compraventa suscripto el mismo día entre Pedro Stier –vendedor- y Mayo Holding C.L. –adquirente-, valorando especialmente que media reconocimiento expreso de los firmantes (Rubén Beraja, en representación de Mayo Holding C.L., fs. 1015 y Víctor Liniado, en representación de Banco Mayo C.L., fs. 878 y vta.), ni que ese contrato no importó la transferencia de la propiedad de los lotes.

Ahora bien, la inoponibilidad con relación a terceros del instrumento privado que documentó la antedicha “permuta”, como la alegada falta de acreditación de la notificación al deudor cedido –Pedro Stier–, a mi modo de ver, resultan insuficientes para resolver la falta de legitimación activa disputada, desde que no fue estudiado debidamente el alcance real y final de tal efecto contractual y si ello, en el contexto al que me referí en el punto IV del presente dictamen, conducía inevitablemente a la inexistencia de un interés jurídico de la entidad financiera accionante, ponderando especialmente que no fueron discutidos los efectos entre las partes intervenientes, como así tampoco las funciones del banco actor, quien actúa como fiduciario financiero del Fideicomiso constituido por la entidad de control (B.C.R.A.) con los activos excluidos del Banco Mayo C.L., y que tenía a su cargo la liquidación y realización de ellos en beneficio de los titulares de certificados de participación emitidos (v. fs. 195).

En igual medida, la inoponibilidad de la personalidad jurídica

insinuada por los jueces, con sustento en que las personas que suscribieron la citada "permuta" eran el Presidente y Vicepresidente de ambas sociedades, sería hábil, eventualmente, para imputar los actos "abusivos o fraudulentos" a quienes los hayan cometido utilizando a la sociedad como pantalla (conf. art. 54, Ley N° 19.550), pero, sin que haya mediado prueba al respecto, no permite concluir, en mi opinión, la falta de legitimidad del actor, que había asumido la posición contractual de Banco Mayo C.L. -cesionaria de Mayo Holding C.L.- con las funciones que surgen del Fideicomiso y de las resoluciones del B.C.R.A., como organismo de control.

Entiendo oportuno recordar que V.E. ha dicho en reiteradas ocasiones que la excepción de falta de legitimación activa, sólo puede oponerse cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta (v. doctrina de Fallos 310:2943; 317:687; 319:1960; entre otros).

Por último, es dable señalar que la posterior cesión de derechos de Banco Mayo C.L. a Esces S.A. (v. pto. (iii), apartado IV del presente dictamen) de fecha 27 de marzo de 1998 y su invocada resolución, por incumplimiento en el pago del saldo de precio, más allá de la falta de acreditación resaltada por los jueces -que puede resultar relevante para determinar el alcance de las pretensiones de fondo de la parte actora-, no parece impedir al cedente, en principio, realizar todos los actos conservatorios de su crédito.

Todos estos aspectos, debían haber sido ponderados por los magistrados, independientemente de la solución sobre el fondo del asunto, para adoptar una decisión respecto de la legitimación activa del Banco Comafi S.A., máxime cuando en la operatoria en cuestión median circunstancias -al menos- poco claras, que evidencian dos pagos por el mismo inmueble y la falta de cumplimiento de obligaciones asumidas, lo cual ameritaba un análisis en su conjunto.

Resta destacar, al respecto, el ofrecimiento dinerario por parte del titular actual de los lotes -Agro Malen S.A.- vinculado con el saldo impago por la sociedad Esces S.A. que constituía un activo excluido y parte del patrimonio fideicomitido (v. fs. 288/289 y 427), y que, según documentación agregada por la actora, el demandado Beraja y Martín Liniado resultarían ser accionistas de la sociedad Esces S.A. (fs. 287 y 303 vta., informe, que de acuerdo informó el banco accionante, proviene de la I.G.J. con la composición del capital a la fecha del balance al 30/4/97). El propio tribunal actuante, en orden a esa situación, expone su parecer de la siguiente manera (v. fs. 1780 vta./1781):

"esta serie de operaciones fue parte de un único negocio que concluyó con la escrituración a favor de Agro Malen S.A. por venta que le hiciera Stier quien cobró una sola vez el importe del crédito, o se trató desde el comienzo de un negocio siquiera indirecto".

Por último, es menester señalar que los aspectos referidos a la prescripción, no fueron tratados por el pronunciamiento apelado, dada la solución adoptada en relación con la falta de legitimación activa (v. fs. 1470 vta.).

- VI -

En tales condiciones, y sin abrir juicio sobre la solución final que corresponda dar al caso, en mi opinión V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 30 de marzo de 2012

  
\_\_\_\_\_  
MARÍA ALARCÓN DE GONZÁLEZ  
PROFESOR TITULAR ENFERMO  
CORTES SUPREMAS Y CONSTITUCIONALES DE LA NACION

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de agosto de 2019.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Banco Comafi S.A. c/ Agromalen S.A. y otros s/ nulidad de cláusulas contractuales", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

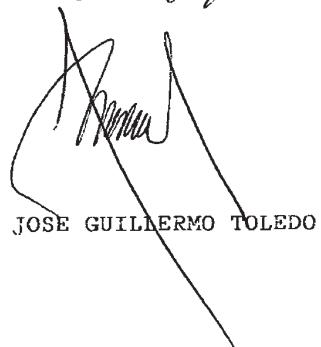
Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se re-

mite por razón de brevedad.

Por ello, con el alcance indicado, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y devuélvase.



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



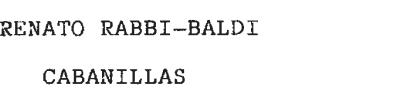
JOSE GUILLERMO TOLEDO



JUAN CARLOS MAQUEDA



RENATO RABBI-BALDI



CABANILLAS

Recurso de hecho interpuesto por Banco Comafi S.A., en su calidad de parte actora, representado por el Dr. Tomás Camps, con el patrocinio letrado del Dr. Luis E. Camps.

Tribunal de origen: Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 53.

BARREYRO, HECTOR GUIDO C/ AMERICA TV S.A. Y OTROS  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS*LIBERTAD DE EXPRESION*

Corresponde confirmar la sentencia que revocó el pronunciamiento que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios por violación al honor y uso no autorizado de la imagen, ya que debe desestimarse el carácter difamatorio toda vez que la entrevista estaba relacionada con una noticia de indudable interés público y de su tenor no se evidencia que hubiese sido editada con el propósito de lesionar el honor del actor o de causarle un daño no se alteró el contenido de la entrevista que fue verdadero. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 935/946 de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala E) revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Héctor Guido Barreyro contra América TV S.A. y Cuatro Cabezas S.A., a raíz de la supuesta violación de su honor y el uso no autorizado de su imagen que fue captada por una cámara oculta en el marco de una investigación periodística vinculada al tráfico de niños difundida por aquel canal en el programa “Punto Doc”.

Para así decidir, sostuvo que el actor prestó consentimiento para la realización de una entrevista periodística con el fin de que fuera transmitida en el mencionado programa y, si bien alegó que la emisión final fue editada y se utilizaron imágenes de su persona que fueron tomadas mediante el uso de una cámara oculta una vez finalizada la entrevista, no se aportó elemento alguno que permitiera tener por acreditados tales extremos. Agregó que no se ofreció ni produjo prueba técnica tendiente

a establecer si la entrevista fue trucada, seleccionándose en forma arbitraria frases o palabras que alteraran el sentido de los dichos del demandante.

Señaló que al conceder la entrevista, a la que concurrieron los periodistas con cámaras y luces, el actor prestó expreso consentimiento a la emisión de su imagen por televisión en el programa señalado y, por lo tanto, estimó improcedente el agravio vinculado al uso indebido de aquélla.

Por otra parte, consideró aplicable la doctrina de la real malicia, pues entendió que el recurrente es una figura pública y realizó "... *declaraciones como ex funcionario de un área vinculada a los niños, además de poseer un cargo relevante en un partido político del lugar en el que las hizo; la noticia es de interés general y no pertenece al ámbito estrictamente privado del actor y tiene relación directa con los intereses públicos, sociales, políticos o institucionales...*".

Agregó que la información respondía a la verdad de las declaraciones efectuadas por el entrevistado y que no existía elemento de juicio alguno que permitiera establecer que se había alterado el contenido o lo central de la información, o que se hubiera desvirtuado el alcance de la entrevista.

Concluyó en que la imagen del actor se transmitió en el contexto de una entrevista periodística aceptada y que los comentarios que aquél había considerado lesivos a su persona no habían sido más que la transmisión de sus propias palabras, con lo que el comentario que hizo fue real. Consideró, asimismo, que el tema sobre el cual se explató era y es de interés general, como lo es todo lo concerniente al tráfico de bebés, y que el mismo actor hasta hacia muy escaso tiempo se había desempeñado como funcionario público de la Nación, en el área de la niñez, circunstancias que conducían a desestimar la demanda.

## - II -

Disconforme con este pronunciamiento, Héctor Guido Barreyro interpuso el recurso extraordinario de fs. 957/975 el que, denegado a fs. 1021, dio origen a la presente queja.

Afirma que la sentencia de la alzada incurre en arbitrariedad, al decidir la existencia de un asunto de interés público actual mediante el cual se justificó la conducta de los demandados y la aplicación de la doctrina de la "real malicia". En este sentido, relata que el informe televisivo cuestionado se inició con una investigación a la doctora Ancarani, de resultas de la cual se le atribuía integrar o liderar una banda dedicada al tráfico de niños recién nacidos. Señala que se iniciaron dos causas judiciales para investigar tales hechos, una en Capital Federal y otra en Mar del Plata, en la que había aparecido involucrado un familiar suyo. Agrega que en ambas los imputados fueron sobreseídos mediante resoluciones judiciales con fecha anterior al informe emitido por el programa "Punto Doc" lo que, a su juicio, demuestra la inexistencia de un interés público actual al momento de la emisión de este último.

Se agravia porque los magistrados consideraron aplicable la doctrina de la real malicia como eximente o atenuante de la responsabilidad de las demandadas y porque se efectuó una equivocada interpretación de los alcances de tal doctrina. Luego de discurrir sobre sus orígenes, significado y su incorporación a la jurisprudencia de la Corte, señala que ni la entrevista periodística ni el informe emitido por el programa "Punto Doc" estuvieron vinculados al rol que cumplía como ex funcionario del Ministerio de Salud de la Nación, arguye al respecto de que no es una figura pública, sino un ciudadano común, por lo cual no corresponde la aplicación de la mencionada doctrina de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte.

Añade que la sentencia contiene dos postulados

antagónicos y contradictorios sobre la misma cuestión y por ello es ilógica y arbitraria. Indica que ello es así pues, por un lado, la resolución de la alzada declara que correspondería a las demandadas desvirtuar los dichos del actor aportando la versión completa de la filmación a fin de establecer el contenido de la entrevista, en virtud de la carga probatoria dinámica, sin embargo, concluye en que el actor no aportó elemento probatorio alguno que permita tener por acreditado los cambios o modificaciones en el contenido de la entrevista, llevándola al terreno de la arbitrariedad.

Alega que la alzada ha fundado parte de su sentencia en un incorrecto y parcial análisis de la prueba realizada en autos pues, a su juicio, quedó acreditado, mediante la declaración de testigos, que el material filmado fue objeto de edición y que fueron seleccionados ciertos tramos de la entrevista. Se queja de que los juzgadores hayan entendido que su parte no probó mediante informe pericial que la cinta fue alterada o trucada, sin considerar la prueba testimonial antes mencionada.

Sostiene que, si bien hubo una entrevista pactada, las frases que configuran las ofensas por las que se demanda fueron filmadas y grabadas con “cámara oculta”, lo que afectó su derecho a la imagen.

- III -

Ante todo, cabe recordar que la cámara señaló a fs. 976 —al denegar por primera vez la apelación extraordinaria— que el recurrente no había observado en debida forma la exigencia del art. 2º de la acordada 4/2007 en lo que concierne a la presentación, junto al recurso, de una carátula donde deben consignarse una serie de datos que allí se mencionan.

Considero que el cumplimiento de este requisito formal, como así también los relativos a la presente queja, corresponde que sean examinados, en principio, por esa Corte, en atención a que se refieren al dictado del citado reglamento.

Por ende, de estimar el Tribunal que los defectos que la cámara reprocha a la apelación extraordinaria no son esenciales ni importan un obstáculo insalvable para admitirla, podría dejar de lado tales reparos para el caso de autos y realizar el examen de las cuestiones que aquél plantea ante vuestro estrado, eventualidad frente a la cual ingreso al tratamiento del tema de fondo del recurso.

- IV -

La apelación extraordinaria es formalmente admisible, en los términos del art. 14 de la ley 48, ya que el tribunal superior de la causa decidió definitivamente la controversia en torno a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión, la intimidad e imagen (arts. 14, 32 y 19 de la Constitución Nacional) en forma contraria a las pretensiones del recurrente.

Además, V.E. tiene dicho que cuando se discute el alcance que cabe asignar a un precepto de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo* sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 310:2200; 322:1754; 330:2286, entre muchos otros).

En lo concerniente a las causales de arbitrariedad invocadas, estimo que se vinculan de modo no escindible con los temas federales discutidos, en consecuencia, al guardar ambos aspectos estrecha relación entre si, considero que deben ser examinados en forma conjunta (conf. doctrina de Fallos: 308:1076; 322:3154; 323:1625; 329:1631, entre muchos otros).

- V -

El apelante fundó el planteo de lesión a la privacidad en

que su imagen fue captada en forma clandestina mediante la utilización de una cámara oculta, después de que había finalizado la entrevista concedida al programa “Punto Doc”.

A fin de resolver dicha cuestión es forzoso establecer si la conducta reprochada en esta causa se halla incluida en la esfera de actividad protegida por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional sobre la libertad de expresión de los medios periodísticos o si, por el contrario, ha vulnerado los límites trazados por su art. 19 que otorga apoyo al derecho a la privacidad que el actor aduce lesionado.

La libertad de expresión que consagran los arts. 14 y 32 contiene, según tiene resuelto la Corte, la de dar y recibir información. Tal objeto ha sido especialmente contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos que, al reconocer el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y expresión, declara como comprensiva de aquélla la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección (v. art. 13, inc. 1º). De modo análogo también lo prevén la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19, incs. 1º y 2º).

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 y 330:3640)— ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes (caso “Tristán Donoso vs. Panamá.

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas” sentencia del 27 de enero de 2009, serie C 193 y reiterada recientemente en “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 29 de noviembre de 2011).

En ese sentido, resulta necesario remarcar el plano destacado que adquiere el derecho a la libertad de expresión cuando su ejercicio se relaciona con cuestiones de interés público. Así pues, V.E. ha indicado que la Ley Suprema confiere al derecho a dar y recibir información una especial relevancia que se hace aún más evidente para con la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan trascendencia para el interés general (Fallos: 316:1623).

Por otra parte, el derecho a la privacidad e intimidad cuyo fundamento se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional, también está protegido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

V.E. en el caso “Ponzetti de Balbin” tuvo oportunidad de expresar que el derecho que consagra dicho precepto de la Constitución ampara la autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y todos los hechos o datos y formas de vida que la comunidad considera reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. Y agregó que, en esos casos, la intrusión sólo podrá justificarse si se encuentra avalada por ley y siempre que **medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen** (Fallos: 306:1892).

En este último sentido, la Corte sostuvo que el legislador

ha prohibido como regla la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, **que sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho** (Fallos: 311:1171).

A su vez, en la causa “Franco, Julio César c/ Diario la mañana y/u otros s/daños y perjuicios” (Fallos: 330:4615), V.E. señaló que el derecho a la privacidad se halla especialmente protegido como se desprende con meridiana claridad del art. 19 primera parte de la Constitución Nacional, ya que no se puede interferir en el ámbito de las acciones privadas salvo que ofendan el orden y la moral pública o perjudiquen a terceros, pues dichos actos privados no sólo son ajenos a la autoridad de los magistrados, sino protegidos de la intromisión de terceros, siempre y cuando **no se hallen implicados asuntos institucionales o de interés público** ni sean atinentes a funcionarios o figuras públicas.

En consecuencia, la existencia del interés público implica un límite al derecho a la privacidad y a la imagen. Puede decirse que dicho interés es aquel que concierne a cuestiones que trascienden el marco natural de la causa, los intereses de las partes y compromete o afecta a la comunidad toda.

Cabe tomar en cuenta, a la luz de la doctrina antes expuesta, que en el caso *sub examine*, la información relativa al tráfico de bebés en la Provincia de Misiones unida al hecho de que el mismo actor hasta hacía muy escaso tiempo se había desempeñado como funcionario público de la Nación en la cartera de salud constituyeron la causa principal y un elemento central e inseparable de los hechos difundidos en el programa.

Al resultar evidente, como se dice en la sentencia apelada, que el medio periodístico se encontraba realizando investigaciones tendientes a averiguar sobre el tráfico de niños, función en la que subyace un interés o preocupación primordial de la sociedad en el asunto, debe otorgarse

prevalencia al derecho a la libertad de expresión y al de dar y recibir información, fundamentales en nuestro sistema democrático, por sobre el derecho a la privacidad y a la imagen consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, pues existe un tema de interés público que así lo amerita.

Asimismo, entiendo necesario acotar que el asunto genérico —referido al tráfico de niños en la Provincia de Misiones— sobre el cual versó la entrevista durante la cámara oculta ha gozado de una amplia difusión antes, contemporáneamente y después de ella, por ende, la televisación de la entrevista vinculada al tema indicado no excede el límite legítimo y regular del derecho a la libertad de expresión y a la información a los que atañe V.E. y consagra nuestra Constitución.

Ello es así, mas aun si advierte la especial protección a los derechos de la infancia que prevén tanto la Convención Americana aludida (arts. 13.4, 19 y 27.2) como la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 —en especial la reserva de la República Argentina, plasmada en su art. 2º, con el objeto de “impedir el tráfico y venta de niños”— y el art. 3º de la Convención que proporcionan un parámetro objetivo para resolver los conflictos en los que están involucrados los temas referidos a menores. Es a partir de allí que en las contiendas judiciales, que les conciernen de modo directo o indirecto, la solución debe ser aquella que resulte de mayor beneficio para su protección y garanticen esa finalidad por parte de la familia, de la sociedad y del Estado (conf. art. 19 de la Convención Americana citada).

– VI –

Por otra parte, el recurrente también alega que se ha

afectado su derecho al honor. A fin de examinar este agravio, estimo conveniente transcribir el fragmento del programa que reproduce las declaraciones del actor: "*Mi nombre es Héctor Guido Barreyro, soy médico pediatra*", aquí se escucha una voz que dice "*Guido Barreyro es sobrino de Santiago Barreyro y amigo de la diputada Godoy*". Entonces aparece el cartel que indica "*cámara oculta*" y una voz dice "*hay una causa contra un médico, Eduardo Barreyro, que tiene que ver con un tema de tráfico de bebés, un médico pediatra, persona mayor en este momento, él hijo tiene una clínica de ojos*", el actor contesta "*no, ese es mi tío*". Luego una voz aclara: "*Barreyro es funcionario del Ministerio de Salud de la Nación. Supervisa en Misiones el plan médicos de cabecera. Sin embargo para él es normal que su tlo haya firmado una partida de nacimiento falsa. Pese a que Misiones es la principal provincia en denuncia de venta de niños*", luego otro periodista pregunta "*pero ¿firmó una partida de nacimiento?*", Barreyro contesta "*puede ser que haya firmado una partida de nacimiento*". Una voz expresa: "*eso mirá yo te digo es medio normal*". Barreyro responde "*eso no es normal es recontranormal*". El periodista le pregunta "*¿es algo así, tan común?*", a lo que Barreyro señala "*por ejemplo, vengas y me pidas a mí, eh que querés un chico para tu hermano que necesitás y me decís a ver como yo puedo. Si yo me entero un caso ¿entendés? Un caso, yo te llamo*" (sic).

Así los hechos, estimo que la cámara resolvió adecuadamente la controversia, sin que el recurrente haya rebatido con total suficiencia en su escrito de apelación extraordinaria los argumentos del pronunciamiento. En efecto, el *a quo* consideró que no hubo difamación en contra del actor, pues las palabras que se le atribuyeron en el programa televisivo no resultaron inexactas —al menos, no se había demostrado que lo fueran— y si bien provinieron del propio accionante, en el mejor de los

casos podrían haber resultado agraviantes para su tío, mas no para él.

Al margen de considerar que la existencia de un efectivo gravamen que afecte a quien deduce la apelación constituye uno de los recaudos jurisdiccionales cuya previa comprobación condiciona la admisibilidad de todo recurso, no se advierte arbitrariedad en la conclusión del *a quo* o un juicio desprovisto de fundamentos, a la luz de los antecedentes fácticos de la causa de los cuales no surge que el medio periodístico haya distorsionado los dichos del accionante, ni que le hubiera imputado hecho alguno relacionado con el tráfico de niños.

En conclusión, estimo que debe desestimarse el carácter difamatorio de la nota cuestionada, toda vez que la entrevista estaba relacionada con una noticia de indudable interés público y de su tenor no se evidencia que hubiese sido editada con el propósito de lesionar el honor del actor o de causarle un daño y, más allá de que algunas de sus palabras o de sus frases pudieron haber sido suprimidas del programa televisado, no se alteró el contenido de la entrevista que fue verdadero.

— VII —

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar admisibles la queja y el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada, en cuanto ha sido materia de este último.

Buenos Aires, 26 de junio de 2012.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A fin de evacuar la vista que se me corre en estas actuaciones, remito a lo expresado en mi dictamen del día de la fecha en el expediente B.1372.XLIII. "Barreiro, Héctor Guido c/ América TV SA y otros", a cuyos términos y conclusiones cabe reiterar aquí en razón de brevedad.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde declarar admisibles el recurso extraordinario y la queja y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 26 de junio de 2012.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *27 de agosto de 2013.*

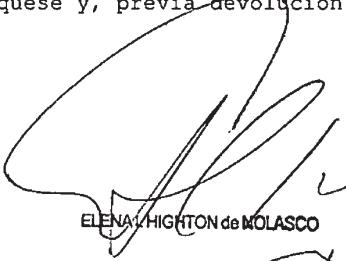
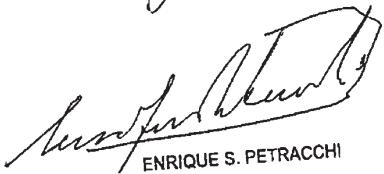
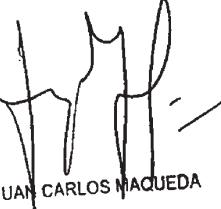
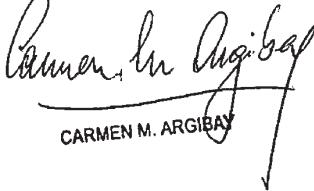
Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Barreyro, Héctor Guido c/ América TV S.A. y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador General, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad.

Por ello, se declaran procedentes los recursos de queja, admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese las quejas al principal. Notifí-

quese y, previa devolución de los autos principales, archívense.

  
ELENA HIGHTON de MOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
JUAN CARLOS MACUEDA  
CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por Héctor Guido Barreyro, representado por el Dr. Alfonso Ramón Arrechea, con el patrocinio de la Dra. Marisa Graciela Myslicki.

Tribunal de origen: Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 110.

---

FLORES NUÑEZ, ROBERTO RAMON  
C/ SAN JUAN, PROVINCIA DE Y OTROS  
S/ DAÑO AMBIENTAL

### *DAÑO AMBIENTAL*

Si de los términos de la demanda por daño ambiental colectivo deducida en los términos del artículo 30 de la ley 25.675 se desprende que su resolución exigirá ineludiblemente el examen del acto administrativo de aprobación del informe de impacto ambiental presentado por la concesionaria y de las normas locales en las que se sustentó dicho acto, se verifica la naturaleza civil de la materia, requisito ineludible para habilitar la competencia originaria del Tribunal en las causas de distinta vecindad cuando una provincia es parte.

## *DAÑO AMBIENTAL*

Cabe declarar la incompetencia de la Corte para entender por vía originaria en la demanda por daño ambiental colectivo deducida en los términos del artículo 30 de la ley 25.675, dado que dicha competencia procede en aquellos casos en que, además de una provincia, es parte un ciudadano extranjero siempre que se trate de una “causa civil” (artículo 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58), extremo que no se verifica en el caso en tanto se trata de un litigio que habrá de resolverse sobre la base de actos y normas que forman parte del derecho público provincial, y en tales condiciones la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial.

## *COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA*

En aquellos supuestos en los cuales se acredita la distinta vecindad del actor respecto del Estado local demandado, la competencia originaria de la Corte procedería en los juicios en que una provincia es parte si a la distinta vecindad de la contraria se une el carácter civil de la materia en debate.

## *DAÑO AMBIENTAL*

Cabe declarar la incompetencia de la Corte para entender por vía originaria en la demanda por daño ambiental colectivo deducida en los términos del artículo 30 de la ley 25.675, pues las actuaciones no guardan similitud con la causa “Pla, Hugo Alfredo” (Fallos: 331:1243), en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre en este proceso, en aquél se encontraba acreditado con el grado de convicción suficiente que las inundaciones denunciadas e impactaban negativamente en bienes interjurisdiccionales, en cambio, 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 provinciales.

## *LIMITES INTERJURISDICCIONALES*

El examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito -determinación del carácter interjurisdiccional del daño denunciado- debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local (Voto del juez Enrique S. Petracchi).

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Roberto Ramón Flores Núñez, en su carácter de “afectado” y vecino del departamento de Felipe Varela (Santa Clara, Guandacol), Provincia de La Rioja (v. fs. 2), promueve demanda por daño ambiental colectivo, en los términos del art. 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, contra Minas Argentinas S.A. (MASA), en su carácter de concesionaria de la explotación del proyecto minero a cielo abierto denominado “Gualcamayo” en la Provincia de San Juan y contra la Provincia de San Juan, en su condición de autoridad concedente, a fin de obtener:

- (a) que se las condene a la recomposición del ambiente dañado y que se dañe en el futuro, ordenando su restablecimiento al estado anterior al inicio de sus actividades o, en su defecto, al pago de la indemnización sustitutiva que se determine,
- (b)y, en particular, a la concesionaria, a que contrate un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de tal recomposición a raíz de la actividad minera de prospección, exploración, explotación, cierre y post-cierre de tal proyecto (conf. art. 22 de la ley 25.675 General del Ambiente).

Manifiesta que la exploración y explotación del yacimiento minero a cielo abierto que opera la actora es una actividad altamente riesgosa, que conlleva de modo intrínseco la afectación del medio ambiente del área en que se sitúa, por las descargas de residuos peligrosos que se producen en los recursos hídricos, por la producción de contaminantes químicos provenientes principalmente de las oxidaciones minerales que contienen azufre, por la contaminación del aire y por la modificación

geomorfológica del paisaje que es de una gran riqueza arqueológica.

Señala que el proyecto está ubicado en el departamento de Jáchal, Provincia de San Juan, y se asienta sobre el Río Gualcamayo-Los Piojos, lugar que constituye el límite natural entre la Provincia de San Juan y la Provincia de La Rioja, el cual integra la cuenca interjurisdiccional del Río Bermejo-Desaguadero, que atraviesa las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa (v. Plano 2.8).

Además, indica que, con apoyo en el Informe de Impacto Ambiental (IIA) presentado por la concesionaria a la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de San Juan (que acompaña como prueba documental), el proyecto impacta sobre una superficie de aproximadamente 717 ha y alcanza tanto a los recursos hidrológicos superficiales como a los subterráneos, quedando en ella comprendido el Río Bermejo-Desaguadero, cuyo caudal y calidad del agua se verán modificados negativamente por dicha actividad minera.

En efecto, aduce que la empresa efectúa, mediante las perforaciones de dos pozos, una retracción de 45 litros por segundo de agua subterránea del Río Gualcamayo, que tiene una potencia de producción total de 70 litros por segundo, es decir, que ello equivale al 64,28 % del total de su caudal, lo que produce un descenso de su curso de aproximadamente dos metros durante doce años (conf. art. 5º de la ley 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas).

A ello se suma, según lo reconoce la demandada en el I.I.A., la utilización del agua extraída de aquel río para lixiviatar con cianuro de sodio millones de toneladas de roca, cuyo producido luego es también depositado en dicho recurso, por lo que concluye que se encuadra así la actividad de la demandada en la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, pues comprende la generación, manipulación, el transporte y la disposición final de esa

sustancia sobre la cuenca hídrica.

Arguye que todo esto sucede a tan sólo 10 km de las localidades de Santa Clara, Guandacol, y de San Bernardo en la Provincia de La Rioja, cuyas poblaciones utilizan el agua subterránea de aquel recurso.

Por lo tanto, sostiene que tiene legitimación para promover este juicio, toda vez que es vecino de la localidad de Santa Clara, distrito de Guandacol, departamento de Felipe Varela, Provincia de La Rioja, que limita con el departamento de Jáchal, Provincia de San Juan, en el que se asienta el proyecto, es decir, dentro de su área de influencia económica y social, cuyo daño y riesgo ha sido reconocido por la demandada en el I.I.A.

Aduce que los efectos de la condena a dictarse en autos deberá extenderse a MASA Inc. Barbados, Viceroy Exploration Lyd. y Yamana Gold Company, que integran el *holding* de compañías con la empresa demandada, a los presidentes de los respectivos directorios y a los responsables técnicos del Informe de Impacto Ambiental presentado por la demandada ante las autoridades provinciales. Con tal propósito, solicita que se libre oficio a tales empresas para que se remita la nómina de los respectivos directorios.

Pretende, a su vez, que se cite como terceros a juicio, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al Estado Nacional, por intermedio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, como autoridad de aplicación de las leyes 25.675 General del Ambiente y 25.688 del Régimen de Gestión de Aguas, y de la Secretaría de Cultura, como autoridades de aplicación de la ley 25.473 sobre Protección del Patrimonio Arqueológico; al Comité de Cuenca del Río Desaguadero -Colorado, a las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, por ser titulares de las jurisdicciones territoriales afectadas, y al Defensor del Pueblo de la Nación.

Además, como medida para mejor proveer, requiere que se libre oficio a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, a fin de que efectúe una evaluación de la zona de influencia del referido proyecto para demostrar el estado del ambiente, certificar el alcance de los daños producidos y que continúen produciéndose y los posibles riesgos que pudiera generar.

Funda su pretensión en el art. 41 de la Constitución Nacional, en las leyes nacionales 24.051 de Residuos Peligrosos, 25.473 sobre Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, 25.675 General del Ambiente, 25.688 del Régimen de Gestión de Aguas y en los arts. 17, 233, 246, 248, 249 y 253 del Código de Minería, entre otros.

A fs. 74 vta., se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

A fs. 76, este Ministerio Público solicitó la remisión de la prueba documental reservada en la Secretaría de Juicios Originarios.

A fs. 77, se volvió a correr vista del expediente juntamente con la documental requerida.

- II -

Cabe señalar que en los procesos referidos a cuestiones ambientales la competencia originaria procede si es parte una provincia y la causa reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. 7º, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente 25.675, que dispone que la competencia corresponderá al los tribunales federales cuando “*el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales*”.

Asimismo, la Corte a través de distintos precedentes ha delineado

los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo que en primer término debe delimitarse el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse de un recurso ambiental interjurisdiccional (*Fallos: 327:3880* y *329:2316*) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial. Es decir, que abarque a más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción (*Fallos: 330:4234; 331:1679* y dictamen de este Ministerio Público *in re M. 853.XLIV, Originario, “Municipalidad de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ amparo [daño ambiental]*, del 29 de agosto 2008).

En este orden de ideas cabe recordar que V.E. entiende que la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que, es preciso demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación —según los términos de la LGA— de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad, o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas (*Fallos: 329:2469* y *330:4234*).

En el *sub lite*, según se desprende de los términos de la demanda y del Informe de Impacto Ambiental agregado al expediente como prueba documental, el proyecto minero a cielo abierto denominado “Gualcamayo” si bien está ubicado en el departamento de Jáchal, Provincia de San Juan, tendrá un impacto sobre una superficie de aproximadamente 717 ha; lo que —*prima facie*— produce y producirá modificaciones negativas sobre su

geomorfología, aguas superficiales y subterráneas, atmósfera, suelo, flora, fauna, ámbito sociocultural y visual (Plano 2.1).

El yacimiento está ubicado aproximadamente a 220 km al Norte de la Ciudad de San Juan y limita al Norte y al Este con la Provincia de La Rioja, al Sur con las provincias de Mendoza y San Luis, y al Oeste con Chile (Sección 5. apéndice 1).

Entre las poblaciones de mayor impacto se menciona expresamente a la localidad de Santa Clara, Guandacol, Provincia de La Rioja (Sección 4), lugar en donde reside el actor.

Dentro de esa área de impacto queda comprendida la cuenca interjurisdiccional del Río Bermejo-Desaguadero, que atraviesa las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa (Plano 2.8), pues el actor denuncia que el yacimiento se asienta sobre el Río Gualcamayo-Los Piojos que forma parte de aquélla (Sección 7).

En tal sentido la Ley del Régimen de Gestión de Aguas, 25.688, dispone que se entiende “*por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas*” (art. 2º), la cual es considerada como una “*unidad ambiental*” de gestión del recurso, de carácter “*indivisible*” (v. art. 3º).

A su vez en el art. 6º puntualiza que para poder utilizar las aguas objeto de la ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente y que “*En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen*”

En tales condiciones y toda vez que el producido de la lixiviación con cianuro de sodio de millones de toneladas de roca es depositado por la demandada en dicha cuenca interjurisdiccional, entiendo que la causa está comprendida en el art. 1º de la de la ley nacional 24.051, pues debe ser la Justicia Federal quien determine si éste puede considerarse "*residuo peligroso*" en los términos de su anexo II y si podría afectar a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de la provincia donde son generados (conf. art. 58), cuestión que a esta altura de la investigación no puede descartarse.

En relación con la citación como terceros que efectúa la actora de las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pienso que resulta procedente, pues la controversia les es común, toda vez que son las titulares del dominio del recurso ambiental que se pretende tutelar (Río Bermejo-Desaguadero) y respecto del cual cada una ejerce la jurisdicción, por su condición de estados ribereños.

Por ello, puede afirmarse también que concurren en la causa los extremos que autorizan a considerar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vincula a las partes en el proceso, la cual, a mi juicio, es de carácter inescindible, pues exige ineludiblemente la integración de la litis con los titulares del dominio del bien colectivo presuntamente afectado, a los fines de que la sentencia pueda ser pronunciada útilmente (confr. dictamen *in re* A.556, L.XLIII, Originario "Asociación de Superficierios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ medida cautelar", del 5 de diciembre de 2007).

Con apoyo en iguales fundamentos este Ministerio Público

considera necesaria la integración de la litis con el Estado Nacional, en tanto se encuentra en juego la preservación y protección de la cuenca del Río Bermejo-Desaguadero de carácter interjurisdiccional (conf. leyes 25.675 General del Ambiente y 25.688 del Régimen de Gestión de Aguas).

En razón de lo expuesto, dado el carácter federal de la materia en debate y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforadas a esta jurisdicción originaria de la Provincia de San Juan y del resto de los estados locales citados, opino que la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar que la causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

Buenos Aires, 11 de agosto de 2009.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de agosto de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 7/63 el señor Roberto Ramón Flores Núñez, quien invoca la condición de "afectado" y de vecino de la localidad de Santa Clara, departamento de Felipe Varela, Provincia de La Rioja, promueve demanda por daño ambiental colectivo en los términos del artículo 30 de la ley 25.675, contra Minas Argentinas S.A. (MASA), en su carácter de concesionaria de la explotación del proyecto minero denominado "Gualcamayo" ubicado en la Provincia de San Juan, y contra dicho Estado provincial, en su calidad de autoridad concedente, a fin de obtener: a) que se las condene a la recomposición del ambiente dañado y que se dañe en el futuro, ordenando su restablecimiento al estado anterior al inicio de sus actividades o, en su defecto, al pago de

la indemnización sustitutiva que se determine; b) que se obligue a la concesionaria a la contratación de un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de tal recomposición a raíz de la actividad minera de prospección, exploración, explotación, cierre y post-cierre del proyecto (artículo 22 de la Ley General del Ambiente), y c) que se requiera a ese fin a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación una evaluación de la zona de influencia del referido proyecto para acreditar el estado del ambiente, certificar el alcance de los daños y los riesgos introducidos en relación a las normas de presupuestos mínimos de aplicación al caso.

Sostiene que la exploración y explotación del yacimiento minero a cielo abierto que opera la demandada, es una actividad altamente riesgosa que conlleva de modo intrínseco la afectación del medio ambiente del área en que se sitúa por las descargas de residuos peligrosos que se producen en los recursos hídricos, por la producción de contaminantes químicos provenientes principalmente de las oxidaciones minerales que contienen azufre, por la contaminación del aire y por la modificación geomorfológica del paisaje que es de una gran riqueza arqueológica.

Señala que el proyecto está ubicado en el departamento de Jáchal, Provincia de San Juan, y se asienta sobre el río Gualcamayo-Los Piojos que constituye el límite natural entre dicha provincia y La Rioja, e integra la cuenca interjurisdiccional del río Bermejo-Desaguadero, que atraviesa las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa.

Indica que dicha explotación minera impacta sobre una superficie de aproximadamente 717 hectáreas y alcanza tanto a los recursos hidrológicos superficiales como a los subterráneos, quedando en ella comprendido el río Bermejo-Desaguadero, cuyo caudal y calidad de agua se verán modificados negativamente por la actividad minera.

Aduce que la empresa demandada, mediante las perforaciones de dos pozos, detrae 45 litros de agua subterránea por

segundo del río Gualcamayo, y que la detacción equivale al 64,28% de su caudal. A ello se suma –según afirma– la utilización del agua extraída del río para lixiviar con cianuro de sodio millones de toneladas de roca, cuyo producido luego es depositado en dicho recurso, por lo que concluye que la actividad desarrollada encuadra en las previsiones de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, pues comprende la generación, manipulación, el transporte y la disposición final de esa sustancia sobre la cuenca hidrica.

Destaca que todo esto sucede a tan sólo 10 kilómetros de la localidad de Santa Clara, departamento de Coronel Felipe Varela, Provincia de La Rioja, cuya población utiliza el agua subterránea de aquel recurso. Funda su legitimación en su condición de vecino de la localidad referida, que se encuentra dentro del área de influencia económica y social del proyecto.

Pretende, a su vez, que los efectos de la sentencia que se dicte se extiendan a MASA Inc. Barbados, Viceroy Exploration Ltd. y Yamana Gold Company –que integran el holding de compañías con la empresa demandada–, a los presidentes de los respectivos directorios y a los responsables técnicos del informe de impacto ambiental presentado ante las autoridades provinciales.

Solicita asimismo que se cite como terceros, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al Estado Nacional por intermedio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la Secretaría de Cultura, en su condición de autoridades de aplicación de las leyes 25.675, 25.688 y 25.473, respectivamente; a las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, en su carácter de integrantes del Comité de Cuenca del Río Desaguadero-Colorado y por ser titulares de las jurisdicciones territoriales afectadas; al Defensor del Pueblo de la Nación y al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

Funda su pretensión en el artículo 41 de la Constitución Nacional, en el "Protocolo de San Salvador", en la "Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica", en la "Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático", en la "Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación", en las leyes nacionales 24.051, 25.612, 25.743, 25.675, 25.688 y en los artículos 17, 233, 246, 248, 249 y 253 del Código de Minería.

2º) Que, por las razones y fundamentos que seguidamente se expondrán, la presente causa no corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

3º) Que en lo concerniente a la determinación de la pretendida competencia originaria de esta Corte, corresponde señalar que al ser la parte demandada una provincia y en atención a que el artículo 7º, segunda parte, de la LGA establece la competencia de los tribunales federales cuando la demanda trata sobre la afectación (degradación o contaminación) de "recursos ambientales interjurisdiccionales", debe examinarse, en primer lugar, si concurre este último supuesto dado que, si se configura, sería la Corte Suprema el único tribunal federal competente. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, existe una imposibilidad primaria de obligar a una provincia a comparecer ante los magistrados federales inferiores en razón de su investidura (Fallos: 315:2157), restricción que sólo cede, según la misma jurisprudencia, cuando ha operado la prórroga de la jurisdicción.

Por tratarse de una salvedad al funcionamiento de las reglas comunes para la determinación del tribunal competente, una adecuada utilización de este criterio especial por los jueces federales requeridos impone a la parte que promueva su intervención la carga de definir con toda precisión cuál sería el recurso ambiental, su extensión y de qué manera el "acto, omisión o situación" degradarian dicho recurso de manera integral,

es decir, afectando a más de una jurisdicción. Ante el incumplimiento de dicha carga, el principio obliga, entonces, a remitir el caso a los tribunales ordinarios.

4º) Que el intento de la parte actora de fundar la competencia originaria en la cláusula legal precitada, no habrá de prosperar desde que a esos fines no basta con la mera afirmación de una afectación ambiental interjurisdiccional (fs. 14 vta. y 17 vta.) Tal afirmación debe contar con algún respaldo en elementos objetivos que permitan al Tribunal formarse un juicio al respecto, en especial cuando el mencionado carácter interjurisdiccional del recurso afectado no resulta manifiesto.

En este sentido debe interpretarse lo dicho por esta Corte en Fallos: 329:2469 acerca de que "la determinación de la naturaleza federal del pleito [...] debe ser realizada con particular estrictez de acuerdo con la indiscutible excepcionalidad del fuero federal, de manera que no verificándose causal específica que lo haga surgir, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local".

5º) Que en virtud de las consideraciones precedentes, es preciso indicar que las presentes actuaciones no guardan similitud con la causa "Pla, Hugo Alfredo y otros c/ Chubut, Provincia del y otros s/ amparo" (Fallos: 331:1243), en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre en este proceso, en aquél se encontraba acreditado con el grado de convicción suficiente que las inundaciones allí denunciadas obedecían a causas antrópicas que generaban excesivos desbordes en la cuenca interjurisdiccional del río Puelo y que impactaban de manera negativa en el Parque Nacional Lago Puelo y en la Reserva de Biósfera Transfronteriza Andino Patagónica.

En este caso, tal como fue expuesto, no se ha demostrado que la actividad desarrollada por las empresas demandadas pudiera afectar al ambiente más allá de los límites territoriales sanjuaninos.

6º) Que, una vez determinada la falta de concurrencia en el caso de un supuesto de afectación a bienes interjurisdiccionales, corresponde entonces examinar si procede la competencia de los tribunales federales de acuerdo con las reglas usuales de persona, materia o territorio (artículo 7º, primera parte LGA). Ello así, puesto que de proceder y en atención al carácter de la parte demandada, el caso correspondería a la competencia originaria del Tribunal.

7º) Que, en este sentido, cabe advertir que en aquellos supuestos en los cuales se halla acreditado la distinta vecindad del actor respecto del estado local demandado, la competencia originaria de la Corte procedería en los juicios en que una provincia es parte si a la distinta vecindad de la contraria se une el carácter civil de la materia en debate (doctrina de Fallos: 269:270; 272:17; 294:217; 310:1074; 313:548; 323:690 y 843; 324:732, entre muchos otros).

En la presente causa no cabe sin embargo asignar naturaleza civil a la materia del pleito: de los términos de la demanda, a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia (Fallos: 306:1056; 308:229, 1239 y 2230, entre otros), se desprende que su resolución exigirá ineludiblemente el examen del acto administrativo de aprobación del informe de impacto ambiental presentado por la concesionaria para la etapa de explotación del proyecto "Gualcamayo" (resolución 104-EM-2007 de la Secretaría de Estado de Minería de San Juan) y de las normas locales en las que se sustentó dicho acto.

En consecuencia, al no verificarse la naturaleza civil de la materia, no se completa el requisito ineludible para habilitar la competencia originaria del Tribunal en las causas de distinta vecindad de la contraria cuando una provincia es parte.

8º) Que tampoco surge en el caso la competencia originaria del Tribunal con fundamento en la pretensión del actor

de que se hagan extensivos los efectos de la eventual condena que pudiera resultar de este proceso a las firmas "MASA Inc. Barbados", "Viceroy Exploration Ltd." y "Yamana Gold Company" en la calidad de controlantes o vinculadas que —según afirma el actor— revestirían respecto a la empresa nacional demandada.

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" (artículo 24, inc. 1º, 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 sobre la base de actos y normas que forman parte del derecho público provincial. 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, "Rauhut"*).

9º) Que con respecto a los terceros cuya citación se requiere en la demanda —Estado Nacional, provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, Defensor del Pueblo de la Nación y COFEMA—, el actor no aporta argumento alguno que autorice a admitir el pedido.

No se advierte cuál sería la relación sustantiva entre las partes del juicio y los sujetos mencionados que resultaría accesoria o de algún otro modo vinculada con las que son materia del pleito, de modo tal que la controversia resulte común a una y otra, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En efecto, ningún papel tienen en la eventual contratación por las empresas concesionarias de la provincia de San Juan de una póliza por los posibles daños ambientales que ocasione su actividad. Tampoco pueden convertirse en acreedores o deudores de las indemnizaciones que la demanda solicita para el caso de que se demuestre la producción de daños previos a la vigencia de la cobertura exigida.

No obsta a lo expuesto, el pedido de informes que se solicita a la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Susten-

table, en tanto el cumplimiento de dicha medida no justifica legitimar pasiva ni activamente al Estado Nacional.

10) Que en lo que respecta a la citación de las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, es preciso indicar que, aún cuando dichos estados provinciales integren nominalmente el "Comité de Cuenca del Río Desaguadero", no se configura en el caso una comunidad de controversia que justifique la admisión del planteo en tanto no surge de los elementos aportados al expediente que la explotación minera pudiera causar impacto ambiental sobre alguna de las jurisdicciones referidas.

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 sanjuaninos.

Por las razones expuestas, oída 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 articulo 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese y comuníquese a la señora Procuradora General.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

  
  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
CARMEN M. ARGIBAY

-//-VO

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º y 2º del voto de la mayoría.

3º) 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 sólo excepcionalmente a los del fuero federal en aquellos casos en los que se encuentren afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones (conf. articulo 7º, ley 25.675). En casos como el aquí examinado, en la que se ponen en tela de juicio cues-

tiones concernientes al derecho público local, el litigio no debe ventilarse en la instancia originaria de este Tribunal, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios del derecho provincial, dictado en uso de facultades reservadas de las provincias (artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional).

4º) Que resulta propicio recordar que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal. En uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (arts. 116, 117 y 127 de la Constitución Nacional; Fallos: 311:489; 318:992; 329:2280).

5º) Que el hecho de que la demandante sostenga que la presente causa concierne a normas de naturaleza federal –las leyes nacionales y tratados internacionales invocadas– no funda *per se* la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa “directa y exclusivamente” en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244 y sus citas), pero no cuando, como sucede en la especie, 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 318:992), como son los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada.

6º) Que más allá del intento efectuado por la actora

en el extenso escrito inicial para justificar la jurisdicción originaria de esta Corte sobre la base de la cuestión federal que propone, lo cierto es que el caso de autos es revelador de la singular dimensión que presentan los asuntos de naturaleza ambiental, en tanto en ellos participan y convergen aspectos de competencia federal y otros de neta competencia provincial.

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

Tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional; *Fallos: 318:992*, considerando 7º; *Fallos: 329:2280*, ya citados).

7º) Que aun cuando el demandante sostiene que su pretensión no tiene por finalidad revisar la posible existencia de actos administrativos locales, y que la materia del litigio no se vincula a ninguna norma o cuestión de derecho público provincial dictado en uso de las facultades reservadas, sino que la provincia de San Juan resulta demandada por ser la titular del dominio originario del yacimiento minero explotado y en su condición de autoridad concedente (fs. 11 vta. y 18 vta.), lo cierto es que el examen de la responsabilidad atribuida al Estado provincial requerirá la necesaria consideración del acto administrativo de aprobación del informe de impacto ambiental presentado por la concesionaria para la etapa de explotación del "Proyecto Gualcamayo" (resolución 104-SEM-2007 de la Secretaría de Estado de Minería de San Juan), y de las demás normas locales en las que se sustentó dicho acto (ley 6800, decreto 1679/2006).

Los aspectos referidos, corroboran la afirmación efectuada en el considerando precedente, e indican la ineludible intervención de la jurisdicción local para examinar los diversos aspectos que se vinculan con la cuestión propuesta, y demuestran que deben ser las autoridades provinciales las que, en el ejercicio de facultades inherentes a la autorización y control de las concesiones que han otorgado para la explotación de los recursos naturales de la provincia, resuelvan cuáles son las exigencias que se deben imponer y los pasos que se deben dar para evitar la contaminación que se denuncia. En este sentido es dable poner de resalto que el artículo 58, párrafo segundo, de la Constitución de San Juan atribuye al Estado provincial la facultad, entre otras, de "prevenir y controlar la contaminación y sus efectos, y las formas perjudiciales de erosión; ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados; crear y desarrollar reservas y parques naturales así como clasificar y proteger paisajes, lugares y especies animales...".

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

La referida ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales -destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental-, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

En ese marco es preciso poner de resalto que su artículo 7º establece que "La aplicación de esta ley corresponde a

los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal".

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

9º) Que mal podría concluirse entonces que la presente causa corresponde a la jurisdicción originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

Cabe reiterar aquí los conceptos dados por esta Corte en el precedente de Fallos: 318:992 citado, en el sentido de que deben ser las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la Provincia de San Juan las encargadas de valorar si la explotación proyectada compromete aspectos tan propios del derecho provincial como lo es lo concerniente a la afectación del medio ambiente.

10) Que el concepto antedicho y las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio. Máxime si, como se indicará seguidamente, no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción.

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

12) Que no empece a lo expuesto que la actora intente justificar la competencia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad que invoca a fs. 14 vta. y 17 vta., desde que a esos fines no basta con afirmar que las demandadas disponen de millones de toneladas de cianuro final sobre una cuenca hidráica interjurisdiccional –límite natural entre La Rioja y San Juan– y que, a su vez, toman millones de litros de agua subterránea en forma diaria y que ello disminuye y profundiza significativamente el caudal del subá尔veo compartido por dichas provincias; o que las demandadas habrían admitido –según se aduce– en el informe de impacto ambiental presentado a las autoridades mineras sanjuaninas que la denominada cuenca de agua subterránea del Valle Bermejo –ubicada en La Rioja– recibiría, de existir, los efluentes originados en el proyecto, o que la interjurisdiccionalidad del recurso hídrico compartido es tan evidente que el río Gualcamayo-Los Piojos, donde se ubica el proyecto minero, fluye desde la Provincia de San Juan a la de La Rioja, para luego convertirse en uno de los aportes de la más extensa cuenca interjurisdiccional del país (río Bermejo-Desaguadero-Colorado).

Como lo ha sostenido la Corte dichos extremos deben encontrarse debidamente acreditados, en forma tal que permita afirmar que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (artículo 7º, ley 25.675; Fallos: 329:2469).

13) Que cabe poner de resalto que en el sub lite no se ha aportado ningún estudio ambiental que permita afirmar que se ha logrado acreditar ese extremo.

Dicha exigencia no surge tampoco del “Informe de impacto ambiental de etapa de explotación del Proyecto Gualcamayo” presentado por la empresa Minas Argentinas S.A. a las autoridades sanjuaninas, que fue acompañado por la actora en soporte magnético.

En efecto, en la "Sección 2.0 - Descripción del ambiente" del referido informe, se indica que el "Proyecto Gualcamayo" se ubica a 270 km. al norte de la ciudad de San Juan, en el departamento Jáchal (punto 2.1.1), y el área de influencia se enmarca en función de dos conceptos: área de influencia directa y área de influencia indirecta; la primera corresponde al área donde se emplazarán todas las obras (rajo, escombrera, pila de lixiviación, planta de proceso, campamento e instalaciones anexas), y la segunda se trata de las áreas que podrían estar afectadas por las obras o actividades del proyecto, aun cuando no correspondan al área de emplazamiento (punto 2.1.4).

Según surge del plano 2.1 que ilustra la ubicación general del proyecto, ambas áreas se encuentran dentro de los límites territoriales de la Provincia de San Juan.

La referencia al departamento de Coronel Felipe Varela, Provincia de La Rioja –lugar en el que se sitúa la localidad de Santa Clara donde reside el actor–, se vincula a aspectos socioeconómicos y culturales, tales como los efectos que podrían producirse sobre su demografía, en el uso de bienes, en la infraestructura, en los estilos de vida, entre otros, y se lo califica como un centro poblado proveedor de servicios e insumos al proyecto (puntos 2.12 y 4.8); pero esas circunstancias no se relacionan con cuestiones ambientales, ni demuestran la afectación de un recurso interjurisdiccional que determine la competencia federal en los términos del artículo 7º de la ley 25.675.

En cuanto al impacto sobre las aguas superficiales, se sostiene en el informe que el único curso de esas características en el área del proyecto corresponde al río Gualcamayo, y que toda el agua a ser utilizada por la operación, será extraída de pozos (punto 4.3.1.). Se señala asimismo que los efectos por la extracción de agua se circunscribirán sólo al área del proyecto, y no se afectará a otros usuarios ni recursos. A su vez, se explica que las aguas del río Gualcamayo abandonan la cuenca con caudales prácticamente nulos, aunque se pueden alcanzar im-

portantes caudales durante crecidas que, al mezclarse con el escaso caudal del río Los Piojos, se infiltra a poca distancia de la confluencia de ambos ríos. Luego se indica que aguas abajo del proyecto no se han identificado usuarios que utilicen dicho recurso, y que no se pronostica la generación de efectos sobre el uso potencial o actual del agua como consecuencia del desarrollo de la actividad minera.

En la sección 4.3.3 se indica que aun cuando no se prevén efectos sobre la calidad de agua subterránea, los riesgos ambientales que pudieran resultar del desarrollo de la pila de lixiviación se reducirán debido a los controles de ingeniería que incluyen una instalación de doble membrana, un sistema de recolección y recuperación de fugas de solución, y canales de desviación según se describe en la sección 3.10.

Cabe destacar que una de las principales medidas de prevención y mitigación de los potenciales efectos ambientales del proyecto sobre los recursos hídricos, está relacionada con la elección del tipo de sistema de lixiviación conocido como Sistema de Lixiviación en Valle (SLV), mediante el cual la mayor parte del agua será recirculada dentro de la operación y de esta manera se minimizarán los requerimientos de agua fresca. Dicho sistema ha sido concebido como un "sistema cerrado", sin descargas hacia el medio ambiente, permitiendo con ello reutilizar todas las soluciones del proceso. También se incorporó un sistema de recolección y recuperación de fugas (SRRF) que permitirá la recuperación de eventuales pérdidas de solución en el área operacional de almacenamiento de solución a través de la geomembrana superior, minimizando los impactos potenciales sobre la calidad del agua subterránea (sección 5.2.2).

Además, por su posición topográfica, el área donde se construirá el SLV se encuentra en la zona no saturada, de baja vulnerabilidad al agua subterránea, ubicada muy por encima del nivel del agua, posiblemente a más de 150 metros (punto 4.3.3).

Las afirmaciones realizadas sólo tienen por objeto

dejar establecida, en esta instancia del proceso y con elementos incorporados a él, que no existen antecedentes que permitan justificar una jurisdicción restrictiva y excepcional como es la que se intenta.

Valga lo dicho para que quede claro que la Corte no está realizando una valoración de la cual se pudiese extraer la conclusión de que no existirá daño, o que el Tribunal hubiese confirmado su inexistencia. Será el juez local con las pruebas que se reúnan al respecto quien deberá hacer ese examen al momento de dictar sentencia. En esta etapa procesal, y en el estrecho marco de conocimiento que ofrece la cuestión de competencia, el escrutinio se realiza al solo fin de que quede establecido que el Informe de Impacto Ambiental acompañado, en el que el actor sustenta sus afirmaciones, no permite tener por probada la interjurisdiccionalidad que se aduce, sino más bien todo lo contrario.

14) Que frente a ello, y teniendo en cuenta que la indiscutible migración de los cursos de agua, y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica, no son datos suficientes para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada, no se advierte razón para concluir que el caso en examen deba ser sustanciado y decidido en la jurisdicción federal pretendida (arg. Fallos: 329:2469, citado, considerando 3º). Si bien la interdependencia es inherente al ambiente, y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional referido para valorar las situaciones que se plantean, no debe perderse de vista la localización del factor degradante, y resulta claro que en el sub lite dicho factor, en el caso de existir, se encuentra en el territorio de la Provincia de San Juan. Ello, más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a ciertos elementos que se utilicen en la explotación minera que se denuncia, y con relación a los cuales sería muy difícil afirmar –con los antecedentes obrantes en autos y sin prueba concreta al respecto– que llegan a otros territorios con las características contaminantes que se le atribu-

buyen; y que autoricen a concluir que será necesario disponer que otras jurisdicciones recompongan el medio ambiente tal como se pide (Fallos: 330:4234).

15) Que no empece a lo expuesto la invocación de la ley 24.051 que regula el régimen de residuos peligrosos, pues no se encuentra acreditado que los desechos de esa índole que puedan generarse en el Proyecto Gualcamayo, estén destinados al transporte fuera del territorio de la Provincia de San Juan, o pudieran afectar a las personas o al ambiente más allá de la frontera de dicho Estado provincial (artículo 1º de la ley citada; arg. Fallos: 331:1679, considerando 11).

16) Que es preciso recordar que el examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito -la determinación del carácter interjurisdiccional del daño denunciado- debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local (Fallos: 324:1173, entre muchos otros).

La aplicación de ese principio de estrictez es insoslayable frente a la competencia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, en la medida en que resulta exclusiva y no puede ser ampliada por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 271:145; 280:176; 285:209; 302:63, entre muchos otros).

17) Que tampoco surge en el caso la competencia en razón de las personas. Al respecto cabe recordar que este Tribunal "interpretando la Constitución Nacional...ha respetado el admirable sistema representativo federal que es la base de nuestro gobierno, pues si bien ha hecho justiciable a las provincias ante la Nación en los casos en que por tratarse de un extranjero, o de un vecino de otra provincia, es necesario, por imperio de la jurisdicción nacional, eliminar la más lejana sospecha de parcialidad o de afectar las relaciones exteriores conforme a

los enunciados del preámbulo, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y cuyas facultades están claramente consignadas en los arts. 67, inc. 11 y 104 [actuales 75, inc. 12, y 121] y sgtes. de la Carta Fundamental de la República. Si, so capa de un derecho lesionando, o no suficientemente tutelado o garantido, la Corte pudiera traer a juicio a sus estrados, a todos los actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias, sería el régimen unitario el imperante y no el federal que menciona el artículo 1º" (arg. Fallos: 236:559 y 318:992, ya citado).

18) Que, por ende, en orden a la pretensión de que se hagan extensivos los efectos de la eventual condena que pudiera resultar de este proceso a las firmas "MASA Inc. Barbados", "Viceroy Exploration Ltd." y "Yamana Gold Company", en la calidad que de controlantes o vinculadas que -según afirma la actora- revistirían respecto a la empresa nacional demandada, baste decir que la competencia originaria *ratione personae* procede en aquellos casos en que es parte un ciudadano extranjero, siempre que se trate de una "causa civil", tal como resulta del artículo 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, y no como en el sub lite, en el que -según se ha examinado- la materia del litigio se vincula a normas y cuestiones de derecho público provincial. En estos supuestos la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial, de manera de no perturbar su administración interna (Fallos: 322:2023, considerandos 9º y 10; conf. arg. causa "Rauhut", Fallos: 328:1231).

19) Que finalmente corresponde examinar el pedido de citación como terceros del Estado Nacional -Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, y Secretaría de Cultura-; de las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa; del Defensor del Pueblo de la Nación y del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

20) Que con respecto al Estado Nacional la actora no

aporta argumento alguno que autorice a admitir el pedido. En este sentido el Tribunal ha decidido en reiteradas oportunidades que sólo corresponde citar a un tercero cuando la controversia puede serle común o el citado podría encontrarse sometido a una eventual acción regresiva, ya que ese es un supuesto típico que habilita el pedido (Fallos: 325:2848, considerando 10), y no se advierte en el sub lite razón que justifique en esos términos la participación de aquél.

21) Que tampoco aparece como común al Estado Nacional la controversia que se plantea. Es dable señalar que frente a los alcances que corresponde atribuirle al actual artículo 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es necesario exigir, para admitir la participación de un tercero en los términos requeridos, que tenga en el pleito un interés directo, de manera tal que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (arg. Fallos: 327:1500). En efecto, aquella norma establece que "...después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales", y que dicho pronunciamiento también "será ejecutable" contra el citado (Fallos: 318:1459; 328:2488); de forma tal que si la sentencia definitiva que se dicte, no puede ejecutarse contra quien se pretende su participación en el carácter examinado, la solicitud no puede ser únicamente acogida.

En ese orden de ideas, no se advierte en el caso en qué grado podría ejecutarse una sentencia contra el Estado Nacional, y, en dicho supuesto, qué grado de cumplimiento se podría asegurar por su intermedio sin interferir y avasallar facultades propias y reservadas de la provincia demandada (arts. 41, 122 y 125, primer párrafo, Constitución Nacional).

22) Que en lo que respecta a la citación de las provincias de La Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, es preciso indicar que aun cuando dichos Estados provinciales integren nominalmente el "Comité de Cuenca del Río Desaguadero", no se configura en el caso una comunidad de controversia que justifique

la admisión del planteo.

En efecto, si bien el proyecto Gualcamayo se sitúa en la cuenca del río Vinchina-Bermejo que, a su vez, integra la cuenca del río Desaguadero, lo cierto es que, tal como ha quedado expuesto, no se ha acreditado en el sub lite que "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales" en los términos del artículo 7º, ley 25.675.

En consecuencia, al no surgir de los elementos aportados al expediente que la explotación minera pudiera generar impacto ambiental sobre alguna de las jurisdicciones referidas, los fundamentos expuestos por la actora son insuficientes para considerar configurados los presupuestos de admisión de la intervención de dichos estados provinciales en el carácter solicitado.

23) Que en virtud de lo establecido por el artículo 3º de la citada ley 25.688 -Régimen de Gestión Ambiental de Aguas- en cuanto a que: "Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles", es preciso indicar que las presentes actuaciones presentan marcadas diferencias con la causa "Pla, Hugo Alfredo y otros c/ Chubut, Provincia del y otros" (Fallos: 331:1243), en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre en este proceso, en aquél se encontraba acreditado con el grado de convicción suficiente que la denuncia exigía para su valoración, que las inundaciones allí denunciadas obedecían a causas antrópicas que generaban excesivos desbordes en la cuenca interjurisdiccional del río Puelo, y que impactaban de manera negativa en el Parque Nacional Lago Puelo y en la Reserva de Biósfera Transfronteriza Andino Patagónica.

En este caso, tal como fue expuesto, no se ha demostrado que la actividad desarrollada por la empresa demandada pudiera afectar al ambiente más allá de los límites territoriales sanjuaninos.

En las condiciones indicadas, no resulta exigible *prima facie* el permiso del comité de cuenca para la utilización de las aguas previsto en el artículo 6 de la ley 25.688, pues dicha autorización debe obtenerse en el caso de las cuencas interjurisdiccionales, "cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo".

24) Que tampoco resultan atendibles los argumentos vertidos por la actora en relación a su pedido de que se ordene la concurrencia a estas actuaciones del Defensor del Pueblo de la Nación, en la medida en que la mera condición de legitimado para demandar que reviste, no constituye un fundamento suficiente para disponer la citación pretendida, pues la previsión del artículo 30 de la ley 25.675 no determina la "necesaria" participación de todos los legitimados para interponer la demanda de daño ambiental colectivo, sino solo la posibilidad de admitir su intervención en calidad de terceros si concurren voluntariamente a un proceso promovido con anterioridad por otro de los sujetos habilitados.

25) Que en lo que se refiere al Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA), la demandante no logra explicar las razones por las que considera procedente o necesaria su intervención en esta causa.

Esa sola circunstancia resulta suficiente para rechazar la solicitud, si se tiene en cuenta 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).

No debe dejar de considerarse que la aplicación del instituto procesal de citación de tercero es de interpretación restrictiva, especialmente cuando mediante su resultado podría quedar librado al resorte de los litigantes la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte, que es de carácter excepcional (*Fallos*: 327:4768).

26) Que en su caso el artículo 14 de la ley 48 permitirá la consideración de las cuestiones federales que puede 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; 318:489 y 992; 319:1407; 322:617; conf. causa "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida" -Fallos: 329:2469-).

Por ello, y oída 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 artículo 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese y comuníquese a la señora Procuradora General.



ENRIQUE S. PETRACCHI

Parte actora: Roberto Ramón Flores Núñez, representado por el Dr. Diego Miguel Seguí, en calidad de apoderado.

Parte demandada: Minas Argentinas S.A. (MASA) y Provincia de San Juan.

Terceros: Estado Nacional - Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y Secretaría de Cultura de la Nación-; Defensor del Pueblo de la Nación; Provincias de la Rioja, San Luis, Mendoza y La Pampa, y Consejo Federal de Medio Ambiente.

---

OLIVERA RÓVERE, JORGE CARLOS  
S/ RECURSO EXTRAORDINARIO*ARRESTO DOMICILIARIO*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó el recurso de casación interpuesto por el fiscal contra el pronunciamiento del Tribunal oral que revocó la excarcelación del imputado y le concedió el arresto domiciliario en los términos del art. 32, inciso d) de la ley 24.660, pues dicho proceder resulta descalificable en la medida que el representante del Ministerio Público Fiscal había tachado de inválida la concesión de dicha medida sosteniendo, con invocación de jurisprudencia consolidada del Tribunal, que al resolver qué temperamento correspondía adoptar respecto de la libertad provisional del imputado se había omitido atender al estándar sentado en el precedente “Vigo” (14/9/2010) con relación al “especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados para neutralizar toda posibilidad de fuga en los procesos en los que se juzgan delitos calificados de lesa humanidad y las implicancias que ello tenía con relación a su posibilidad de sustraerse al proceso. -En igual sentido “Tommasi, Julio A s/ recurso de casación”, sentencia del 4 de febrero de 2014-.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

## I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de esta ciudad condenó, mediante sentencia que aún no está firme, a Jorge Carlos O R a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, tras considerarlo coautor mediato de decenas de delitos de lesa humanidad (cfr. fs. 168 vta./169 vta.) En la misma sentencia, dictada el 10 de diciembre de 2009, decidió mantener la libertad del condenado (cfr. fs. 169 vta.), de la que venía gozando desde febrero de 2007 (cfr. fs. 151), pero en abril de 2012 revocó su excarcelación y dispuso su detención cautelar domiciliaria. En lo que se refiere a esta modalidad de la detención cautelar, tuvo en cuenta la edad del condenado (86 años), que se encontró en esa situación en estos actuados entre 2004 y 2007 y lo resuelto en el mismo sentido, el 22 de marzo de 2012, por el magistrado a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 de La Plata, en el marco de otra causa en la que aquél resulta imputado por delitos de igual calificación (fs. 159/160).

El fiscal interpuso recurso de casación por considerar arbitraria la concesión de tal detención morigerada. Expuso, en particular, que el requisito etario previsto en el art. 32, letra “d”, de la ley 24.660, no autoriza la concesión “automática” del beneficio, pues se trata de una facultad, no de una obligación de los jueces, por lo que el tribunal oral debió brindar fundamentos atinentes al sentido y finalidad que llevó al legislador, mediante la reforma de aquella ley en 2008, a ampliar los casos en los que puede aplicarse el instituto. En este sentido, afirmó que “esta forma de arresto, fundada en razones humanitarias, exige justificar que éstas se verifiquen frente a los riesgos que entraña la pérdida de control continuo estatal de un condenado por crímenes de lesa humanidad, tanto de fuga como en la seguridad de terceros.” (fs. 171). En definitiva, basó su impugnación en la falta de fundamentación suficiente de la decisión cuestionada.

El *a quo*, por mayoría, no hizo lugar a tal recurso porque, en su opinión, el impugnante carece de agravio, al tener en cuenta que, tras revocarse la excarcelación del condenado, se dispuso una medida restrictiva de su libertad ambulatoria más gravosa que la que pesaba sobre él (caución real). De tal forma, consideró que no era factible ingresar en el examen de razonabilidad o corrección de los motivos manifestados por el tribunal oral para resolver de aquel modo.

Contra esa decisión, el fiscal general interpuso recurso extraordinario, en el cual sostuvo que, al confirmar arbitrariamente la decisión impugnada, el *a quo* “no tuvo en cuenta [que] el peligro procesal de fuga[,] dado el avanzado estado procesal en que se encuentra la causa, esto es, mediando una sentencia condenatoria a la pena de prisión perpetua por gravísimos crímenes contra la humanidad que fue confirmada ante esta instancia, causa un agravio actual y concreto a este Ministerio Público Fiscal...” (fs. 215), máxime al considerar – agregó – los lineamientos sentados por V.E. en numerosos fallos para determinar en estos casos tal riesgo, algunos de los cuales se verifican en el presente.

Además, insistió en que el tribunal oral debió haber brindado los argumentos que demostrarán en el caso la existencia de las razones humanitarias que autorizan la concesión del beneficio en cuestión, pues se trata de una excepción.

ción al cumplimiento en prisión de la detención cautelar, prevista como una facultad y no como una obligación de los jueces, los cuales, en consecuencia, no pueden conformarse con la comprobación del requisito etario, necesario pero no suficiente para adoptar tal decisión.

El *a quo* concedió el recurso federal al entender que en el caso se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino, el que debe garantizar el efectivo cumplimiento de la pena impuesta a condenados por graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el último gobierno de facto.

## II

A mi modo de ver, el recurso ha sido bien concedido, pues el recurrente planteó la arbitrariedad de la confirmación de una medida excepcional –la detención cautelar domiciliaria– que, en comparación con la prisión preventiva, implica una disminución significativa del control estatal sobre el cautelado y, desde esta perspectiva, un incremento del riesgo de que eluda la acción de la justicia y de que el Estado, en consecuencia, no logre cumplir su compromiso internacional de sancionar a quienes fueran declarados culpables de delitos de lesa humanidad.

En efecto, no se puede omitir que O R fue condenado por numerosos delitos calificados de tal forma, de los que se habría hecho responsable –como lo recordó el recurrente– al desempeñarse en las más altas instancias de mando de la última dictadura militar (en particular, se puso de manifiesto su condición de Segundo Comandante del Primer Cuerpo de Ejército y Jefe de la Subzona Capital Federal) (cfr. fs. 212 vta. y 219), por lo que cabría aplicar al caso, salvo mejor interpretación que de sus propios fallos haga el Tribunal, las consideraciones y conclusiones que, en lo pertinente, fueron expuestas en los precedentes “Vigo” (V 261, XLV, “Vigo, Alberto Gabriel s/ causa n° 10.919”, sentencia de 14 de septiembre de 2010) y “Díaz Bessone” (D 352, XLV, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de casación”, sentencia de 30 de noviembre de 2010).

En cuanto al fondo de la cuestión, considero que el *a quo* no podía denegar la impugnación efectuada por este Ministerio Público contra el auto que concedió la detención domiciliaria, con base en el argumento de que carece de agravio porque la medida restrictiva de la libertad que pesaba anteriormente sobre O R era menos gravosa (caución real), ya que la revocación de la libertad se apoyó, como corresponde según lo dispuesto en el artículo 333 del Código Procesal Penal, en nuevas circunstancias que modificaron la situación de aquél. Por lo tanto, la nueva medida cautelar debe resultar acorde a esas nuevas circunstancias, y esto es justamente lo que planteó el recurrente.

Como se ha dicho, expuso que la detención domiciliaria aumenta el riesgo de que el cautelado eluda la acción de la justicia, en comparación con la seguridad que, en el mismo sentido, brinda la prisión, y ello sólo se puede admitir cuando existan las razones humanitarias que llevaron al legislador a la creación del instituto, que también puede beneficiar a quien se le haya dictado, como en este caso, prisión preventiva, cuando pueda corresponderle, de acuerdo con el Código Penal, cumplir su pena bajo la misma modalidad (artículo 314 del Código Procesal Penal).

A ese respecto, es oportuno reiterar que la condición etaria (más de 70 años) está prevista en el artículo 32, letra "d", de la ley 24.660 como uno de los supuestos en los que el juez *puede* (no *debe*) conceder la detención domiciliaria. Pero la ley, al establecer esa condición como no suficiente, omite indicar expresamente cuáles serían las otras, necesarias también, para conceder el beneficio.

Y para determinar esas otras condiciones sin incurrir en arbitrariedad, parece imprescindible tener en cuenta que la finalidad de la detención domiciliaria, tal como se desprende de los fundamentos de los proyectos de la ley que finalmente sería aprobada el 17 de diciembre de 2008 bajo el número 26.472, que amplió los supuestos en los cuales el condenado o procesado con prisión preventiva puede acceder a tal detención, es garantizar su trato humanitario y evitar la restricción de derechos fundamentales no afectados por la pena impuesta.

En efecto, en los fundamentos del proyecto presentado por la diputada Diana Conti, se afirma que “resulta ilegítimo que el Estado al aplicar una pena, que en principio sea sólo privativa de la libertad, vulnere otros derechos como la salud”. Y para resguardar este derecho –se agrega– “[...] es justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre el individuo sacrificando los fines de la pena –en el caso que consideremos que sean aceptables y razonables–...”. Además, “la prisión domiciliaria resguarda la afectación al derecho a la vida y evita cierta modalidad de tortura [...] Muy vinculado con la prohibición de torturar se encuentra el deber de trato humanitario que también se ve garantizado por el instituto de la prisión domiciliaria. Este derecho se encuentra reconocido expresamente en las normas internacionales de derechos humanos: el PIDCP, artículo 10.12; la CADH, artículo 5.13 y la DADD, los artículos XXV y XXVI.” (cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, Sesiones ordinarias de 2006, Orden del Día N° 1.261, págs. 4-5).

En el mismo sentido, los diputados Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez, también en los fundamentos del proyecto de su autoría, expresaron que “nuestro ordenamiento jurídico impide que prevalezca el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario, cuando ello trae aparejado la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los condenados o procesados. Esto no implica eliminar todo reproche penal en tales casos, sino que la sanción punitiva se cumpla en el domicilio, de forma tal que no constituya un trato inhumano o degradante de la persona que sufra una enfermedad o discapacidad grave. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de la libertad, ésta debe ser mitigada a través de su cumplimiento domiciliario.” (cfr. *ídem*, pág. 14).

En conclusión, para la concesión de la detención domiciliaria se

debe demostrar, incluso cuando el condenado o procesado con prisión preventiva supere los 70 años de edad, que el encarcelamiento podría producir alguna de las dos consecuencias que la ley está encaminada a evitar, o sea, el trato cruel, inhumano o degradante de aquél y la restricción de derechos fundamentales no afectados por la pena que se le impuso o que se le podría imponer.

Por lo tanto, el *a quo* debió verificar si, tal como lo planteó el recurrente, la resolución del tribunal oral omitió indicar cuáles son las razones de aquella índole que justifican en el caso la concesión de la detención domiciliaria. En particular, debió verificar si tal tribunal explicó, al resolver como lo hizo, por qué el encarcelamiento de O R importaría, no sólo debido a su edad, un tratamiento cruel, inhumano o degradante para él, o una restricción indebida de un derecho fundamental distinto a la libertad ambulatoria.

Al haber resuelto, por el contrario, prescindiendo del examen de razonabilidad o corrección de los motivos manifestados por el tribunal oral para conceder el beneficio, entiendo que incurrió en arbitrariedad, pues omitió así responder la cuestión planteada de manera oportuna por el recurrente, cuyo análisis resulta conducente para la adecuada solución del caso.

### III

Por lo expuesto, sin que esto importe abrir juicio sobre el fondo del asunto, mantengo el recurso extraordinario interpuesto y opino que V.E. puede declararlo procedente y revocar la decisión impugnada.

Buenos Aires, 28 de Febrero de 2013.

ALEJANDRA GILS CARBÓ  
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *21 de agosto de 2013*

Vistos los autos: "Olivera Róvere, Jorge Carlos s/ recurso de casación".

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, rechazó por falta de agravio el recurso de casación oportunamente impetrado por el Ministerio Público Fiscal contra el pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Federal nº 5 por el que, al hacer lugar a una petición de la defensa técnica del imputado Jorge Carlos Olivera Róvere, revocó la excarcelación de la que anteriormente éste gozara y le concedió el arresto domiciliario en los términos del art. 32, inciso d de la ley 24.660.

2º) Que contra dicha resolución, el Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso extraordinario que, fundado en la doctrina de la arbitrariedad, obra a fs. 206/219 y que fue concedido a fs. 227.

3º) Que en el recurso extraordinario el Ministerio Público Fiscal se agravó de la resolución dictada a fs. 196/203 por entender que resultaba arbitraria en tanto, alega, habría descartado dogmáticamente el perjuicio que le generaba la decisión que había concedido al nombrado Olivera Róvere el arresto domiciliario sin que se hubiera sopesado debidamente, conforme lo establecido por esta Corte en el precedente "Vigo, Alberto Gabriel s/ causa nº 10.919" (sentencia del 14 de septiembre de 2010, entre muchos otros que expresamente invocó) el riesgo de fuga que dicha medida podría aparejar y sin que, además, se verificaría una circunstancia fundada en razones de salud que justificaran adoptarla en atención a las razones humanitarias que, desde su óptica, animan dicho instituto receptado en el art. 32 inciso d de la ley 24.660.

4º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en razón de dirigirse contra una decisión que proviene del tribunal superior de la causa; que, por sus efectos, resulta equiparable a definitiva (cf. *mutatis mutandi*, "Vigo", sentencia del 14 de septiembre de 2010; "Pereyra, Antonio Rosario s/ causa nº 11.382", sentencia del 23 de noviembre de 2010; "Morales, Domingo s/ causa nº 11.964", sentencia del 28 de diciembre 2010, entre muchos otros) y que suscita cuestión federal suficiente toda vez 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*: 308:1662; 314:1358; 330:4226) por lo que su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48.

5º) Que esta Corte entiende que asiste razón al recurrente en cuanto alega que el tribunal a quo rechazó el recurso de su especialidad, por el que canalizara los agravios que luego fueran mantenidos en el recurso federal, con un fundamento meramente aparente.

Esto en tanto, el a quo incurrió en una verdadera petición de principio al descartar de plano el agravio relativo a que la concesión del arresto domiciliario le generaba perjuicio al Ministerio Público Fiscal ya que arribó a dicha conclusión sin previamente analizar debidamente, y por ende tampoco rebatir, los argumentos que el recurrente alegara respecto a que al momento de adoptarse una decisión relativa a la libertad provisional del imputado Olivera Róvere se habría omitido todo análisis con relación tanto al riesgo procesal de fuga que se deriva del hecho de que el nombrado se desempeñó en altos mandos de las Fuerzas Armadas y se encuentra condenado por sentencia no firme a la pena de prisión perpetua por la comisión de delitos que fueran calificados de lesa humanidad, como también en cuanto a la alegada ausencia de razones humanitarias que pudieran justificar lo resuelto.

A juicio del Tribunal, este proceder resulta particu-

larmente descalificable en la medida que el representante del Ministerio Público Fiscal había tachado de inválida la concesión de dicha medida sosteniendo, con invocación de jurisprudencia consolidada de este Tribunal, que al resolver qué temperamento correspondía adoptar respecto de la libertad provisional del imputado Olivera Róvere se había omitido atender al estándar sentado por esta Corte en el citado precedente "Vigo" (entre muchos otros) con relación al "*especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados para neutralizar toda posibilidad de fuga*" en esta clase de procesos en el que se juzgan delitos calificados de lesa humanidad y las implicancias que ello tenía con relación a su posibilidad de sustraerse al proceso.

En consecuencia, el fallo carece de la debida fundamentación al omitir toda consideración sobre un extremo conducente para la correcta resolución del asunto (Fallos: 328:121; 330:4983, entre muchos otros) y, en tales condiciones y sin que ello implique abrir juicio sobre la resolución que en definitiva deba adoptarse sobre el fondo del asunto, ha de acogerse favorablemente el recurso. Asimismo, atento el temperamento adoptado, deviene inoficioso pronunciarse respecto de los restantes agravios.

Por ello, y oída la señora Procuradora General de la Nación, 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 un nuevo

pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-//  
E. RAÚL ZAFFARONI

-//DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

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

Por ello, se lo desestima. Hágase saber y devuélvase.

ENRIQUE S. PETRACCHI

Recurso extraordinario interpuesto por Ricardo Gustavo Wechsler, Fiscal General. Mantenido por la señora Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó.

Traslado contestado por Jorge Carlos Olivera Róvere, representado por el Dr. Norberto A. Giletta.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 5.

---

## TOLOSA, NORA ELIDA Y OTRO C/ SWISS MEDICAL SA S/ COBRO DE SUMAS DE DINERO

### *ASISTENCIA MEDICA*

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar al reclamo indemnizatorio contra la empresa de medicina prepaga -por no proveer a dos menores las prestaciones médicas que no están cubiertas por el contrato celebrado con dicha entidad- y modificó el monto de la condena, no obstante lo cual, a fin de reparar el perjuicio experimentado por los accionantes -costos de medicación y tratamiento- como consecuencia de la omisión del Estado- que no fue demandado-, la demandada deberá pagar el importe diferido a condena- cuya cuantía no es susceptible de revisión (art. 280 CPCCN), que constituirá un crédito de la empresa contra el Estado que ésta podrá recuperar, ello en atención a que la demandada no estaba alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que impusiera el deber de satisfacer las prestaciones solicitadas y, en cambio, era el Estado quien debió dar satisfacción plena al derecho de la actora a prestaciones constitucionales (Disidencia del juez Ricardo L. Lorenzetti). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-.

### *ASISTENCIA MEDICA*

CEl costo de los cuidados médicos requeridos puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo, pues éste no tiene ninguna posibilidad de absorber ese costo, y ello conduciría a una frustración de su derecho fundamental a las prestaciones adecuadas de salud; en cambio la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, puede recuperarlos de las finanzas públicas (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-.

### *ASISTENCIA MEDICA*

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar al reclamo indemnizatorio contra la

empresa de medicina prepaga -por no proveer a dos menores las prestaciones médicas que no están cubiertas por el contrato celebrado con dicha entidad- y modificó el monto de la condena, pues si la Corte Suprema resolviese, por vía de una aplicación extensiva o analógica de los textos legales involucrados, ampliar el alcance de la ley 24.901 a los contratos de medicina prepaga, estaría tomando una delicada decisión concerniente a la salud pública, pese a no disponer en la causa de elementos para juzgar sobre la conveniencia de una regulación semejante (Disidencia de las juezas Highton de Nolasco y Argibay) (Del precedente “Cambiasso Péres de Nealón” (Fallos: 330:3725), al que remiten). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-.

#### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en cuanto hizo lugar al reintegro de los gastos por alimentos medicamentosos y honorarios médicos, la condenada –Swiss Medical S.A.– interpuso recurso extraordinario, cuya denegación da lugar a la presente queja.

-II-

En el último capítulo de su apelación federal, la propia recurrente acota sus agravios (v. fs. 817 vta./819). En síntesis, considera al fallo contradictorio en tanto le endilga el incumplimiento de una obligación desde 1995, aunque los jueces reconocen que en esa época el Programa Médico Obligatorio (PMO) no preveía el costo de elementos dietéticos para la fenilcetonuria, prestación que fue impuesta expresamente a las empresas de medicina prepaga recién en el año 2007, al dictarse la ley 26.279. Así, se habría creado una obligación sin fuente, lesionando su derecho de propiedad.

Expresa que, por lo mismo, resulta inconstitucional el razonamiento según el cual –aunque no la constreñían ni la ley ni el contrato–, la demandada debió acceder al requerimiento y, en todo caso, repetir contra el Estado nacional.

Observa que, según la Sala, las leyes que contemplan tratamientos específicos, son aclaratorias y no ampliatorias. Tal exégesis –reprocha– es inconstitucional, pues viola el principio de irretroactividad de la ley, atribuyendo obligaciones con anterioridad a su entrada en vigencia.

Entiende que la interpretación a favor del consumidor (art. 3º de la ley 24.240), es aplicable a situaciones en las que existe duda, mas no cuando está en juego una conducta que, claramente, la ley no manda.

Finalmente, sostiene que la aplicación de intereses vulnera el derecho de propiedad, ya que la propia Cámara acepta que la normativa en vigor al tiempo de producirse los hechos, no le imputaba la cobertura requerida. Por otro lado, no puede hablarse de mora, desde que en las circunstancias de autos no tiene cabida la mora automática.

-III-

En cuanto a su procedencia formal, pienso que el recurso extraordinario presenta dos vertientes que es preciso distinguir.

La primera, apunta al derecho a la salud y entraña materia federal puesto que –aun cuando el litigio se trató en función de un resarcimiento de daños que, en principio, refiere a una esfera de hecho, prueba y derecho común–, la solución de este caso particular exige determinar la recta interpretación de la normativa que rige el respectivo sistema (arg. Fallos: 330:3725 y 332:1394). Si esto es así, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que algunas alegaciones formuladas desde la perspectiva de la arbitrariedad, guardan estrecha relación con el alcance de los preceptos federales implicados, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 330:2180, 2206 y 3471, entre muchos otros).

La segunda faceta del recurso planteado, es la relativa a la modalidad de cómputo de los accesorios determinada en la sentencia, y resulta extraña a la actividad revisora de esa Corte, salvo arbitrariedad (arg. Fallos: 311:1188; 324:2471; 329:335; 331:1596, entre otros).

-IV-

En lo que concierne a la cuestión federal y en orden a una mejor comprensión del problema, creo útil aclarar que la resolución atacada define el pleito entablado contra *Swiss Medical*, por los Sres. T. y P. –por sí y en representación de sus hijas menores F.A.P. y A.V.P.–, mediante el cual se persigue el pago de los daños que habría ocasionado el incumplimiento contractual que aquellos reprochan a su contraria.

Dicha infracción consiste, según los actores, en la negativa a cubrir los alimentos medicamentosos que reputan imprescindibles para evitar un retraso mental grave e irreparable, a partir de la enfermedad metabólica que padecen ambas hermanas (fenilcetonuria), descubierta al tiempo de los nacimientos ocurridos, respectivamente, el 29 de octubre de 1995 y el 8 de abril de 2001.

La acción que aquí se ejerce, tiene como antecedente un juicio de amparo donde se obtuvo la cobertura dietoterápica, por la vía de una medida precautoria dictada en diciembre de 2002 y, más tarde, en virtud del acuerdo celebrado entre las partes, en abril de 2003.

Por otro lado, no se discute en esta instancia que, en la época a la que se remonta el reclamo, *Swiss Medical* se hizo cargo de los productos alimentarios de otra afiliada nacida con fenilcetonuria, ni que esta patología sujeta al niño que la sufre a una dieta específica, cuyo defecto tiene un alto potencial discapacitante.

-V-

Como se vio, la recurrente busca eximirse de responsabilidad a partir de sostener que la regulación vigente hasta el año 2007, no obligaba a las entidades de medicina prepaga a proveer los alimentos apropiados al mal que aqueja a estas menores de edad.

Pienso que esa lectura convierte en letra muerta a la directiva del art. 14 de la ley 24.901 (que en un inicio *Swiss Medical* tuvo por inaplicable y que alcanzaba a las empresas de medicina privada –más allá de las cláusulas contractuales–, aun antes del reciente dictado de la ley 26.682 [v. dictamen publicado en *Fallos*: 330:3725]).

Como su título lo indica, ese precepto alienta finalidades netamente preventivas, determinando que “[l]a madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo fisico-psíquico y social. En caso de existir además, factores de riesgo, se deberán extremar los esfuerzos en relación con los controles, asistencia, tratamientos y exámenes complementarios necesarios, para evitar patología o en su defecto detectarla tempranamente. Si se detecta patología discapacitante en la madre o el feto, durante el embarazo o en el recién nacido en el período perinatal, se pondrán en marcha además, los tratamientos necesarios para evitar discapacidad o compensarla, a

través de una adecuada estimulación y/u otros tratamientos que se puedan aplicar..." (el subrayado me pertenece).

En ese contexto normativo, tratándose de dos personas que a la sazón transcurrían los primeros tramos de su existencia, sometidas a una grave enfermedad metabólica –que podía comprometer seriamente su normal evolución psicofísica, si no se les suministraba regularmente la terapia nutricional necesaria–, entiendo que su prestadora de salud estaba obligada a sufragar el tratamiento preventivo, en los términos –reitero– de la citada disposición legal.

-VJ-

Es cierto que podría surgir algún óbice en torno al período anterior a la ley 24.901. Sin embargo, la solución antedicha no debe variar.

En efecto, el estatuto de la salud posee objetivos y valores, que dotan de una significación común a todos los elementos que lo componen. En este sentido, el art. 2º de la ley 23.661, los refleja cuando alude al otorgamiento "... de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible" (el resaltado es mío). Así, según doctrina de V.E., este cuerpo legal se comunica en buena medida con los derechos de toda persona "... al disfrute del más alto nivel posible de salud..." y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia...", enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. nuevamente Fallos: 330:3725).

No obstante, como ya se reseñó, en la misma época en que la cobertura en cuestión se denegaba a F.A. –y aún antes del nacimiento de A.V.–, aquélla era otorgada a otra afiliada neonata. Esa conducta arbitraria puso en serio riesgo el derecho a la integridad psicofísica de dos niñas que transitaban su primera infancia (arg. Fallos: 328:1708, consid. 10º), y la demandada ni siquiera ha intentado explicar el fundamento de tan abierta disparidad de trato –contradicторia con sus propios actos–, ni demostrar qué desequilibrio podría generarle un desembolso que viene realizando efectivamente desde hace varios años, por lo que este planteo de la prestadora no puede prosperar.

Desde otro ángulo, es útil recordar una vez más que, si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga presenta ciertos rasgos mercantiles, ellas adquieren un compromiso social para con los usuarios, lo cual supone una responsabilidad que trasciende el mero plano negocial (arg. Fallos: 324: 677; 324:754;

y 327:5373, por remisión al dictamen de esta Procuración). Este concepto se ha reforzado, trayendo a colación la idea de que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, ya que pondera los delicados intereses en juego, como son, de una parte, la integridad psicofísica, salud y vida de las personas; y de otra, el hecho de que –con independencia de su forma empresarial–, estos agentes tienen a su cargo una trascendental función social, que está por encima de toda arista comercial (v. dictamen publicado en Fallos: 328:4747).

Ergo, frente al pronóstico que se cernía sobre las niñas de no iniciarse o de suspenderse el suministro alimentario especial, la demandada –por su superioridad estructural y sus finalidades propias–, debió hacerse cargo inmediatamente de sufragar el único medio posible para salvaguardar el desarrollo normal de aquéllas (arg. Fallos: 328:1708, consid. 10).

-VII-

Esta perspectiva se ajusta –además– a los criterios cardinales contenidos en los múltiples dictámenes y precedentes en los que este organismo y V.E. se han expedido acerca de los estatutos de la salud, la niñez y los derechos humanos (ver, en lo pertinente, Fallos: 302:1284; 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:677, 754 y 3569; 325:292 y 677; 326:4931; 327:2127; 328:1708; 329:1226, 1638, 2552 y 4918; 330:3725 y 4647; 331:453 y 2135; 332:1394; S.C. S. N° 670, L. XLII, *in re "Sanchez, Elvia Norma c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro"*, del 15 de mayo de 2007; y S.C. G. N° 783, L. XLVI, “*Gerard, María Raquel y otro c/I.O.S.P.E.R. s/acción de amparo*”, del 12 de junio de 2012, por remisión al dictamen de esta Procuración. Ver asimismo dictámenes emitidos *in re S.C. A. N° 804, L. XLI, “Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A.*, de fecha 14 de febrero de 2006; S.C. R. N° 796, L. XLII, “*Rago, Juan Ignacio c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud*”, de fecha 1º de octubre de 2007; y S.C. N. N° 289, L. XLIII, “*N. de Z., M.V. c/Famyl S.A. Salud para la Flia. s/reclamo contra actos de particulares*” del 16 de abril de 2008).

Entonces, más allá de la obligación que deriva expresamente del art. 14 de la ley 24.901 y del art. 2º de la ley 23.661, no discutida en esta instancia la dificultad de los padres para soportar con medios propios la nutrición que les era indispensable a las coactoras, y siendo notorios los inconvenientes que afrontan los enfermos en estas circunstancias, devendría igualmente antifuncional que la prestadora –

que cuenta, insisto, con una infraestructura *ad hoc*–, se desentendiera en lo inmediato de aquella carga y transfiriera a la familia la tarea de perseguir a terceros, en busca de satisfacer su apremiante e impostergable necesidad (arg. Fallos: 327:2413).

En este punto, el argumento de los jueces en torno a que era la empresa la que debía ocuparse de repetir del Estado los fondos adelantados, es resistido dogmáticamente por aquélla, con el único fundamento de la inexistencia de imposición legal específica, cuestión ya aclarada y descartada en los puntos V y VI de este dictamen.

Lo propio ocurre con la aplicación del art. 3º de la ley 24.240, puesto que en función de la subordinación estructural que conllevan los fenómenos de la adhesión a cláusulas predispuestas y del consumo, debe darse tanto a la ley como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 330:3725, consid. 7º).

#### -VIII-

En definitiva, considero que contrariamente a aquello que proclama la recurrente, los distintos ejes hermenéuticos aplicables a este conflicto particular, ubican la cobertura denegada en cabeza de *Swiss Medical*, aún antes del dictado de la ley 26.279.

Eventualmente, la falta de previsión específica en la letra de otras disposiciones –alguna de rango inferior, como el PMO–, no debería resolverse sino en favor de las afiliadas, nunca en su perjuicio, en tanto la materia que nos ocupa se encuentra gobernada por el principio *pro homine*. De no ser así, y al decir de esa Corte, todos los principios superiores que rigen en este campo no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas, vacías de operatividad (Fallos: 329:2552).

En este sentido, estimo conveniente advertir –como lo hizo el dictamen de este Ministerio Público Fiscal del 17 de abril de 2012, *in re S.C. P. N° 679, L. XLVI, “P., M. L. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo”*– que “... el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de los niños, encuentra resguardo en el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, precepto éste que principalmente junto con el art. 3, constituye uno de los principios generales sobre los que se asienta ese instrumento internacional. De tal suerte, cualquier medida de aplicación debería estar dirigida a conseguir aquella evolución óptima (arg. Comité de

los Derechos del Niño:- Observación general nº 5 [parág. 12 – art. 6]; Observación general nº 13 [parág. 59 y 62]; y Observación general nº 7 [parág. 9 y 10]...”.

“... La salvaguarda de ese desarrollo pleno y la centralidad de este aspecto, también está presente en la Opinión Consultiva nº 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde ese organismo de derechos humanos interpretó el concepto “interés superior del niño” como un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (v. esp. parág. 56 y 137, acáp. 7 y 8)...”.

Desde esta perspectiva, también en estos autos adquiere relevancia particular el hecho de que la dieta medicamentosa se presentaba como una prestación esencial para las entonces recién nacidas, con unas características que pueden presumirse determinantes para su futuro desarrollo saludable, circunstancia ésta que, en mi opinión, desautoriza nuevamente el criterio restrictivo que propugna la apelante.

Consecuentemente, aconsejaré el rechazo de este aspecto del recurso.

-IX-

En lo que hace al *dies a quo* de los intereses, debo señalar que sólo queda subsistente el reproche contra el cómputo a partir de la realización de cada gasto, ítem en el que *Swiss Medical* considera que –al tratarse de responsabilidad contractual– era menester la previa constitución en mora.

A este respecto, lo atinente al punto de partida del cálculo, es ajeno al recurso extraordinario –por configurar una cuestión accesoria, de hecho y de derecho común–; y remite a cuestiones propias de los jueces de la causa, extrañas por ende a esta instancia excepcional.

Paralelamente, ha de tenerse presente que la procedencia de la apelación federal, está condicionada a que se enuncien claramente los hechos de la causa que permitan establecer la relación directa e inmediata entre lo que ha sido materia de debate y decisión, y las garantías constitucionales que se aducen lesionadas.

En ese contexto, el planteo de la recurrente traduce una mera discrepancia con la visión de los jueces, inidónea en el plano federal, desde que se limita a exponer una postura jurídica teórica, sin realizar ninguna especificación atinente

al caso concreto, por lo que corresponde su rechazo.

En consecuencia, este punto de la apelación también debe correr suerte adversa (arg. dictámenes emitidos *in re* S.C. M. N° 427, L. XLII, "Mesbla S.A. c/Obra Social del Personal de la Actividad Hotelera Gastronómica s/incumplimiento de prestación de obra social", del 11 de mayo de 2007; y S.C. L. N° 152, L. XLVI, "López, Mario y otros c/ENA M° de Economía s/ordinario", del 12 de agosto de 2010, al que V.E. remitió).

-X-

En tales condiciones, opino que V.E. debe desestimar el recurso extraordinario deducido en autos.

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2012.

M. ALEJANDRA CORDONE ROSÉLLO  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de la Nación  
SUBROGANTE

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Veintiún de agosto de 2013

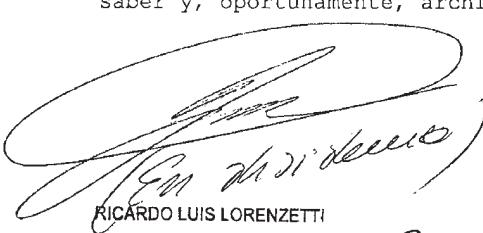
Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Tolosa, Nora Elida y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ cobro de sumas de dinero", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

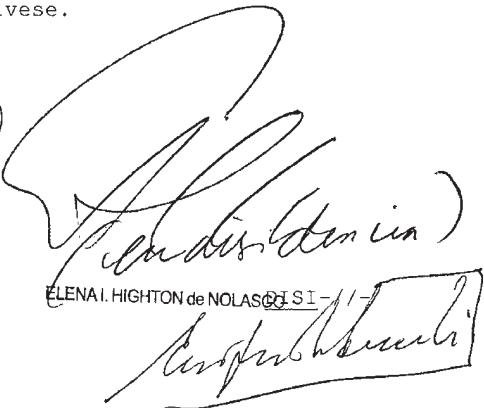
Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se desestima la queja. Dase por perdido el depósito de fs. 2. Devuélvase el principal. Hágase

saber y, oportunamente, archívese.

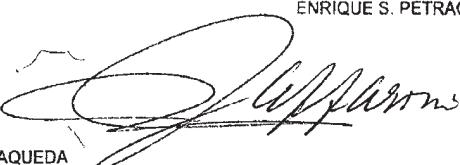


RICARDO LUIS LORENZETTI

  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

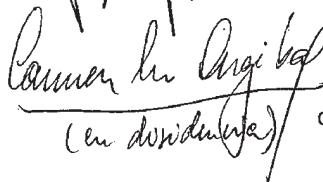
CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

-//--DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar al reclamo indemnizatorio contra Swiss Medical S.A. por no proveer a dos menores las prestaciones médicas que no están cubiertas por el contrato celebrado con dicha entidad y, al revocarla parcialmente, modificó el monto de condena. Contra dicho pronunciamiento la vencida interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que la cuestión constitucional traída a conocimiento

miento de esta Corte ha sido resuelta en la causa "Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas" (registrada en Fallos: 330:3725) –disidencia del infrascripto–, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

3º) Que, en consecuencia, la demandada no estaba alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que impusiera el deber de satisfacer las prestaciones solicitadas. En cambio, es absolutamente claro que es el Estado quien debió dar satisfacción plena al derecho de la actora a prestaciones constitucionales.

4º) Que, con arreglo a aquel precedente (considerando 8º) cabe examinar los efectos de la decisión sobre la situación de los accionantes, que no pudieron quedar sin la atención médica que debió prestar el Estado aunque no haya sido demandado en la causa.

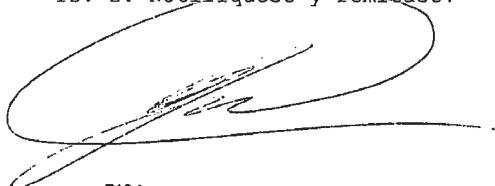
De lo dicho, surge que la revocación de la sentencia dejaría sin reparar el perjuicio experimentado por los demandantes –costos de medicación y tratamiento– como consecuencia de la omisión estatal. Por lo tanto, la demandada deberá pagar el importe diferido a condena –cuya cuantía no es susceptible de revisión (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)– que constituirá un crédito de la empresa contra el Estado que ésta podrá recuperar.

5º) Que la solución dispuesta en el considerando anterior es concordante con un análisis consecuencialista y con la naturaleza del contrato celebrado.

El costo de la prestación puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo, pues de lo contrario se vería frustrado su derecho a la salud. En cambio, la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, recuperarlos de las finanzas públicas.

La imposición de cargas públicas es, en este caso, compatible con el contrato celebrado que se caracteriza porque su objeto y su causa están relacionados directamente con los derechos fundamentales vinculados a la protección del estatuto de la persona. La conexión con el mencionado estatuto es evidente, ya que su inejecución total afectaría gravemente la integridad física del beneficiario. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas y sus derechos fundamentales (causa citada, considerando 9º).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada, en los términos del considerando 4º. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase.



RICARDO LUIS LORENZETTI

DISI-//-

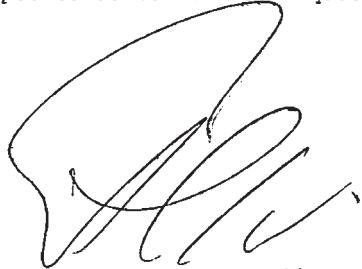
-//DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

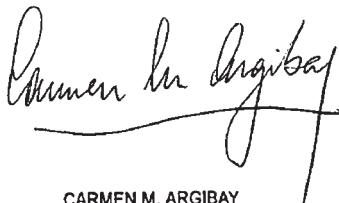
Que las cuestiones debatidas en el sub examine resultan análogas, en lo sustancial, a las consideradas y resueltas por esta Corte en la causa "Cambiaso Péres de Nealón, Ce-

lia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas", (Fallos: 330:3725, disidencia de las infrascriptas), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar al recurso de 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, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por la demandada (Swiss Medical S.A.), representada por la doctora Andrea E. Torres.

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

Tribunales intervenientes con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 46.

---

ZORRILLA, SUSANA Y OTROS C/ EN PEN  
S/ EXPROPIACIÓN SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA

*EXPROPIACION INVERSA*

Corresponde confirmar la sentencia que admitió la demanda de expropiación irregular promovida contra el Estado Nacional porque si bien de acuerdo con la ley 12.665 y su decreto reglamentario la declaración de "monumento histórico-artístico" no trae aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elemen-

tos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317 y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble y la expropiación resulta el único medio apto para garantizar la manda contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes, para asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito.

#### *EXPROPIACION INVERSA*

Resulta inadmisible sostener que la declaración como monumento histórico-artístico nacional respecto del inmueble objeto de la acción (ley 25.317) conllevaría -para su efectiva protección y preservación- la calificación de utilidad pública a los fines expropiatorios, ya que la ley 12.665 prevé expresamente la posibilidad de que la Comisión Nacional -dentro de sus atribuciones- proponga la declaración de utilidad pública de los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación, alternativa a la que no se apeló en el caso, donde el Poder Legislativo se limitó a la declaración plasmada en la ley 25.317 (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

#### *EXPROPIACION INVERSA*

Resulta inadmisible sostener que la declaración de un inmueble como “monumento histórico- artístico” resulta suficiente para probar la situación de indisponibilidad a la que se refiere el inc. b) del art. 51 de la ley 21.499 ya que tal interpretación desvirtuaría el funcionamiento del sistema establecido por la ley 12.665, que no supone la expropiación de todo bien incluido en su régimen y, por ese motivo, la ley prevé alternativas distintas a la expropiación para compatibilizar los derechos de los propietarios y la finalidad de la norma, tales como un acuerdo con el propietario, o la fijación de una indemnización para casos en los cuales la limitación al dominio fuera calificada como servidumbre administrativa (arts. 3º de la ley y 11 del decreto 84.005/41) (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de agosto de 2013

Vistos los autos: “Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia que había admitido la demanda de expropiación irregular promovida por los actores contra el Estado Nacional (Secretaría de Cultura y Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación), disponiendo la expropiación del inmueble objeto de la acción y el pago de la suma de \$ 8.100.000 en concepto de indemnización, con más sus intereses y costas. Contra ese pronunciamiento (fs. 1348/1351), tanto el demandado como los actores dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación (fs. 1356 y 1357), que fueron concedidos (fs. 1363/1364). Los respectivos memoriales y contestaciones obran a fs. 1371/1396, 1397/1401, 1405/1408 y 1410/1422.

2º) Que los recursos deducidos son formalmente admisibles en la medida en que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación Argentina es directamente parte, y en la que el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera para ambos recurrentes el mínimo previsto en el artículo 24, inc. 6º, ap. a del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3º) Que, para resolver de este modo, la alzada manifestó compartir los argumentos desarrollados por la juez de grado, en el sentido de que, con el dictado de la ley 25.317 —que declaró como monumento histórico-artístico nacional al edificio que ocupa la "Casa Mansilla"— "se produjo en la práctica la anulación del derecho de propiedad", al quedar sometido al régimen de la ley 12.665 y sus modificatorias y decretos reglamentarios. Señaló —invocando el aval genérico de la jurisprudencia de esta Corte— que aun sin existir ley expresa de expropiación los actores se encontraban facultados para reclamar la expropiación inversa en la medida en que resultaba indisponible por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales. En este punto, transcribió las expresiones de la magistrada de prime-

ra instancia, quien concluyó —tras reseñar las limitaciones al dominio derivadas del régimen legal citado— que la declaración como monumento histórico “tuvo como efecto jurídico prohibir al propietario la realización de todo acto que pudiera significar la disminución de su valor histórico o artístico; puesto que el propietario no puede, sin autorización expresa y formal de la autoridad administrativa competente, ni repararlo ni restaurarlo ni destruirlo en todo o en parte, no pudiendo concebirse —siquiera por hipótesis— la venta de un inmueble de las características del de autos, gravado con este tipo de limitaciones”.

Asimismo, la sentencia recurrida desestimó el planteo del Estado Nacional según el cual —en el sistema de la ley 12.665— debía examinarse la posibilidad previa de un acuerdo para el reconocimiento de los derechos del propietario y su adecuación con la declaración como monumento histórico nacional, ya que —de admitirse esa pretensión— deberían retrotraerse las actuaciones para el cumplimiento de un requisito formal carente de sentido en este estado del proceso, cual es el arribo a un acuerdo imposible.

También se expresó que, luego de la sanción de la ley 25.317, la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos no promovió ninguna actuación tendiente a convenir ni adoptar las medidas necesarias para la restauración, refacción y el mantenimiento del inmueble, ni para impedir el deterioro de la propiedad; a la vez que omitió establecer —mediante el respectivo convenio o por instrucción general— una modalidad de uso que permitiera a los propietarios obtener una razonable ganancia sobre el valor del inmueble.

Con respecto a los agravios de la actora, el a quo consideró inadmisible la pretensión de que los intereses corriesen desde el dictado de la ley 25.317, ello toda vez que se trata de un supuesto de expropiación inversa, donde no existe efectivo desapoderamiento ni —en consecuencia— retardo en el pago de la indemnización previa.

4º) Que en el respectivo memorial el demandado cuestiona que la sanción de la ley 25.317 sea suficiente para fundamentar la expropiación inversa y afirma que no se cumple con los presupuestos de esta acción, dado que: a) no existe declaración de utilidad pública; b) no existió inacción de promover juicio por parte del Estado; c) no medió prueba del daño que le habría ocasionado la declaración de monumento histórico. Aduce que, apartándose de la normativa vigente, los actores nunca tuvieron la intención de realizar tratativas previas y que los propietarios no fueron desposeídos del inmueble, destacando que el mal estado de aquél tampoco podía ser atribuido al Estado Nacional, toda vez que preexistía a la declaración legal.

Por su parte, los actores se agravián de lo resuelto en materia de intereses, y solicitan que devenguen desde el dictado de la ley 25.317.

Por razones de orden lógico corresponde atender en primer término a los agravios del Estado Nacional, desde que su eventual progreso tornaría inoficioso el tratamiento del recurso de su contraria.

5º) Que corresponde recordar que la expropiación irregular, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la ley 21.499, aplicable al caso, procede "*a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización; b) Cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales; c) Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad".*

En consecuencia, la acción bajo examen será admisible cuando el bien objeto de expropiación haya sido ocupado por el expropiante (Fallos: 266:34) o hayan mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del

titular (Fallos: 312:1725).

6º) Que esta Corte ha tenido oportunidad de sostener que, contrariamente a lo que sucede en algunos ordenamientos locales (v. gr. ley 4178 de la provincia de Buenos Aires), en la ley 21.499 (artículo 51, inc. c), no está expresamente previsto el requisito de existencia de ley que declare de utilidad pública el bien en cuestión (conf. el precedente "Faut, Pedro y otros c/ Prov. de Buenos Aires", Fallos: 328:4782).

Asimismo, este Alto Tribunal ha entendido que la propia ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa aun sin mediar calificación de utilidad pública, cuando de modo directo o reflejo -siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública- resultara indisponible un bien por su evidente dificultad para utilizarlo en condiciones normales (Fallos: 308:1282).

En razón de todo ello, corresponde desestimar los agravios que sobre el punto formula el Estado Nacional.

7º) Que ello aclarado, y a los efectos de dimensionar la trascendencia que para la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación reviste la cuestión ventilada en autos es importante destacar que el inmueble objeto del presente pleito, conocido como "La casa de Mansilla", perteneció al escritor, político, periodista y militar Lucio Victorio Mansilla, figura de indiscutida influencia en la vida política y militar argentina y cuyo legado literario incluye, entre otras obras, "Una excursión a los indios ranqueles", que no solo fue galardonada con el primer premio del Congreso Geográfico Internacional de París sino que ocupa un lugar de indudable relevancia en la historia de la literatura nacional.

La propiedad, de estilo neo renacentista italiano, fue construida entre los años 1870 y 1880 y, bajo la denominación "Villa la Esperanza", fue utilizada como quinta de fin de semana y casa de verano por el escritor en 1892. Según lo des-

cribe la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos "...se trata de una residencia palaciega de líneas italianizantes, con acceso por dos calles. El predio original dota ba a la construcción de un entorno paisajístico de gran belleza..."

(<http://www.monumentosysitios.gov.ar/ficha.php?idMonumento=313>) .

Según los distintos proyectos de resolución y de ley presentados en el ámbito del Congreso Nacional a los fines de obtener la expropiación "...se trata de un solar histórico de los pocos que quedan en la Ciudad de Buenos Aires y está amenazado de destrucción..." (expte. 5573-D-2008 de la Cámara de Diputados de la Nación) y es "...uno de los últimos exponentes que queda en pie de la arquitectura del neoclásico italiano del siglo XIX en el barrio de Belgrano y probablemente en la Ciudad de Buenos Aires...se menciona la existencia de un túnel propio que la uniría al arroyo Vega...que de comprobarse su existencia, otorgaría aun mayor valor histórico..." (expte. 4708-D-2010 de la Cámara de Diputados de la Nación).

Es posible entonces advertir que el inmueble en cuestión reviste un particular interés, tanto por su importancia histórica, derivada del hecho de haber pertenecido a una importante figura de la vida institucional y cultural de la Nación y de haber funcionado como Escuela Normal de Maestras nº 10, de 1915 hasta 1982, como por el valor artístico originado en sus singulares características arquitectónicas.

8º) Que estas particularidades llevaron al dictado de la ley 25.317 que declaró "monumento histórico-artístico nacional" al edificio y lo sometió al régimen de custodia y conservación contemplado en la ley 12.665 y el decreto 84.005/41. Esa normativa prevé que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, declarará de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la ex-

propiedad; o se acordará con el respectivo propietario el modelo para asegurar los fines patrióticos de la ley. Asimismo, se prevé que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación del dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso (confr. artículo 3º de la ley 12.665). Por otra parte, y a los efectos de garantizar la preservación de los inmuebles históricos, se dispone que éstos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la citada comisión (confr. artículo 4º de la citada ley).

9º) Que el patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros.

10) Que la necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 quienes en el artículo 41 de la Constitución Nacional expresamente establecieron como obligación de las autoridades federales la de proveer a la "...preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...". La trascendencia de la cuestión fue puesta de manifiesto por la convencional Rovagnati al señalar que "...es así que el patrimonio cultural constituye historia y sería oportuno recordar a Alfred Weber, cuando decía que 'nuestro mundo se haría espiritualmente pedazos si renunciara a orientarse en el espíritu de lo antiguo'. Por esta razón las manifestaciones del paisaje urbano, el arte y todas las expresiones culturales, deben ser garantizadas a todos los habitantes y a las generaciones futuras, porque constituyen elementos imprescindibles que hacen a la calidad de la vida..." (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de

1994; pág. 1619).

11) Que la preocupación por la protección del patrimonio cultural también aparece receptada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural acordada por la UNESCO en 1972 (y aprobada por la ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentra cada vez más amenazado de destrucción no solo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aun más temibles. Por tal motivo, los Estados partes al suscribir ese instrumento reconocieron su obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (conf. artículo 4º) y en razón de ello se comprometieron: a adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; a instituir servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural; a **tomar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio** (confr. artículo 5º, incs. a, b y d).

12) Que, finalmente, dentro del marco jurídico de protección del acervo cultural corresponde mencionar a la ley 25.197, que fijó el Régimen del Registro de Patrimonio Cultural, definió al patrimonio cultural argentino como aquel integrado por "todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico científico o técnico excepcional" (artículo 2º). Asimismo, caracterizó a los "bienes culturales histórico-artísticos" como todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irreemplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor

universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

13) Que frente a tal contexto normativo se torna imprescindible poner de relieve las condiciones en que se encuentra este inmueble de gran importancia histórica y artística.

Para ello es preciso señalar que si bien en 1998 se hallaba en buen estado (conf. fs. 16), la falta de medidas adecuadas para su conservación, sumada a la situación de abandono general han llevado a que, en la actualidad, se encuentre sumamente deteriorado.

La señora juez de primera instancia requirió, en el marco de la medida cautelar solicitada por la actora, que la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos elaborara un informe pormenorizado del estado edilicio del inmueble y de las medidas que resultaran necesarias adoptar a los fines de su conservación (fs. 28 vta. del incidente de medida). Esa manda resultó de muy difícil cumplimiento, precisamente por las condiciones de inseguridad en que se encuentra la propiedad.

En este sentido resultan demostrativas de la situación de abandono las constancias de fs. 136, 156 y 227 del incidente de medida, que se citará en adelante, que informan que el inmueble fue tomado con el objetivo de crear un comedor popular y un centro vecinal en septiembre de 2002 y que en febrero de 2004 se produjo un foco ígneo de pequeñas dimensiones en el interior de la casona, resultando 2 menores detenidos como posibles autores. Además, en diciembre de 2003 el terreno se hallaba con un alto grado de suciedad, con animales muertos, excrementos y gran cantidad de insectos debido a las bolsas de residuos y botellas dejadas allí por intrusos y ocupantes ocasionales. Se verificó, asimismo, en esa época la caída de ornatos del coronamiento de la casa en varios sectores del frente y en la fachada posterior, un importante deterioro con gran proliferación de

flora en el pórtico y gran cantidad de desprendimientos de ornatos y revoque en la fachada principal, presencia de humedad en cubierta, colonización de especies vegetales, falta o roturas en casi la totalidad de las carpinterías incluyendo componentes y vidrios, y la imposibilidad de acceder a la planta alta dada las condiciones de la escalera (fs. 274/274 vta.).

En enero de 2004 el Área Técnica solicitó a la Comisión de Museos que diera intervención al Instituto Pasteur para atrapar y trasladar los gatos que habitan por decenas en el lugar, que se dispusiera el vallado del predio para evitar la llegada de nuevos animales y le recordó la dificultad de acceder a la planta alta (fs. 273/273 vta.). Pocos meses después reiteraron la necesidad de erradicar los gatos, y señalaron que "los excrementos, los cadáveres de animales muertos y alimentos en descomposición hacían imposible el trabajo cotidiano en mínimas condiciones de seguridad". Una vez solucionados esos inconvenientes se procedería al relevamiento de planta, cortes, elevaciones y niveles, deterioros, y verificación de estructuras (fs. 270/271).

14) Que el preocupante estado de conservación de la propiedad también fue puesto de manifiesto en los proyectos de resolución y de ley presentados ante el Congreso Nacional en los que se señaló, tanto en el año 2008 como en el año 2010, que la construcción se encuentra amenazada de destrucción, que sus dueños no la pueden administrar ni proteger y que son los integrantes de una comisión protectora quienes promueven la protección de la casona, evitando saqueos y peticionando a las autoridades por más seguridad y limpieza (confr. exptes. 5573-D-2008 y 4708-D-2010 mencionados *ut supra*).

15) Que, en consecuencia, queda puesta de relieve con singular nitidez la imperiosa necesidad de actuar en resguardo de la preservación de esta propiedad cuyo valor histórico, arquitectónico y cultural ya fue señalado. En este punto no resulta ocioso insistir en que "los bienes culturales no son solo

mercancia, sino recursos para la producción de arte y diversidad, identidad nacional y soberanía cultural, acceso al conocimiento y a visiones plurales del mundo" (UNESCO, Nuestra diversidad creativa: Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, septiembre 1996) y es por ello que su preservación requiere de un especial celo por parte del Estado Nacional.

16) Que es importante destacar que, en el curso del presente proceso el Estado Nacional se ha empeñado en señalar que la pretensión de los actores debe desestimarse pues no han dado adecuado cumplimiento con las disposiciones establecidas en la ley 12.665 ya que iniciaron la demanda sin haber llevado adelante las negociaciones previas destinadas a establecer un mecanismo para asegurar la conservación del bien, como lo prevé el artículo 3º de la norma.

Aun cuando tal argumento pudiera admitirse parcialmente, pues las incansables iniciativas sobre el punto formuladas por los demandantes fueron realizadas ante las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cierto es que no existen constancias en autos de que el Estado Nacional haya habilitado un canal de diálogo orientado a buscar una solución consensuada respecto de los problemas y costos que ocasionaba la conservación del inmueble. Tampoco formuló propuesta concreta alguna a los propietarios con el objeto de armonizar razonablemente el derecho de propiedad de éstos con los intereses públicos que la declaración de monumento histórico-artístico pretendía satisfacer.

Por el contrario, en el transcurso del litigio solo se limitó a hacer hincapié en la intransigencia de los actores pero ninguna solución se les propuso a los efectos de poner fin a la grave situación que aquejaba a un bien cuya importancia para el acervo histórico y artístico de la nación se reconoció por ley. En este sentido tampoco obran en autos constancias de que el Estado Nacional hubiese adoptado, por su propia iniciativa, medidas de restauración, refacción o mantenimiento del inmueble,

cuyo deterioro no podía pasar desapercibido.

Todo ello resulta demostrativo de que durante los más de diez años que acumula este proceso las partes han quedado trabadas en un estéril cruce de imputaciones en el que la protección de la "Casa de Mansilla" pasó a un evidente segundo plano. Y si bien los actores no se encuentran exentos de responsabilidad por tal circunstancia, el mayor peso del reproche debe necesariamente recaer sobre el Estado Nacional pues a él compete la manda constitucional de resguardar el patrimonio cultural.

16) Que si bien es cierto que del esquema contemplado por la ley 12.665 y su decreto reglamentario no se sigue que la declaración de "monumento histórico-artístico" traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317, y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble.

Pero, lo que es más importante aun, esos mismos elementos también han puesto claramente en evidencia que la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes, esto es, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito. Máxime si se repara en que la declaración estatal formulada en la ley 25.317 no parece haber contribuido a mejorar el estado de preservación del inmueble o, tan siquiera, a preservarlo.

17) Que desestimados los agravios de la demandada, con excepción del relativo a las costas que será objeto de tratamiento por separado, corresponde ingresar en el examen del recurso ordinario planteado por la actora.

La recurrente discrepa con lo decidido por el a quo respecto del momento en que deben comenzar a computarse los intereses de la indemnización dispuesta en la sentencia. Alega que dicho plazo comenzó a correr con el dictado de la ley 25.317.

Tal criterio debe ser desechado pues, como se señala precedentemente, no es posible desprender de la normativa que rige la materia aquí examinada que la sola declaración de "monumento histórico-artístico" implique, de por sí, una limitación al dominio que justifique la expropiación. Por el contrario, en el sub lite tal declaración fue tan solo una de las circunstancias que se sucedieron y ocasionaron a los actores una evidente dificultad para utilizar el bien en condiciones normales, pero en forma alguna puede considerarse como el momento en que se produjo un "virtual desapoderamiento del bien".

18) Que, finalmente, ambas partes se agravian en cuanto a la forma en que fueron distribuidas las costas.

En lo que se refiere al planteo de la demandada respecto de la imposición efectuada en la primera instancia, los argumentos esbozados no solo no rebaten suficientemente las razones expuestas por el a quo para confirmar la decisión de la jueza de aquella instancia sino que, además, constituyen una simple reiteración de lo oportunamente señalado al expresar agravios ante la segunda instancia. Por lo tanto, debe ser desestimado.

Igual suerte debe correr la pretensión de la actora. Ello es así dado que la imposición de acuerdo a los respectivos vencimientos –efectuada por el a quo– en modo alguno altera o subvierte, como sostiene la demandante, el principio objetivo de la derrota. Antes bien, lo aplica concretamente debiendo cargar cada perdidoso con los gastos ocasionados por su pretensión perdida.

Por las razones expuestas se declaran formalmente admisibles los recursos ordinarios de apelación y se confirma la sen-

tencia apelada. Costas por su orden en esta instancia en atención a las particularidades que presenta la causa. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

E. RAÚL ZAFFARONI

-//--DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia que había admitido la demanda de expropiación irregular promovida por los actores contra el Estado Nacional (Secretaría de Cultura y Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación), disponiendo la expropiación del inmueble objeto de la acción y el pago de la suma de \$ 8.100.000 en concepto de indemnización.

zación, con más sus intereses y costas. Contra este pronunciamiento (fs. 1348/1351) tanto el demandado como los actores dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación (fs. 1356 y 1357), que fueron concedidos (fs. 1363/1364). Los respectivos memoriales y contestaciones obran a fs. 1371/1396, 1397/1401, 1405/1408 y 1410/1422.

2º) Que los recursos deducidos son formalmente admisibles en la medida en que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación Argentina es directamente parte, y en la que el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera para ambos recurrentes el mínimo previsto en el artículo 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3º) Que, para resolver de este modo, la alzada manifestó compartir los argumentos desarrollados por la jueza de grado, en el sentido de que, con el dictado de la ley 25.317 -que declaró como monumento histórico-artístico nacional al edificio que ocupa la "Casa Mansilla"- "se produjo en la práctica la anulación del derecho de propiedad", al quedar sometido al régimen de la ley 12.665 y sus modificatorias y decretos reglamentarios. Señaló -invocando el aval genérico de la jurisprudencia de esta Corte- que aun sin existir ley expresa de expropiación los actores se encontraban facultados para reclamar la expropiación inversa "en la medida en que resultaba indisponible por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales". En este punto, transcribió las expresiones de la magistrada de primera instancia, quien concluyó -tras reseñar las limitaciones al dominio derivadas del régimen legal citado- que la declaración como monumento histórico "tuvo como efecto jurídico prohibir al propietario la realización de todo acto que pudiera significar la disminución de su valor histórico o artístico; puesto que el propietario no puede, sin autorización expresa y formal de la autoridad administrativa competente, ni repararlo ni restaurarlo ni destruirlo en todo o en parte, no pudiendo concebirse -siquiera por hipótesis- la venta de un inmueble de las carac-

terísticas del de autos, gravado con este tipo de limitaciones".

Asimismo, la sentencia recurrida desestimó el planteo del Estado Nacional según el cual —en el sistema de la ley 12.665— debía examinarse la posibilidad previa de un acuerdo para el reconocimiento de los derechos del propietario y su adecuación con la declaración como monumento histórico nacional, ya que —de admitirse esa pretensión— deberían retrotraerse las actuaciones para el cumplimiento de un requisito formal carente de sentido en este estado del proceso, cual es el arribo a un acuerdo imposible.

También se expresó que, luego de la sanción de la ley 25.317, la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos no promovió ninguna actuación tendiente a convenir ni adoptar las medidas necesarias para la restauración, refacción y el mantenimiento del inmueble; ni para impedir el deterioro de la propiedad; a la vez que omitió establecer —mediante el respectivo convenio o por instrucción general— una modalidad de uso que permitiera a los propietarios obtener una razonable ganancia sobre el valor del inmueble.

Con respecto a los agravios de la actora, el a quo consideró inadmisible la pretensión de que los intereses corriesen desde el dictado de la ley 25.317, ello toda vez que nos encontramos ante un supuesto de expropiación inversa, donde no existe efectivo desapoderamiento ni —en consecuencia— retardo en el pago de la indemnización previa.

4º) Que en el respectivo memorial el demandado cuestiona que la sanción de la ley 25.317 sea suficiente para fundamentar la expropiación inversa y afirmó que no se cumple con los presupuestos de esta acción, dado que: a) no existe declaración de utilidad pública; b) no existió inacción de promover juicio por parte del Estado; c) no medió prueba del daño que le habría ocasionado la declaración de monumento histórico. Aduce que, apartándose de la normativa vigente, los actores nunca tuvieron la intención de realizar tratativas previas y que los propietatarios

rios no fueron desposeídos del inmueble, destacando que el mal estado de aquél tampoco podía ser atribuido al Estado Nacional, toda vez que preexistía a la declaración legal.

Por su parte, los actores se agraviaron de lo resuelto en materia de intereses, y solicitan que devenguen desde el dictado de la ley 25.317.

Por razones de orden lógico corresponde atender en primer término a los agravios del Estado Nacional, desde que su eventual progreso tornaría inoficioso el tratamiento del recurso de su contraria.

5º) Que con respecto a los planteos del demandado, corresponde recordar que la acción de expropiación irregular o inversa tiene por objeto lograr del Estado, que ha dispuesto por ley la expropiación del bien cuyo dominio restringe, la actualización normal de aquélla al no haberse iniciado el procedimiento directo (*Fallos: 263:502; 311:977*). En tales condiciones, la acción en examen procede cuando el bien objeto de la expropiación ha sido ocupado por el expropiante (*Fallos: 266:34*) o han mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular (*Fallos: 312:1725*).

Asimismo, cabe poner de relieve que la acción examinada encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Nacional y, como ya se adelantó, supone la existencia de una ley de declaración de utilidad pública (*Fallos: 319:2108*), pues se trata de una exigencia del texto constitucional citado "que libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurentes" (*Fallos: 4:311; González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", pág. 141*). La norma comentada establece una garantía constitucional en favor del propietario y una restricción de igual carácter para el poder público, en cuanto el Poder Ejecutivo o el Judicial no pueden sustituir su criterio sobre la utilidad pública al del Congreso, para que se transfiera el dominio al Estado o a una entidad de servicio público (*Fallos: 191:294*). A

la vez, en el supuesto de la expropiación irregular, la exigencia de la calificación legal opera en resguardo del interés público, porque, de otro modo, quedaría en manos del particular determinar cuándo es exigible a la autoridad pública la apropiación de un bien cuya necesidad para la comunidad no ha sido meritada por el órgano del poder señalado por la Constitución (del dictamen del señor Procurador General de la Nación, en *Fallos*: 308:1282).

6º) Que en este punto incurrieron en un error los jueces de las instancias precedentes cuando afirmaron que esta Corte admitió acciones de esta índole sin existir ley expresa de expropiación. Por el contrario, es doctrina del Tribunal que la ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa sin mediar declaración de utilidad pública o afectación directa cuando "de modo directo o reflejo –siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública– resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para utilizarlo en condiciones normales" (*Fallos*: 308:1282; 311:297, 1205; 312:1363). Precisamente, en tales supuestos no se advirtió la violación del precepto constitucional invocado dado que la ley admite expresamente la procedencia de la expropiación inversa respecto de bienes afectados "indirectamente" por una ley de utilidad pública (*Fallos*: 308:1282, considerando 7º). De tal modo, no se trata de dejar en manos de los ciudadanos la posibilidad de exigir una expropiación inversa, sino de que la procedencia de la acción se vincule de modo mediato o inmediato con una ley previa (*fallo cit.*, considerando 8º).

7º) Que la ley 12.665 –que consagra un régimen de superintendencia tendiente a la conservación del patrimonio histórico-cultural de la Nación, sea tanto de propiedad del Estado como de los particulares–, establece que "los inmuebles históricos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte, transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la comisión nacional" (artículo 4º). También prescribe específicamente que la Comisión

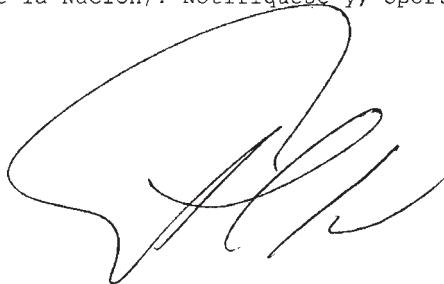
Nacional puede proponer la declaración de utilidad pública de los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación; o podrá acordar con el respectivo propietario el modo de asegurar los fines patrióticos de la ley. Finalmente agrega que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso.

De acuerdo con el tenor de estas disposiciones, resulta inadmisible sostener que la declaración como monumento histórico-artístico nacional respecto del inmueble objeto de la acción (ley 25.317) conllevaría —para su efectiva protección y preservación— la calificación de utilidad pública a los fines expropiatorios. Tal conclusión se pone en evidencia si se advierte que la disposición transcripta prevé expresamente la posibilidad de que la Comisión Nacional —dentro de sus atribuciones— proponga la declaración de utilidad pública de los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación (artículos 3º ya citado y 9º del decreto 84.005/41), alternativa a la que no se apeló en el caso sub examen, donde el Poder Legislativo se limitó a la declaración plasmada en la ley 25.317. Ello es así pues la expropiación del inmueble no es una consecuencia necesaria de su declaración como monumento histórico en los términos de la ley 12.665, en tanto dicha declaración puede dar lugar —según el grado de afectación— a una servidumbre administrativa (cf. Marienhoff, Miguel, "Tratado de derecho administrativo", t. IV, pág. 81, Abeledo Perrot 4ª ed.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. VI, Limitaciones a la Propiedad, págs. 282/285, T.E.A. ed. 1956), limitación del dominio que es susceptible de ser indemnizada de acuerdo con las previsiones expresas de ese régimen legal (cf. artículo 3º in fine, ley citada y artículo 11 del decreto 84.005/41), o constituir una simple restricción administrativa. Ello es coherente con el criterio de este Tribunal

según el cual las restricciones o perturbaciones al ejercicio de los derechos inherentes al dominio provenientes de medidas adoptadas por las autoridades públicas pueden dar lugar a las acciones civiles que el respectivo código establece, pero no bastan para dar nacimiento a una acción de expropiación, a falta de la ley que la haya autorizado (Fallos: 191:294).

Atento a las consideraciones precedentes, por no mediar en el caso una declaración legal de utilidad pública, corresponde desestimar la acción intentada.

Por todo ello, se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación de fs. 1371/1396, se revoca la sentencia de fs. 1348/1351 y se dispone el rechazo de la demanda. Asimismo, se declara inoficioso el recurso de la parte actora. Las costas se distribuyen en el orden causado, en atención a la dificultad y la complejidad que suscitó la materia en debate (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

DISI-//-

-//- DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el suscripto comparte lo expuesto en los considerandos 1º a 4º de la disidencia de la jueza Highton de Nolasco.

5º) Que, en lo que respecta a la ausencia de declaración legal de utilidad pública, esta Corte ha expresado que la propia ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa, aun sin mediar tal calificación, cuando de modo directo o reflejo -siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública- resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales (Fallos: 308:1282). En consecuencia, corresponde desestimar los agravios del Estado Nacional en este sentido.

6º) Que, por el contrario, cabe admitir las restantes objeciones de la demandada, porque no se determinó fehacientemente la situación de indisponibilidad del inmueble en condiciones normales, tal como lo requiere el inciso b del artículo 51 de la ley 21.499; y las limitaciones derivadas de la declaración del inmueble como "monumento histórico-artístico nacional", en los términos de la ley 12.665, no importan -por sí solas- una restricción que, por su carácter o extensión, desnaturalice el derecho de propiedad de sus dueños y justifique una acción de expropiación inversa.

7º) Que, en efecto, según la ley 12.665 y su decreto reglamentario, cuando un inmueble es declarado "monumento histórico-artístico" no puede ser sometido a reparaciones o restauraciones, ni destruido en todo o en parte, transferido, gravado o enajenado, sin aprobación o intervención de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (artículo 4º de la ley citada). A su vez, si la Comisión considera que corresponde la expropiación del bien podrá proponer al Poder Ejecutivo Nacional la declaración de utilidad pública (artículos 3º de la

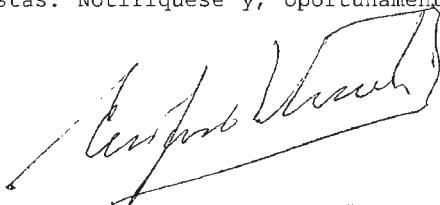
ley citada, y 9º del decreto 84.005/41). Si, en cambio, no lo considera necesario deberá acordar con el propietario el modo de asegurar los fines patrióticos de la norma y, en caso de que la conservación del inmueble implicase una limitación al dominio, estipulará una indemnización "ad referéndum" del Poder Ejecutivo (artículos 3º de la ley, y 9º y 11 del decreto).

A partir de lo expuesto, resulta inadmisible sostener –tal como lo hace la actora– que la declaración de un inmueble como "monumento histórico-artístico" resulta suficiente para probar la situación de indisponibilidad a la que se refiere el inciso b del artículo 51 de la ley 21.499. Una interpretación semejante desvirtuaría el funcionamiento del sistema establecido por la ley 12.665, que no supone la expropiación de todo bien incluido en su régimen. Precisamente, por ese motivo, la ley prevé alternativas distintas a la expropiación para compatibilizar los derechos de los propietarios y la finalidad de la norma, tales como un acuerdo con el propietario, o la fijación de una indemnización para casos en los cuales la limitación al dominio fuera calificada como servidumbre administrativa (ver artículos 3º de la ley y 11 del decreto).

En tales condiciones, la acción por expropiación irregular fundada en la simple declaración del inmueble como "monumento histórico-artístico nacional", y sin haber probado de otro modo la alegada indisponibilidad del bien en los términos del inciso b del artículo 51 de la ley 21.499, no puede admitirse. Ello implicaría apartarse del régimen legal vigente y obligar al Estado Nacional a decidir, sin respetar los pasos previos establecidos por la ley 12.665 y su decreto reglamentario, la declaración de utilidad pública y la expropiación del inmueble de la actora.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional, se revoca la sentencia apelada y se dispone el rechazo de la demanda. Asimismo se declara inoficioso el tratamiento del recurso de la

parte actora. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



ENRIQUE S. PETRACCHI

Recursos ordinarios de apelación interpuestos por la demandada (Estado Nacional), representada por las Dras. Amanda Raquel Righetti, Natalia Paola Bentancourt, Silvina Paula Gregorovich y el Dr. Alejandro Alberto Caffoz; y por Susana Zorrilla y otros, representados por el Dr. Walter A. Anido, con el patrocinio del Dr. Guillermo R. Moncayo.

Traslados contestados por el Estado Nacional, representado por las Dras. Amanda Raquel Righetti, Natalia Paola Bentancourt, Silvina Paula Gregorovich y el Dr. Alejandro Alberto Caffoz; y por Susana Zorrilla y otros, representados por el Dr. Walter A. Anido, con el patrocinio del Dr. Guillermo R. Moncayo.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3, Secretaría n° 6.



## SEPTIEMBRE

CENTRALES TERMICAS PATAGONICAS S.A.

C/ CHUBUT, PROVINCIA DEL

S/ ACCIÓN DECLARATIVA (EXISTENCIA DE BENEFICIOS TRIBUTARIOS RESPECTO DE LA GENERACIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y SU COMERCIALIZACIÓN POR LA EMPRESA CENTRALES TÉRMICAS PATAGÓNICAS)

### *IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS*

La declaración de la autoridad federal competente respecto de la conformación de la tarifa de energía eléctrica implica que la actividad que desarrolla la demandante -generación de energía eléctrica con fines de comercialización-, se encuentra alcanzada por la exención del gravamen cuestionado a fin de impedir que incida en la libre producción y circulación de la misma, y que al valorar como necesaria su fijación, no ha sido una falta de previsión de su parte con relación a las facultades de imposición local, sino un examen de mérito en el que consideró la medida como un medio idóneo para alcanzar los fines federales perseguidos, sin que se trate de una exención -como derivada implicancia de la fijación de una tarifa establecida por medio de un reglamento-, sino del ejercicio por parte de la autoridad nacional de claras facultades constitucionales otorgadas a la Nación.

### *IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS*

El impuesto provincial sobre los ingresos brutos no es susceptible de traslación, por lo cual la actora -empresa dedicada a la generación de energía eléctrica con fines de comercialización- se halla legal y técnicamente impedida de incorporarlo en el precio sin alterar la tarifa fijada por la autoridad nacional, por lo que si debiese afrontarlo lo soportaría íntegramente sobre sus rentas, incurriendo en consecuencia en una doble imposición prohibida por la ley.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 202/225, la firma Centrales Térmicas Patagónicas S.A. inició la presente acción declarativa de certeza contra la provincia del Chubut, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para que se haga cesar el estado de incertidumbre sobre la existencia de los beneficios tributarios previstos por el art. 12 de la ley 15.336 respecto de la generación de energía eléctrica y su comercialización y que, en consecuencia, se declare que está exenta de tributar el impuesto sobre los ingresos brutos en la jurisdicción provincial.

Señaló que es titular de una de las unidades de negocio en que fue subdividida para su privatización Agua y Energía Eléctrica S.E.; en concreto de las centrales ‘Comodoro Rivadavia’ y ‘Pico Truncado’. Destacó que genera energía eléctrica a partir de un proceso térmico y que coloca toda su producción en el sistema de transporte de jurisdicción nacional. Agregó que CAMMESA realiza la programación del despacho de cargas y que, por cuenta y orden suya, factura y cobra a terceros, y le realiza los pagos correspondientes.

Adujo que toda su actividad está regida por normas federales, dictadas en cumplimiento de competencias atribuidas por el art. 75, incs. 13, 18 y concordantes, de la Constitución Nacional. Añadió que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, del 12 de agosto de 1993, al que adhirió la provincia por su ley 3.925, obliga a derogar los gravámenes sobre la generación de energía eléctrica. Además, puntualizó que las normas por las que se fija su retribución prohíben que en sus costos se incluyan o trasladen tributos, razón por la cual no puede transferir la carga económica que implica la gabela que impugna, circunstancia que implica una colisión con lo normado por el art. 9º de la ley 23.548 dado que se superpone con el impuesto a las ganancias.

A pesar de ello, y de que expresas normas federales eximen su actividad de tributos provinciales, indicó que la Dirección General de Rentas local intimó el pago del mencionado tributo, primero por los períodos 1/94 a 9/1996 y 10/1996 a 12/1999. Si bien recurrió administrativamente las determinaciones de oficio mencionadas, la provincia inició los juicios de apremio correspondientes, en los cuales recayó sentencia condenatoria, cuyo cumplimiento se hizo efectivo mediante un convenio especial de pago.

Agregó que más tarde, por los períodos 1/2000 a 8/2003, también le iniciaron un procedimiento, en el cual recayó resolución determinativa, aclarando expresamente que es respecto de estos períodos que se ha promovido esta acción.

Solicitó la concesión de una medida cautelar de no innovar, en los términos de los arts. 230 y cc. del CPCCN, para que la provincia se abstuviera de iniciar acciones tendientes al efectivo cobro de las sumas reclamadas, hasta tanto se dicte aquí sentencia definitiva.

- II -

La provincia del Chubut contestó la demanda a fs. 285/306 vta.

Tras poner en tela de juicio la procedencia del camino procesal escogido por la actora, negó que el art. 12 de la ley 15.336 la exima del pago del gravamen en crisis. Por otra parte, negó que la actora sólo se rija por normas federales y que la pretensión del fisco local avasalle normas constitucionales.

Remarcó que la demandante no ha demostrado cuál es el grave perjuicio que dice padecer a causa del impuesto que cuestiona, dado que no ha aportado elemento alguno que demuestre que la gabela dificulte o restrinja la libre producción o circulación de la energía.

Por otro lado, puntualizó que la generación de energía eléctrica no ha sido considerada como una actividad industrial, sino de comercialización y prestación de servicios.

- III -

Es menester señalar que la pretensión de la accionante se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra frente al impuesto sobre los ingresos brutos (períodos 1/2000 a 8/2003), pretendido por la jurisdicción local por la generación de energía eléctrica a que se dedica su giro comercial. La acción no sólo se funda en la interpretación de las normas locales -como lo sostiene la demandada- sino también en la confrontación de la posición provincial con leyes federales, como la 15.336 y la ley de coparticipación federal de impuestos.

Pienso que existe una controversia definida, concreta, real y sustancial -tanto sobre los artículos pertinentes del Código Fiscal local, como sobre las normas federales referidas- que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo de V.E. (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851; 329:358, entre otros).

En efecto, la actividad estatal explícita llevada a cabo por la provincia del Chubut, dirigida primero a la verificación y determinación del tributo (ver copia del acto determinativo a fs. 112 y ss., resolución 87/03 de la Dirección General de Rentas local), a la que podría seguir luego el cobro por la vía compulsiva -en caso de que la actora no cumpla tal

intimación-, me hacen ver que se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podrá acordarse a un supuesto de hecho hipotético (ver Fallos: 310:606 y 311:421).

De otro lado, entiendo que no empece a ello el hecho de que, por anteriores determinaciones impositivas, la actora haya resistido tal pretensión administrativamente, y luego haya pagado mediante un convenio especial tras ser derrotada en los juicios de apremio correspondientes. En efecto, aquí no se debate lo referido a dichos períodos fiscales; y colegir lo contrario importaría tanto como cercenar definitivamente el derecho de defensa en juicio de la actora frente a nuevas pretensiones fiscales de la demandada por el mismo tributo.

Cierto es que el voluntario sometimiento a un determinado régimen jurídico implica la renuncia al derecho de cuestionarlo con posterioridad (arg. Fallos: 225:216; 285:410; 299:221; 307:1582; 314:1175, entre otros), pero esta regla no es de aplicación al *sub lite* –además de lo expresado en el párrafo anterior- a poco que se repare que la exigibilidad de las obligaciones tributarias en cuestión tiene por fuente un acto legislativo y unilateral del Estado provincial, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (Fallos: 318:676, cons. 8º y sus citas), al tratarse de un acto de imposición, que implica el desarrollo de la fuerza compulsiva del Estado, siendo un acto de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596, entre otros).

Por lo dicho en este acápite, considero que se han cumplido todos los requisitos fijados por el art. 322 del código de forma para la procedencia formal de la acción intentada.

- IV -

Tal como ha quedado planteada la presente litis, se desprende que el *thema decidendum* finca en determinar si la provincia demandada puede o no gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos las entradas de la actora provenientes de su actividad de generación de energía eléctrica para su venta al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), actividad de interés general, a la luz de las normas federales reguladoras de la actividad (arg. arts. 1º y cc. de la ley 24.065). Precisando aún más la cuestión, cabe apuntar que el debate de autos se centra en los ingresos provenientes de la facturación realizada por CAMESSA –que fue tenida en cuenta como base imponible de la determinación de oficio, confr. constancias de fs. 117- por la venta de dicha energía al mercado “spot”.

- V -

De manera preliminar, debe dejarse sentado que una arraigada doctrina del Tribunal ha establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcador que supone la interpretación del art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional. En esa inteligencia, corroborada en Fallos: 320:1302, se dijo que el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética nacional. En ese contexto legal es que debe resolverse si la potestad tributaria provincial aquí cuestionada pone en crisis a ese régimen, advirtiendo, por si cupiera alguna duda, que la ley 24.065, modificatoria en ciertos aspectos de la mentada ley 15.336, no modificó ni derogó el art. 12 de ésta, tal como se dijo en Fallos: 322:2598, y 325:723, entre otros.

Esa disposición, ha dicho esa Corte en consonancia con lo sostenido por este Ministerio Público, “no consagró una inmunidad impositiva absoluta. En efecto, aquella norma -indicadora del carácter objetivo de la exención que consagra- establece que ‘las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía eléctrica generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación’. Tal criterio resulta, por otro lado, compatible con lo dispuesto por el art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional, que establece como facultad del Congreso legislar ‘para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional’ aunque respetando el poder de policía e imposición local en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines” (Fallos: 322:2598, cons. 9º).

En el *sub lite* la actividad desarrollada por la demandante es la de generación de energía eléctrica, lo que introduce una variante con respecto a los casos de Fallos: 322:2598 y 325:723, donde se trató de la actividad de transporte, que obliga, en mi opinión, a escudriñar con detenimiento el conflicto de autos.

A tenor del art. 1º de la ley 24.065, la actividad realizada por la actora, en tanto está destinada a abastecer un servicio público (el de transporte y distribución de energía eléctrica en el MEM) se considera “de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”.

Resulta a mi juicio ostensible que, a pesar de no encontrarnos ante un servicio público, la generación de energía también ha sido rodeada por el legislador federal de una serie de garantías cuando está afectada a abastecer al sistema federal de energía eléctrica. Es cierto que en el art. 6º de la ley recién mencionada se establece que los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y que

estos contratos serán libremente negociados entre las partes -el mercado a término, según el art. 35, inc. a-. Pero también lo es que la generación de energía para su venta en el mercado spot -de la que trata la presente causa, como señalé *ut supra*- fue producto de una regulación más minuciosa, que con base en lo dispuesto por los arts. 35, inc. b), 36 y cc. de la ley 24.065, dejó sentado –entre otros extremos- que la autoridad nacional (en aquel momento la Secretaría de Energía) dictará una resolución que deberá disponer que “los generadores perciban por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema.”. Es la uniformidad de la tarifa que han de percibir los generadores que vendan su producción en este mercado un punto en torno al cual pivota la política nacional diseñada a tal efecto.

Sobre la base de estas premisas, tengo para mí que dicha autoridad nacional, con aplicación de la mencionada norma del art. 12 de la ley 15.336, y en ejercicio de la competencia atribuida por los arts. 36 y cc. de la ley 24.065, dictó primero la resolución 61/1992 de la ex Secretaría de Energía Eléctrica (y sus modificaciones) y luego la actualmente vigente, resolución 8/2002 (y sus modificaciones), en las cuales de manera indirecta en la primera y directa en la segunda (art. 1º del Anexo I), decidió indubitablemente que en la forma de determinar el precio de la energía eléctrica entregada a CAMESSA y que, a su turno, ésta (como encargada del DNDC y del MEM) les facturaría por su venta a distribuidores y otros usuarios de este mercado -que involucraba el coste variable de producción de los agentes generadores- no debían incorporarse los tributos locales, puesto que configuraba una hipótesis de restricción o de dificultad en la libre producción y circulación de la energía eléctrica.

A todo evento, por si alguna duda cupiera, creo que ella se desvanece si, en primer término, se repasan los considerandos de la mencionada res. 8/2002, en cuanto la autoridad nacional entiende que las variaciones en la metodología por ella estipulada para el cálculo de los costos variables de producción que declaren los agentes generadores puede poner “en riesgo la sustentabilidad de su actividad y, consecuentemente, el suministro a los usuarios finales de todo el país.”. Y, por otra parte, si se repara en las respuestas brindadas por CAMESSA (fs. 366/369) y la Subsecretaría de Energía Eléctrica (fs. 373/375), en las cuales mencionan y confirman que, en virtud de las disposiciones reglamentarias mentadas, la actora –ni ninguna otra generadora que actuase en el MEM- no incluyó el tributo aquí discutido en sus costos, los que fueron utilizados para la fijación del precio tarifado a percibir.

Por ende, considero que tal declaración de la autoridad federal competente respecto de la conformación de la tarifa ha de implicar la exención del gravamen local discutido y goza de la presunción de legitimidad de todo acto administrativo (Fallos: 250:36, entre otros), y configura una conducta de la autoridad nacional que debe ser entendida en el

contexto del reconocimiento de la consolidada jurisprudencia de la Corte de que “quien tiene el deber de procurar determinado fin, tiene el derecho de procurar los medios para su logro efectivo” (Fallos: 304:1186; 322:2624; 327:2369, entre otros).

- VI -

En virtud de lo expuesto, considero que cabe hacer lugar a la demanda, siendo insustancial el análisis de los demás argumentos esgrimidos por la actora.

Buenos Aires, 15 de abril de 2008.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2013.

Vistos los autos: “Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa”, de los que

Resulta:

I) A fs. 202/225, Centrales Térmicas Patagónicas S.A., que tiene por objeto la explotación de centrales de energía eléctrica y su comercialización, promueve acción declarativa de certeza contra la Provincia del Chubut, prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declare que se encuentra alcanzada por el régimen de beneficios tributarios establecido en el artículo 12 de la ley 15.336 y, en consecuencia, que resulta exenta del pago del impuesto sobre los ingresos brutos en jurisdicción de esa provincia.

Tras explicar el origen de la empresa en 1993, como resultado del proceso privatizador del sector, describe –respecto de su objeto– las diversas etapas que supone el proceso de la energía eléctrica hasta llegar al consumo masivo.

Expone así que es titular de una de las unidades de negocio en que fue subdividida para su privatización Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, en concreto de las centrales de Comodoro Rivadavia y Pico Truncado. Explica que genera energía eléctrica a partir de un proceso térmico y que coloca toda su producción en el sistema de transporte de jurisdicción nacional.

Añade que la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (en adelante, CAMMESA) realiza la programación del despacho de cargas y que, por cuenta y orden suya, factura y cobra a terceros, y le efectúa los pagos correspondientes.

Arguye que toda la actividad que lleva a cabo está regida por normas federales, dictadas en cumplimiento de competencias atribuidas por el artículo 75, incs. 13, 18 y concordantes, de la Constitución Nacional.

Relata que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, del 12 de agosto de 1993, al que adhirió la provincia por su ley 3925, obliga a derogar los gravámenes sobre la generación de energía eléctrica.

Señala que las normas por las que se fija su retribución prohíben que en sus costos se incluyan o trasladen tributos, razón por la cual no puede transferir la carga económica que implica la gabela que impugna, circunstancia que implica una colisión con lo normado por el artículo 9º de la ley 23.548 dado que se superpone con el impuesto a las ganancias.

Advierte que no obstante que expresas normas federales eximen a su actividad de tributos provinciales, la Dirección General de Rentas local intimó el pago del referido tributo, primero por los períodos 11/1994 a 9/1996 y 10/1996 a 12/1999. Indica que si bien dichas determinaciones fueron recurridas en sede administrativa, la provincia inició los juicios de apremio correspondientes, en los cuales recayó sentencia condenatoria, cuyo cumplimiento se hizo efectivo mediante un convenio especial de pago.

Observa que más tarde, por los períodos 11/2000 a 8/2003, también le iniciaron un procedimiento en el cual recayó resolución determinativa, aclarando expresamente que es respecto de estos periodos que promueve la presente acción.

II) A fs. 285/306 vta., la Provincia del Chubut contesta la demanda y solicita su rechazo.

Tras poner en tela de juicio la procedencia de la vía procesal escogida por la actora, niega que el artículo 12 de la ley 15.336 la exima del pago del gravamen en crisis.

Niega también que la actora solo se rija por normas federales y que la pretensión del fisco local avasalle normas constitucionales.

Puntualiza que la demandante no ha demostrado cuál es el grave perjuicio que dice padecer a causa del impuesto que cuestiona, dado que no ha aportado elemento alguno que acredite que la gabela dificulte o restrinja la libre producción o circulación de la energía.

Con cita de las disposiciones aplicables del Código Fiscal provincial (ley 4407), describe el procedimiento administrativo llevado a cabo en sede local y argumenta que la actividad de la actora de generación y comercialización de energía se encuentra gravada en los términos de aquél.

Sostiene, en ese sentido, que la generación de energía eléctrica no ha sido considerada como una actividad industrial, sino de comercialización y prestación de servicios.

III) Producida la prueba y clausurado el período correspondiente, la actora y la Provincia del Chubut presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fs. 426/441 y 447/457, respectivamente.

IV) A fs. 461/463 vta. obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal sobre los puntos constitucionales propuestos.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de esta Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la objeción de la demandada acerca de la improcedencia de la acción intentada no se ajusta a las circunstancias concretas de la causa toda vez que la actividad de sus órganos fiscales basta para justificarla (Fallos: 311:421; 323:3277; 325:474; 327:2369 y 329:358).

En efecto, la inadmisibilidad de ese planteo encuentra suficiente respuesta en el desarrollo argumental efectuado en el punto III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, el que se da aquí por reproducido a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3º) Que la actora funda su pretensión en los siguientes argumentos: a) que la actividad que desarrolla no es solo de competencia federal (artículo 75, incisos 13, 18, 30 y 32) sino que es de jurisdicción nacional, por lo que no se encuentra alcanzada por ningún gravamen local en virtud del beneficio previsto en el artículo 12 de la ley 15.336; b) que la provincia por haber adherido al Pacto para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, al intentar gravar la energía con el impuesto local frustraría su objeto y fin; c) que la actividad que desarrolla la empresa se rige por las leyes 15.336 y 24.065, y que su único ingreso es la retribución establecida en el marco normativo denominado "los Procedimientos"; d) que en mérito a esas regulaciones, el gravamen no es susceptible de traslación a la tarifa por lo que deviene en un impuesto a la renta, y e) que la empresa es contribuyente del impuesto a las ganancias y por ende la imposición local colisiona con la ley 23.548 de coparticipación federal (fs. 210/218).

4º) Que de las constancias del proceso surge que la actividad que se intenta gravar consiste en la explotación de centrales de generación eléctrica y su comercialización; que la

tarifa es fijada por el Estado Nacional, y que en el procedimiento establecido por la resolución 8/2000 de la Secretaría de Energía no se tuvo en cuenta la incidencia del impuesto cuya procedencia aquí se juzga.

El *thema ad decidendi* finca entonces en determinar si la provincia puede percibir el impuesto a los ingresos brutos por la actividad antedicha que realiza la actora para su comercialización en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), con relación a los ingresos que provienen de la facturación realizada por CAMMESA (fs. 117).

5º) Que dado que la actora cumplió con el reclamo de la provincia con relación a los períodos 11/1994 a 9/1996 y 10/1996 a 12/1999, lo que se hizo efectivo mediante un convenio especial de pago tendiente a regularizar esas deudas en el proceso de ejecución fiscal que tramitó ante la justicia local (fs. 96/99 y 347/348); solo resta definir lo concerniente a la demanda incoada con relación a los períodos 1/2000 a 8/2003 verificados por la provincia, y que ascienden a la suma de \$ 1.017.171,02 (fs. 107 y 209 y ss.).

6º) Que el Congreso de la Nación dictó las leyes 15.336 y 24.065 por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética, en un marco de regulación federal incorporado a los contenidos del artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional (Fallos: 320:1302).

7º) Que en Fallos: 322:2598 -y con cita de Fallos: 320:162- esta Corte señaló que el artículo 12 de la ley 15.336 atiende a la naturaleza objetiva de las materias de la industria eléctrica comprensivas de todo lo vinculado a la generación, transformación, transmisión y distribución de la electricidad, con prescindencia de los sujetos autorizados a su explotación (considerando 3º).

En esa oportunidad se afirmó que el mencionado artículo 12 no consagró una inmunidad impositiva absoluta, y que de-

de respetarse el poder de policía e imposición local, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley nacional (Fallos: 322:2598, considerando 9º).

En ese mismo sentido cabe recordar que en los precedentes de Fallos: 306:516 y 308:2153, aunque referidos a casos de transporte de pasajeros, el Tribunal declaró que la Constitución Nacional no invalida de modo absoluto los tributos locales, pero sí preserva esa actividad de los que encarezcan su desenvolvimiento, dificultando la libre circulación territorial.

8º) Que, en el sub lite, la actividad gravitante que desarrolla la empresa es la de generación de energía eléctrica para su ulterior comercialización.

Así, el informe del ENRE la encuadra como "un agente generador del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)", cuya actividad "...responde a su objeto social que consiste en la operación de centrales de generación eléctrica y la comercialización de la energía que produce" (fs. 380).

Tal extremo impone —según la acertada opinión de la señora Procuradora Fiscal— distinguir el presente caso de los precedentes de Fallos: 322:2598 y 325:723, en los que se examinó el tema atinente a las operaciones de compraventa de energía y su transporte, y adecuar ese enfoque al área de incumbencia de la aquí actora.

9º) Que ello conduce al estudio en particular de la ley 24.065, que se integra a la ley 15.336 de manera complementaria (v. artículos 85 y 92; Fallos: 323:3949), no sin antes advertir que aquella norma, modificatoria en ciertos aspectos de su antecedente, no modificó ni derogó el recordado artículo 12, tal como se expresó en Fallos: 322:2598.

Según lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 24.065, la actividad que realiza la actora en tanto está destinada a "abastecer" un servicio público —el de transporte y distribución de energía eléctrica en el MEM— debe ser considerada

"de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo". Es que, la generación de energía constituye la fase inicial y necesaria sin la cual no sería posible el transporte ni la posterior distribución. Por ende, resulta razonable que haya sido rodeada por el legislador federal de una serie de garantías cuando está destinada a proveer al sistema federal de energía eléctrica.

Es por ello que las distintas fases de un mismo proceso han de gozar de la misma protección legal, para dar continuidad y eficacia a su desenvolvimiento a nivel nacional.

En abono de ese criterio cabe consignar que el artículo 4º de esa ley registra como actores reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista a: los Generadores o productores, a los Autogeneradores y cogeneradores; a los Transportistas; Distribuidores; Grandes Usuarios; Comercializadores. A su vez, su artículo 5º define que "Se considera generador a quien, siendo titular de una central eléctrica adquirida o instalada en los términos de esta ley, o concesionarios de servicios de explotación de acuerdo al artículo 14 de la ley 15.336, coloque su producción en forma total o parcial en el sistema de transporte y/o distribución sujeto a jurisdicción nacional".

Si bien es cierto que a través del artículo 6º se establece que los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y que dichos contratos serán libremente negociados entre las partes; el artículo 35, al regular el Despacho de cargas ("DNDC") y su venta en el mercado spot -que aquí se discute- fue posible, como bien lo sostiene la señora Procuradora Fiscal, de una regulación específica, que con base en lo dispuesto por los artículos 35, inc. b, 36 y cc. de la ley 24.065, dejó sentado -entre otros extremos- que la autoridad nacional (en aquel momento la Secretaría de Energía) debe dictar una resolución a través de la cual se disponga que "los generadores perciban por la energía vendida

una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema".

De tal manera, se debe concluir que la uniformidad de la tarifa que han de percibir los generadores constituye una cuestión relevante en el diseño de la política energética a nivel federal.

10) Que con respecto a los "Procedimientos" corresponde señalar que —de acuerdo a lo sostenido a fs. 463 por la señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal hace parte de este pronunciamiento—, la autoridad nacional —en función de la disposición contenida en el artículo 12 de la ley 15.336, y en ejercicio de la competencia atribuida por los artículos 36 y concordantes de la ley 24.065—, emitió primero la resolución 61/1992 de la entonces Secretaría de Energía Eléctrica y sus modificatorias, y más tarde la resolución SE 8/2002 y sus modificatorias, actualmente vigente, y que se dictó a fin de adecuar el nuevo contexto macroeconómico a partir de la salida de la convertibilidad.

En esas regulaciones, de un modo indirecto en la primera y directo en la segunda (art. 1º del Anexo 1), se dejó establecido que en la forma de determinar el precio de la energía eléctrica entregada a CAMMESA y que, a su turno, ésta (como encargada del DNDC y del MEM) les facturaría por su venta a distribuidores y otros usuarios de ese mercado —que involucraba el coste variable de producción de los agentes generadores—, no debían incorporarse los tributos locales, puesto que de hacerlo se configuraría un supuesto de restricción o de dificultad a la libre producción y circulación de la energía eléctrica.

El texto de los considerandos de la referida resolución 8/2002 se basa en los criterios enunciados en las respectivas leyes orgánicas, al determinar que la actividad de generación de energía eléctrica se inscribe en el Marco Regulatorio Eléctrico como de interés general, afectada al servicio público y encuadrada en reglamentaciones que aseguran su normal funcio-

namiento (considerando 7º); y que no podía ponerse en riesgo "...la sustentabilidad de su actividad y, consecuentemente, el suministro a los usuarios finales de todo el país" (considerando 6º).

11) Que por dichas razones tanto CAMMESA (fs. 366/369), como la Subsecretaría de Energía Eléctrica (fs. 373/375), informaron al Tribunal que en virtud de las disposiciones reglamentarias relacionadas la actora no incluyó el tributo aquí discutido en sus costos.

12) Que es preciso indicar que en igual sentido se pronunció el perito ingeniero electricista Raúl D. Ferrari, al presentar su dictamen (fs. 390/398).

En esa oportunidad sostuvo que para el cálculo de precios para el período anterior al dictado de la resolución SE 8/2002, el procedimiento no incluía como variable de cálculo el impuesto a los ingresos brutos. Al efecto indicó que no existía mención del impuesto en el método aplicable, y enumeró diversas resoluciones de la Secretaría de Energía, que dan sustento a ese modo de proceder (fs. 392/393).

Asimismo señaló que para el cálculo de precios para los períodos posteriores a la resolución SE 8/2002 "...el procedimiento no permite incluir en el cálculo el impuesto a los ingresos brutos" (fs. 396, según Anexo I de la resolución citada bajo el título "Declaración Estacional de Costos Variables de Producción").

13) Que en el sub lite, se debe entonces concluir que el impuesto provincial sobre los ingresos brutos no es susceptible de traslación, y por ende la actora se halla legal y técnicamente impedida de incorporarlo en el precio sin alterar la tarifa fijada por la autoridad nacional; por lo que si debiese afrontarlo lo soportaría íntegramente sobre sus rentas, incurriendo en consecuencia en una doble imposición prohibida por la ley.

Asimismo se debe afirmar, que la declaración de la autoridad federal competente respecto de la conformación de la tarifa implica que la actividad que desarrolla la demandante se encuentra alcanzada por la exención del gravamen cuestionado a fin de impedir, como de hecho sucedería, que incida en la libre producción y circulación de la energía eléctrica; y que, al valorar como necesaria su fijación, no ha sido una falta de previsión de su parte con relación a las facultades de imposición local, sino un examen de mérito en el que consideró la medida como un medio idóneo para alcanzar los fines federales perseguidos. Cabe indicar que no se trata de una exención, como derivada implicancia de la fijación de una tarifa, establecida por medio de un reglamento, sino del ejercicio por parte de la autoridad nacional de claras facultades constitucionales otorgadas a la Nación (artículo 75, inciso 18, Constitución Nacional; Fallos: 68:227; 183:181 y 190, entre otros).

14) Que no puede verse en esas conclusiones una conculcación de las facultades de la autoridad provincial, sino la consagración de las disposiciones que regulan la especie, emanadas del órgano competente a nivel federal, que además de gozar de la consabida presunción de legitimidad (Fallos: 250:36), se inscriben en las que el Estado Nacional clasifica en el ámbito energético legal como demostrativas de la determinación de los medios apropiados para lograr los fines de interés nacional en esa materia (Fallos: 304:1186; 322:2624; arg. Fallos: 325:723, considerando 5°).

15) Que por las razones expresadas no corresponde que Centrales Térmicas Patagónicas S.A. tribute el impuesto sobre los ingresos brutos que se le exige.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. contra la Provincia del Chubut, y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación). Notifíquese enviese copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: Centrales Térmicas Patagónicas S.A.

Nombre del demandado: Provincia del Chubut.

Profesionales intervenientes: doctores Javier Carlos Andrés Elgueta, Miguel José Cucchietti y Susana Silvia Accorinti, y Jorge Eduardo R. Fernández y Valeria Lorena Viltes.

---

**COMPAÑIA DE TRANSPORTE DE ENERGIA ELECTRICA  
EN ALTA TENSION-TRANSENER S.A.-  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE  
S/ COBRO DE PESOS**

*COBRO DE PESOS*

Teniendo en cuenta que no se notificó a la empresa actora la transferencia de la Empresa Social de Energía de la Provincia de Buenos Aires -ESEBA S.A.- a favor de otra sociedad anónima, como así también que el Estado provincial es responsable del patrimonio residual de aquélla en virtud de lo dispuesto en el decreto provincial 2942/00, debe concluirse que es la Provincia de Buenos Aires demandada quien resulta obligada frente a la actora, que reclama el pago de facturas por servicios de operación y mantenimiento, sin que obste a ello dicha transferencia ya que, más allá de cualquier otra consideración en cuanto a su oponibilidad a la actora, es la provincia el sujeto de la relación obligacional debatida. -Los jueces Ricardo Luis Lorenzetti y Enrique Santiago Petracchi, en disidencia, consideran que los accesorios deben ser calculados a la tasa que percibe el Bando de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento y no a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina-.

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- I -

Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión TRANSENER S.A. promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos), a fin de obtener el pago de unas facturas por servicios de operación y mantenimiento de la Estación Transformadora Campana, en virtud de lo acordado en el Convenio de Conexión y en el Convenio de Partes y su prórroga (v. fs. 70/74 y ampliación de demanda de fs. 193/194).

Dijo que el 4 de enero de 1994 celebró un convenio de conexión con ESEBA S.A. —empresa que fue liquidada por el decreto provincial 2942/00, por el cual la provincia demandada también asumió su patrimonio residual— para regular los derechos y obligaciones de las partes para la conexión de la Estación Transformadora Campana, ubicada a la altura del kilómetro 70 de la Ruta Nacional N° 9, con la línea de alta tensión que une las estaciones transformadoras de Gral. Rodríguez y Colonia Elía. También suscribió un convenio de partes, en el que se establecieron las condiciones

técnicas y económicas —entre las que se encuentran tanto el precio como la forma de pago— para la prestación del servicio de operación y mantenimiento de la primera de aquellas estaciones.

Luego acordaron una prórroga al convenio de partes para el período comprendido entre el 1º de noviembre de 1996 y 30 de abril de 1998. El contrato se desarrolló normalmente pero cuando la actora remitió la factura por el mes de octubre de 1997 ESEBA S.A. no la abonó y luego se negó a cancelar las facturas por los meses siguientes hasta abril de 1998.

– II –

Al contestar la demanda, la Provincia de Buenos Aires reconoció haber firmado los convenios de conexión y de partes, así como su prórroga. También reconoció la primera de las facturas reclamadas y la carta documento que la actora le envió exigiendo su pago, aunque desconoció tanto las facturas como el pago por los períodos 7/97 a 4/98 (fs. 207/210).

Sin perjuicio de ello, señaló que, con motivo de la privatización de ESEBA S.A., la propiedad de las instalaciones de la estación transformadora Campana quedó en cabeza de aquélla y que si bien intentó vendérsela a la actora ello no se concretó y luego, a fin de capitalizar a la empresa Centrales de la Costa Atlántica S.A., decidió transferirle las instalaciones. Ese traspaso, dijo, implicó también que dicha empresa asumiera todas las deudas relativas al bien transferido. En consecuencia, si bien desconoció la real existencia de las tareas de conservación y mantenimiento que la actora alega como fundamento de las facturas que reclama, sostuvo que, aun en el caso de que esas actividades se hubieran realizado, no es la Provincia la que debe abonarlas, sino que ello es obligación de Centrales de la Costa Atlántica S.A., en atención a la transferencia que invocó y, por ello, solicitó que se la cite al juicio como tercera interesada.

Una vez que se dispuso su citación en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 368), esa empresa se presentó mediante el escrito de fs. 402/412, en el que sostuvo que la Provincia de Buenos Aires no puede eximirse del pago de las facturas que le reclama la actora con fundamento en la transferencia de la estación transformadora a Centrales de la Costa Atlántica S.A., porque ésta sólo produce efectos entre las partes signatarias y es ajena a terceros, tal como es TRANSENER S.A., a quienes no se les puede oponer. Esto es así, continuó,

porque la propia demandada no comunicó a la actora la transferencia operada con relación a las facturas y, por ello, solicitó que se rechace la defensa de la provincia demandada de desvincularse del reclamo de autos, porque conserva su condición de deudora originaria y principal de las obligaciones por aplicación de las prescripciones del art. 814 y ss. del Código Civil.

Asimismo, Centrales de la Costa Atlántica S.A., con fundamento en su condición de propietario de la estación transformadora Campana, formuló demanda de reconvenCIÓN contra TRANSENER S.A. por el cobro de un valor locativo mensual por su uso y goce.

A fs. 413, se resolvió que la pretensión esgrimida como fundamento de la reconvenCIÓN intentada no deriva de la misma relación jurídica invocada por la actora en su demanda y, por lo tanto, no se le dio curso.

– III –

Clausurado el período probatorio, el Tribunal dispuso correr vista de las actuaciones a esta Procuración General (fs. 578).

En atención a la forma en que ha quedado trabada la *litis*, cabe señalar que no existen controversias entre las partes en cuanto a la existencia o forma de cumplimiento de los convenios de conexión y de partes, así como de su prórroga, que las vinculaba con relación a la operación y mantenimiento de la estación transformadora Campana. La cuestión se circunscribe, entonces, a determinar la procedencia del reclamo por cobro de las facturas por trabajos que la actora aduce haber realizados, así como a determinar quién es el obligado a su pago, en caso de prosperar esa pretensión. Esto último, porque la provincia demandada sostiene que la transferencia de las instalaciones a Centrales de la Costa Atlántica S.A. incluyó también la obligación de hacer frente a los reclamos que se discuten en estos autos, mientras que ésta rechaza esa posición con sustento en las normas del Código Civil que considera aplicables al caso.

En tales condiciones, advierto que en autos no se discuten cuestiones federales sobre las cuales deba emitir opinión el Ministerio Público, porque para resolver esta causa será necesario, por un lado, evaluar los aspectos de hecho y prueba invocados por las partes, mientras que, por el otro, será preciso aplicar e interpretar las disposiciones del derecho común en las que aquéllas fundan sus derechos y ambas materias están reservadas a la apreciación que hagan los jueces de la causa (conf. en el mismo sentido, el dictamen el señor Procurador General del 16 de

septiembre de 2003, *in re* E.254, L.XXXVI. Orig. "Estado Nacional —Estado Mayor General del Ejército— c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad).

- IV -

Opino, por tanto, que en autos no existen cuestiones federales que requieran una opinión de esta Procuración General, circunstancias que me eximen de dictaminar. Por ello, devuelvo los autos al Tribunal.

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2009.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *17 de setiembre de 2013.*

Vistos los autos: "Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión - Transener S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos", de los que

Resulta:

I) A fs. 70/74, la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión -TRANSENER S.A.-, promueve demanda contra la Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos-, a fin de obtener el pago de una factura adeudada por la Empresa Social de Energía de la Provincia de Buenos Aires -ESEBA S.A.- por servicios de operación y mantenimiento correspondientes a octubre de 1997 de la Estación Transformadora Campana. A ese fin se basa en lo establecido en el Convenio de Conexión, en el denominado "Convenio de Partes", y en la prórroga de este último (documentos obrantes a fs. 9/18, 23/27 y 51, respectivamente).

Indica que la demandada es responsable del pago de la suma de \$ 42.668,80 más los intereses, ya que de conformidad con

lo dispuesto por el decreto provincial 2942/00 -por el que se ordenó la liquidación y cancelación de la personería jurídica de ESEBA-, el ex Ministerio de Obras y Servicios Públicos asumió el patrimonio neto residual de la citada entidad (fs. 64).

Relata que el 4 de enero de 1994 celebró un convenio para regular los derechos y obligaciones de las partes, a fin de lograr la conexión de la Estación Transformadora Campana -ubicada a la altura del kilómetro 70 de la Ruta Nacional n° 9-, con la línea de alta tensión que une las estaciones transformadoras de Gral. Rodríguez y Colonia Elía.

Expone que en el "Convenio de Partes" se establecieron las condiciones técnicas y económicas atinentes al servicio de su operación y mantenimiento.

Explica que se prorrogó ese acuerdo de voluntades al periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 1996 y el 30 de abril de 1998.

Señala que se cumplió el contrato hasta la oportunidad en que se remitió la factura correspondiente al mes de octubre de 1997.

A fs. 193/194 la actora amplía la demanda por las facturas individualizadas como A-0006-00001551; A-0006-00001596; A-0006-00001645; A-0006-00001687; A-0006-00001746 y A-0006-00001802.

Ofrece prueba a fin de acreditar la efectiva prestación de los servicios de operación y mantenimiento referidos durante los meses en que no se efectuaron los pagos correspondientes.

II) A fs. 207/210 la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda.

Reconoce haber firmado los convenios reseñados y su prórroga, la emisión de la factura A-0006-00001502, y desconoce las relativas a los períodos subsiguientes (fs. 207/210).

Arguye que con motivo de la privatización de ESEBA S.A. la propiedad de las instalaciones de la Estación Transformadora Campana se transfirió a favor de la empresa Centrales de la Costa Atlántica S.A.

Sostiene que, como consecuencia de ese traspaso, la empresa debe asumir todas las deudas vinculadas al bien transferido. Si bien desconoce que se hayan llevado a cabo las tareas de conservación y mantenimiento que la actora alega como fundamento de las facturas que reclama; argumenta que si se acredita su realización, no es la provincia la que debe abonarlas sino Centrales de la Costa Atlántica S.A. Sobre dicha base requiere que se la cite al proceso en carácter de tercero.

III) A fs. 368, se dispuso citar a esa empresa en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

IV) Por medio del escrito de fs. 402/412, Centrales de la Costa Atlántica S.A. contesta la citación.

Argumenta que la Provincia de Buenos Aires no puede eximirse del pago de las facturas reclamadas con sustento en la transferencia de la estación transformadora a Centrales de la Costa Atlántica S.A., ya que este acto produce efectos entre las partes signatarias y no le puede ser opuesto a la actora por ser ajena a dicha relación jurídica. En el mismo sentido expone que la demandada no comunicó a TRANSENER S.A. el supuesto cambio del obligado al pago, razón por la que, arguye, la Provincia de Buenos Aires conserva su condición de deudora por aplicación del artículo 814 y concordantes del Código Civil.

V) Clausurado el período probatorio, a fs. 579/583 se agregó el alegato de la parte actora.

VI) A fs. 586/587 emitió su dictamen la señora Procuradora Fiscal.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la actora pretende el cobro de las facturas derivadas de la prestación de servicios de operación y mantenimiento, individualizadas como A-0006-00001502, A-0006-00001551; A-0006-00001596; A-0006-00001645; A-0006-00001687; A-0006-00001746 y A-0006-00001802 (se descuenta de esta última la suma expresada en la nota de crédito A-0006-00000571), correspondientes a los períodos que se indican en el escrito inicial, por un total de doscientos setenta y cinco mil cuarenta y siete pesos con cincuenta y dos centavos (\$ 275.047,52), con más sus intereses y costas. Todo ello en el marco de los convenios celebrados entre ESEBA S.A. y TRANSENER S.A.

Por su parte, la Provincia de Buenos Aires y Centrales de la Costa Atlántica S.A. niegan ser sujetos obligados al pago por las razones que esgrimen.

3º) Que, en atención a los términos en que ha quedado trabada la litis y la prueba producida, resulta acreditada la relación existente entre las partes destinada a la prestación del servicio operación y mantenimiento de la Estación Transformadora Campana. Las constancias de la causa dan cuenta de la existencia de los Convenios de Partes y de Conexión, celebrados entre TRANSENER S.A., transportista de energía de alta tensión, y ESEBA S.A. distribuidora de energía, así como de su prórroga.

4º) Que del informe presentado por CAMMESA (fs. 518/520) se desprende que en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1997, y enero, febrero, marzo y abril de 1998, TRANSENER S.A. era la empresa responsable ante ese órgano y el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), por la operación, mantenimiento, la disponibilidad y el equipamiento de la Estación Transformadora (ET) Campana (v. fs. 518/520).

5º) Que ello se corrobora con las declaraciones tes-

tificales obrantes a fs. 476/477 y 478/479.

Así el testigo señor Roberto Oscar Martínez, quien se desempeña como "técnico de estación", dedicado a tareas de mantenimiento y operación en la ET Campana, manifestó que "...el servicio que prestaba la estación ET Campana era de mantenimiento y operación para ESEBA", que esos mismos servicios fueron realizados "...inclusive en el período de octubre de 1997 a abril de 1998, y que ello le consta toda vez que el testigo presta funciones allí desde 1995 a la fecha..." (fs. 476). Detalló también cómo se realizaba la función de operación, y explicó que además de realizar "mantenimiento mayor de los equipos", cuentan con un "sistema de mantenimiento preventivo"; aclaró que "...el sistema utilizado por la empresa se llama "Mantec". Cada vez que se realiza este tipo de operaciones se registran las mismas en los libros de licencia y de guardia" (fs. 477).

En el mismo sentido, el testigo Gustavo Héctor Rusconi, "técnico electromecánico de estación" afectado a tareas de operación, mantenimiento e inspección de las instalaciones, a fs. 478 manifestó "...en el período comprendido entre octubre de 1997 y abril de 1998, ambos inclusive, Transener S.A. prestó los servicios de mantenimiento y operación para ESEBA residual...". Asimismo añadió que "...todas las actividades realizadas por Transener S.A. en la estación ET Campana quedaban registradas en los libros de guardia, licencias, novedades, quincenales y de recorridas diarias...", y que los servicios de operación y mantenimiento beneficiaban a ESEBA residual.

Ambas declaraciones dan cuenta de que en el período comprendido entre octubre de 1997 y abril de 1998, TRANSENER S.A. dio los servicios en la Estación de que se trata, y que esos trabajos se hallan asentados en los libros correspondientes (ver también a su respecto el informe pericial contable y su ampliación, y el alegato de la actora a fs. 581 vta.).

6º) Que de los convenios agregados, como así también de los antecedentes relacionados en los considerandos preceden-

tes, debe concluirse -a pesar de la negativa general efectuada por la Provincia de Buenos Aires- que las tareas fueron efectivamente realizadas; y al efecto es preciso indicar que resultaban de inexcusable cumplimiento en virtud de la naturaleza de la prestación, vinculada al régimen del servicio público de electricidad (confr. resolución ENRE 800/99, adjuntada por el Ente Regulador de la Electricidad a su informe, a fs. 545/548).

7º) Que a fs. 511/515 y 528 obra el peritaje realizado en autos por el contador designado de oficio Eduardo Enrique Gallego.

El experto, sobre la base del examen de los libros contables de la empresa actora, y del cotejo de la documentación acompañada con la allí existente, pudo determinar la fecha de emisión y vencimiento de las facturas, su importe y la falta de cancelación, y determinó que la suma total adeudada por ESEBA S.A. ascendía a doscientos setenta y cinco mil cuarenta y siete pesos con cincuenta y dos centavos (\$ 275.047,52).

Asimismo y con particular atinencia a la función electromecánica realizada por la actora en la ET Campana, pudo comprobar las órdenes y partes de trabajo correspondientes.

8º) Que con relación a ello es dable recordar que es doctrina de esta Corte que cabe reconocer validez a las conclusiones de los peritos para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que sólo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos (artículo 477, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 319:469; 320:326 y 332:1688).

9º) Que, por lo demás, de la prueba informativa producida en autos -en punto a la prestación de los servicios de operación y mantenimiento durante los meses de octubre a diciembre de 1997 y los meses de enero a abril de 1998-, vale destacar la contestación del oficio librado a la AFIP, cuyo informe da

cuenta de que TRANSENER S.A. canceló el impuesto al valor agregado correspondiente a las facturas en discusión A-0006-00001502, A-0006-00001551; A-0006-00001596; A-0006-00001645; A-0006-00001687; A-0006-00001746 y A-0006-00001802, con lo que se acredita que la actora cumplió con su obligación tributaria en relación a los trabajos realizados (fs. 502/509).

10) Que, en mérito a lo expuesto, la demanda prospera por la suma de pesos doscientos setenta y cinco mil cuarenta y siete con cincuenta y dos centavos, \$ 275.047,52 (conf. informe pericial contable a fs. 511/515).

11) Que en virtud de las demás defensas planteadas por la Provincia de Buenos Aires, el Tribunal debe determinar quién es el sujeto obligado al pago de las facturas reclamadas.

A tal efecto y teniendo en cuenta que no se notificó a la empresa actora la transferencia de ESEBA S.A. a favor de Centrales de la Costa Atlántica S.A., como así también que el Estado provincial es responsable del patrimonio residual de aquélla en virtud de lo dispuesto en el decreto provincial 2942/00 (fs. 64), debe concluirse que es la demandada quien resulta obligada frente a TRANSENER S.A.

No empece a lo expuesto la transferencia referida ya que, más allá de cualquier otra consideración en cuanto a su oponibilidad a la actora, es la provincia el sujeto de la relación obligacional aquí debatida.

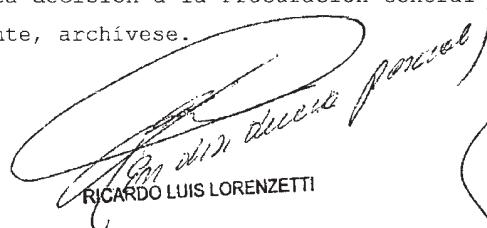
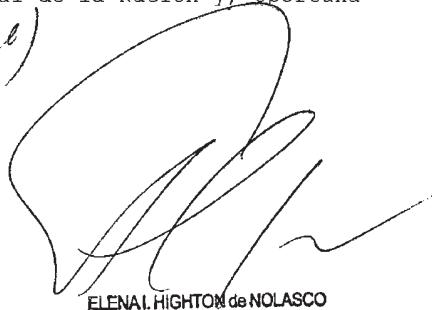
12) Que no modifica lo antedicho el argumento de la provincia demandada según el cual al momento de la transferencia a Centrales de la Costa Atlántica S.A., le transfirió también la factura A-0006-00001502, al igual que un saldo anterior al 30/06 a favor de TRANSENER S.A. cuyo monto ascendía a \$ 85.377,60, ya que ni ESEBA S.A. ni la autoridad provincial notificaron de ello a la reclamante.

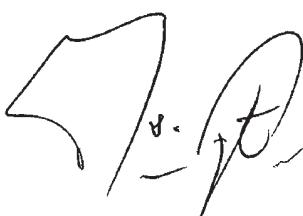
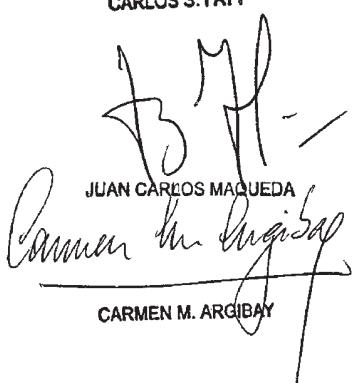
13) Que también debe prosperar el reclamo de intereses desde el vencimiento del plazo para el pago de cada factu-

ra ya que la demandada ha incurrido en mora en el cumplimiento de su obligación (artículos 464 y 474 del Código de Comercio, y artículos 509 y 622, Código Civil y Fallos: 317:1598; 320:1048 y 329:4789, entre otros). Dichos accesorios deben ser calculados hasta el 30 de noviembre de 2001 a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (causa S.457.XXXIV. "Serenar S.A.", sentencia del 19 de agosto de 2004), y desde entonces hasta el efectivo pago la que corresponda según la legislación que resulte aplicable (Fallos: 316: 165 y 321:3513).

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la demanda y condenar a la Provincia de Buenos Aires a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de pesos doscientos setenta y cinco mil cuarenta y siete con cincuenta y dos centavos (\$ 275.047,52),

-///-mas sus intereses. Con costas (articulo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

  
Ricardo Luis Lorenzetti  
  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

  
CARLOS S. FAYT  
  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
  
E. RAÚL ZAFFARONI  
  
CARMEN M. ARGIBAY  

DISI-11-

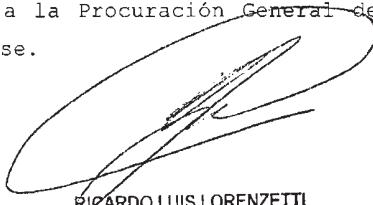
-///-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1º al 12 del voto de la mayoría.

13) Que también debe prosperar el reclamo de intereses desde el vencimiento del plazo para el pago de cada factura ya que la demandada ha incurrido en mora en el cumplimiento de su obligación (artículos 464 y 474 del Código de Comercio, y artículos 509 y 622, Código Civil y Fallos: 317:1598; 320:1048 y 329:4789, entre otros). Dichos accesorios deben ser calculados a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (causa S.457.XXXIV "Serenar S.A.", disidencia de los jueces Petracchi, Belluscio y Vázquez, sentencia del 19 de agosto de 2004), y desde entonces hasta el efectivo pago la que corresponda según la legislación que resulte aplicable (Fallos: 316:165 y 321:3513).

Por ello se resuelve: Hacer lugar a la demanda y condenar a la Provincia de Buenos Aires a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de pesos doscientos setenta y cinco mil cuarenta y siete con cincuenta y dos centavos (\$ 275.047,52), más sus -//-- intereses. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ENRIQUE S. PETRACCHI

Nombre del actor: Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión - Transener S.A.

Nombre del demandado: Provincia de Buenos Aires.

Profesionales intervinientes: doctores Héctor Pozo Gowland, Eduardo A. Koch, Carlos Ernesto Mina, María Angélica Fortuna y Carlos María Bordeu; y Alejandro Fernández Llanos y Luisa Margarita Petcoff y María Dolores Vetulli.

EPELCO SA IECSA SA UTE (TF 21554-I) C/ DGI

*IMPUESTO A LAS GANANCIAS*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que había revocado la resolución de la AFIP que determinó de oficio el gravamen del art. 37 de la ley de Impuesto a las Ganancias en cabeza de la actora -Unión Transitoria de Empresas-, pues la mera localización de la firma que emitió las facturas no es argumento bastante para excluir de la aplicación de la figura prevista en dicha norma, toda vez que esa circunstancia no significa que aquella firma fuera la verdadera beneficiaria de las operaciones realizadas, de acuerdo al criterio del precedente “Red Hotelera Iberoamericana” (Fallos: 326:2987), del cual se apartó la Cámara sin fundamentos válidos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

El 12 de marzo de 2008, la Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación, con el voto concurrente de sus tres vocales titulares, revocó la resolución 192/03 (DV PRR1) de la AFIP que había determinado de oficio el gravamen del art. 37 de la ley del impuesto a las ganancias en cabeza de EPELCO S.A. IECSA S.A. Unión Transitoria de Empresas (en adelante, “Epelco UTE”), por ciertas operaciones realizadas durante el ejercicio fiscal 1998 (ver fs. 182/186).

Para así resolver, en primer lugar rechazó la defensa de falta de legitimación pasiva argüida por la actora. Indicó que, desde el punto de vista tributario, aun antes de la sanción de la ley 22.903, las uniones transitorias de empresas (UTE) deben ser consideradas como sociedades de hecho o irregulares, para dar una solución similar a la que, por ejemplo, brinda el art. 1º de la ley del impuesto a las ganancias para las sucesiones indivisas. Es decir que, para el Fisco Nacional, las UTE son sujetos pasivos, que pueden ser contribuyentes o responsables con relación a determinados tributos, y que por ello quedan obligadas frente al Estado a cancelar los gravámenes en el plazo, por el monto y en las condiciones fijadas por la ley y sus reglamentaciones.

En cuanto al fondo del asunto, con relación al instituto de las salidas no documentadas, luego de opinar sobre su naturaleza jurídica, se centró en el estudio de la documentación contable aportada por la actora con relación a las siete operaciones realizadas con Pelal S.A. durante agosto, septiembre y octubre de 1998, las que fueron oportunamente desconocidas por la AFIP, al negar su veracidad.

Al respecto, sostuvo que constan todas las facturas emitidas por Pelal S.A. como respaldo de las operaciones realizadas, y que la carga de las eventuales falencias que padeczan ha de recaer sobre dicha empresa, quien deberá hacer frente a sus obligaciones en el IVA y que, eventualmente, podrá tener algún inconveniente formal.

Por otra parte, destacó la perfecta correlación entre cada una de las facturas con el cheque correspondiente para su pago, librado como "no a la orden", el depósito en las cuentas de Pelal S.A., estando así demostrada la existencia de las erogaciones, de la documentación que las respalda (facturas, recibos y constancias de cheques dirigidos a la beneficiaria), como así también del destino efectivo de las salidas de los fondos hacia su beneficiario.

- II -

Por su parte, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, a fs. 216/217 vta. (con su aclaratoria de fs. 233), confirmó esa resolución, rechazando así la apelación de la AFIP.

Indicó primeramente que la expresión de agravios del Fisco Nacional -no contestada por la actora- se limitó a señalar que la postura interpretativa del Tribunal Fiscal no se compadece con la normativa que rige el caso.

Recordó que la finalidad del art. 37 de la ley 20.628 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) es establecer un gravamen con la alícuota máxima para quien efectúa erogaciones que no cuentan con un adecuado respaldo instrumental, debido precisamente a la falta de individualización del beneficiario

del pago, a cuyo cargo deberia estar ese gravamen.

Coincidentemente con lo apreciado en la instancia anterior, sostuvo que en la especie no se configuran los extremos fácticos que autorizan a emplear el mecanismo citado, merced a la existencia de documentación que sustenta las operaciones (contabilidad, facturas, remitos, etc.), y a que el pago de las obligaciones comercialmente asumidas se realizó por medio de cheques emitidos a la orden de Pelal S.A., para ser depositados en las cuentas bancarias de ésta. Todo ello demuestra, a su entender, la efectiva existencia de las salidas e identifican a quien fue beneficiario de tales pagos.

- III -

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 223/231, cuyo traslado se ordenó a fs. 240, sin que mereciera respuesta por parte de la actora, y que fue concedido a fs. 255.

Destaca que se debate la interpretación y alcances del art. 37 de la ley del gravamen, que es una norma federal, además de existir un supuesto de gravedad institucional, al hallarse en peligro la normal percepción de la renta pública.

Con respaldo en la doctrina de V.E. de Fallos: 326:2987 ("Red Hotelera Iberoamericana"), aduce que se configura una salida no documentada tanto cuando no existe documentación relativa a ella como en el caso en que si bien la hay ésta no tiene aptitud para demostrar la causa de la erogación e individualizar al verdadero beneficiario por tratarse de actos carentes de sinceridad.

Desde su punto de vista, en el sub lite la prueba realizada demuestra que las operaciones no fueron auténticas, ya que las facturas fueron desconocidas por quienes figuran en ellas como sus impresores, las CUIT de los transportistas no son correctas, y además porque se ha formulado una denuncia penal en los términos de la ley 24.769, investigación que se halla en trámite.

## - IV -

Ha sido claro el Tribunal cuando señaló que "la UTE no constituye sociedad ni es -en principio- sujeto de derecho. Se trata de un 'contrato de unión transitoria', mediante el que las sociedades o los empresarios individuales se reúnen, sólo por un limitado periodo de tiempo, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro 'concreto' (cfr. art. 377, ley 19.550)" (cfr. C.1657, L.XLIV, "Cerro Vanguardia S.A. c/ A.F.I.P. s/ demanda de repetición", sentencia del 8 de noviembre de 2011).

Es cierto que la afirmación categórica contenida en la mencionada disposición de la ley de sociedades comerciales ha de morigerarse, puesto que el mismo legislador nacional -quien posee con exclusividad competencia para conceder personalidad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional-, le otorgó tal atribución en el art. 4º, segundo párrafo, de la ley 23.349, de manera limitada y circumscripta únicamente al impuesto al valor agregado que ella establece y regula.

En efecto, expresa esa norma de la ley del IVA que son sujetos pasivos del gravamen "quienes, revistiendo la calidad de uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, consorcios, asociaciones sin existencia legal como personas jurídicas, agrupamientos no societarios o cualquier otro ente individual o colectivo, se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el párrafo anterior" (el subrayado me pertenece).

Así las cosas, no hallo en el texto actual de la ley del impuesto a las ganancias disposición similar del Congreso Nacional que haya otorgado tal carácter subjetivo a las UTE, situación ya advertida por V.E. en el precedente "Cerro Vanguardia S.A." supra citado, cuando indicó que la UTE no reviste como contribuyente en este gravamen por los resultados obtenidos "sino que cada componente liquidará y pagará el tributo proveniente de incorporar, en su patrimonio, las rentas producidas por la actuación de aquélla".

Por tal razón sólo cabe concluir en que Epelco UTE, al no ser sujeto de derecho según el citado art. 377 de la ley 19.550, ni tampoco poseer una regulación especial en contrario frente al impuesto de la ley 20.628, no pudo en momento alguno ser tenida como contribuyente o como responsable del gravamen que se le reclamó, ya que tales situaciones requieren necesariamente de la previa existencia de un sujeto de derecho que, como quedó dicho, no ha sido designado como tal.

No empece a lo afirmado la previsión contenida en el inc. c) de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones), en cuanto establece, de manera potencial, que pueden ser sujetos pasivos de los gravámenes federales por ella regulados ciertas sociedades, asociaciones, entidades o empresas que no tengan la calidad de sujetos de derecho, y aun los patrimonios destinados a un fin determinado. En efecto, esta norma condiciona tal posibilidad a que "unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible" (subrayado agregado). Queda al descubierto así que dicha disposición requeriría, para ser efectiva en la especie, que la ley del impuesto a las ganancias hubiera hecho suya tal posibilidad mediante una regla que, como quedó dicho, no existe.

- V -

Cabe tener presente lo expresado por V.E. en Fallos: 306:893 y 322:528, cuando recordó que, desde antiguo, ha declarado que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397, y muchos otros).

Así, ya desde sus inicios (confr. Fallos: 1:27 y 292), el Tribunal negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo (Fallos: 12:372; 95:51 y

115:163); ello es así pues -como lo afirmó en Fallos: 242:353- el fin y las consecuencias del control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de "caso" o "controversia judicial" sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes, según lo expone el juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S. 149).

Es por tales motivos que el art. 2º de la ley 27 preceptúa que la Justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Así lo ha entendido V.E. en su invariable doctrina, según la cual "si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como 'un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento', según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso en que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental" (Fallos: 156:318; 227:688; 245:552; 322:528, entre muchos otros).

En esta inteligencia de la cuestión, a la luz de lo expuesto en el acápite anterior, queda evidenciado que no se configura en autos un "caso" o "causa" sobre el cual el Poder Judicial de la Nación pueda expedirse, toda vez que no existe una "parte", no ya en el sentido de su posible legitimación, sino incluso en aquel más obvio y primordial referido a quien posea la característica de ser un sujeto de derecho que reclama o se defiende y, por ende, que se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso.

- VI -

En virtud de lo expuesto, estimo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento de fs. 216/217 vta., y

declarar la nulidad de lo actuado en autos.

Buenos Aires, 31 de julio de 2012.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2013.

Vistos los autos: "Epelco S.A. IECSA S.A. UTE (TF 21.554 - I) c/ DGI".

Considerando:

1º) Que los antecedentes y circunstancias del caso han sido adecuadamente reseñados en los apartados I, II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir por motivos de brevedad.

2º) Que según resulta del relato anterior la cuestión relativa a si la actora, en su condición de "unión transitoria de empresas" (UTE) puede ser considerada sujeto pasivo de la obligación tributaria discutida en autos, ha quedado definitivamente resuelta por el Tribunal Fiscal de la Nación al rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por aquélla y la alegada "...nulidad de todo lo actuado por la Administración Fiscal..." al pretender reclamar un impuesto que, a juicio de la actora, no debía tributar "...por no ser sujeto a los fines del Impuesto a las Ganancias..." (cf. fs. 102 vta./107 y 183/183 vta.).

En efecto, ello es así, pues este punto del decisorio no ha sido cuestionado en lo sucesivo por las partes -no lo ha hecho la demandada, a la que aquélla decisión favorecía; tampoco la actora, que no contestó los trasladados de la apelación ante la alzada y del remedio federal deducidos por la contraria-, ni ha sido tratado en la sentencia de la cámara que motivó la apela-

ción ante el Tribunal (ver fs. 190/196; 203; 216/217; 221/231 y 254).

3º) Que realizada la aclaración precedente, corresponde señalar que el recurso extraordinario deducido por el Fisco Nacional es formalmente admisible pues se controvierte la inteligencia asignada al art. 37 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a la pretensión que el apelante funda en la mencionada disposición, que reviste carácter federal (art. 14, inciso 3º, de la ley 48).

4º) Que con relación a los agravios traídos a conocimiento del Tribunal por el organismo recaudador, cabe recordar que la alzada consideró que los pagos efectuados por la actora en los meses de agosto, septiembre y octubre de 1998 a la firma Pelal S.A., no podían dar lugar a la aplicación del art. 37 de la ley del impuesto, pues la accionante exhibió las facturas correspondientes, emitidas por la mencionada firma con arreglo a los requisitos formales exigibles, y tales erogaciones se hicieron por medio de cheques librados a la orden de Pelal S.A. y confeccionados para ser depositados en su cuenta.

5º) Que al decidir en tal sentido, el a quo se fundó en una interpretación de la figura de las "salidas no documentadas" que no se adecua al criterio establecido por este Tribunal en el precedente "Red Hotelera Iberoamericana" (Fallos: 326:2987), ya que allí se afirmó que una salida de dinero carece de documentación -a los fines de la previsión legal del citado art. 37- tanto cuando no hay documento alguno referente a ella, como en el supuesto en que si bien lo hay, el instrumento carece de aptitud para demostrar la causa de la erogación e individualizar -al tratarse de actos carentes de sinceridad- a su verdadero beneficiario (considerando 18).

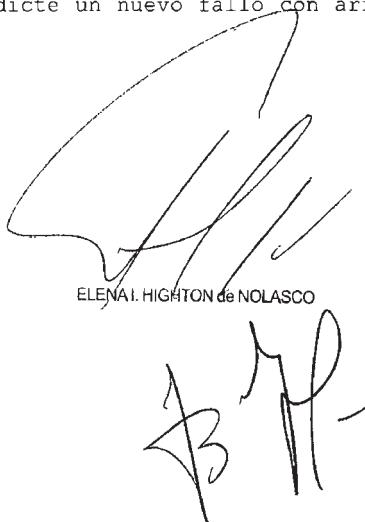
6º) Que en efecto, el ente recaudador, en el marco de su actividad fiscalizadora, y a efectos de constatar la real

prestación de los servicios que podrían justificar los pagos efectuados a Pelal S.A., constató que las imprentas que supuestamente habrían tenido a su cargo la confección de las facturas, recibos, y remitos concernientes a las operaciones examinadas no habrían realizado las impresiones de los formularios respectivos. Por otra parte, se corroboró que el CUIT de los transportistas, cuyos datos surgen de los remitos de la firma Pelal S.A., corresponde a otros contribuyentes; también se hizo constar que en las facturas aportadas la firma Pelal S.A. tiene domicilios distintos (confr. formulario 8322/B que forma parte de la resolución mediante la que se confirió vista de fecha 27 de diciembre de 2002 obrante a fs. 5/12 de las actuaciones administrativas). En suma, el ente fiscal entendió que "si las pretendidas compras no existieron y la documentación de cobertura es falsa, la salida debe especificarse como no documentada" (fs. 15).

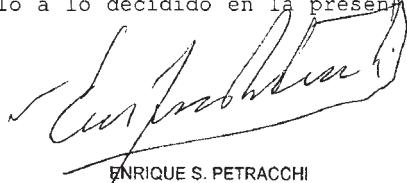
7º) Que en tales condiciones, la mera localización de la firma que emitió las facturas no es argumento bastante para excluir la aplicación de la figura prevista en el art. 37 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, toda vez que esa circunstancia no significa que aquella firma fuera la verdadera beneficiaria de las erogaciones realizadas, de acuerdo con el criterio establecido en el citado precedente "Red Hotelera Iberoamericana", de la que se apartó la cámara sin fundamentos válidos (confr. en similar sentido, "Interbaires S.A -TF 15.828-I- c/ DGI", sentencia del 27 de septiembre de 2011; y "Antu Aplicaciones Industriales Integradas S.A. - TF 20.958-I c/ DGI", sentencia del 31 de julio de 2012).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda,

se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo decidido en la presente.



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY

JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP - DGI), representado por Víctor Ariel Roccatagliata, con el patrocinio letrado de la Dra. Cristina Noemí González.

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

Intervino con anterioridad: Tribunal Fiscal de la Nación (Sala B).

---

GIMÉNEZ, ALICIA FANY Y OTROS  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS  
S/ DAÑO AMBIENTAL

*DAÑO AMBIENTAL*

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la demanda colectiva por daño ambiental si el alcance de la pretensión no permite atribuirles a las provincias el carácter de partes adversas, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda.

## DAÑO AMBIENTAL

El mero hecho de que las semillas o “eventos” se depositen en sus lugares de destino o se derramen al transportarlas por los territorios de distintas provincias, no es un dato suficiente para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada en los términos del art. 7º de la Ley General del Ambiente, desde que los actores no indican cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría afectado y tampoco delimitan los suelos que estarían presumiblemente contaminados sino que solo hacen una referencia genérica a que el problema consistente en la producción, comercialización, liberación y diseminación irrestricta al ambiente y a gran escala de organismos genéticamente modificados u organismos transgénicos, afectaría a las tres provincias a las que demandan.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Alicia Fany G: -por sí y en representación  
de su hija J F S. .-, Viviana Beatriz G.  
-por sí y en representación de su hija S A L  
G. -, Julia Marcela Vi l, Fabián Carlos María T. ,  
Roberto Oscar L. , José Edgardo Mi y Silvina Analía  
P: -por sí y en representación de su hijo J E:  
Mi -, promueven proceso colectivo urgente, autónomo y  
definitivo por daño ambiental y daño moral ambiental contra el  
Estado Nacional, las provincias de Buenos Aires, Santiago del  
Estero y Entre Ríos, el Consejo Federal de Medio Ambiente  
(CEFEMA), y las empresas Monsanto Argentina S.A.I.C., Dow  
Agrosciences S.A., Nidera S.A., Ciba-Geigy S.A., Novartis  
Agrosem S.A., Agrevo S.A., Syngenta Seeds S.A., Syngenta Agro  
S.A., Pioneer Argentina S.R.L., Bayer S.A. y Argenbio S.A.

Deducen esta demanda a fin de:

a) obtener la prevención y la recomposición  
del ambiente, así como también el resarcimiento de los  
perjuicios ocasionados;

b) que se ordene al Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional- la suspensión de: I. la resolución de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca 167/96, y de todas

aquellas resoluciones similares y posteriores, otorgadas y en trámite, que concedan autorizaciones de "eventos" transgénicos en vegetales y animales para su diseminación o liberación irrestricta a gran escala en todo el territorio nacional; y II. las autorizaciones otorgadas a los recientes "eventos" transgénicos denominados: "Soja Liberty Link" y "Soja Intacta RR2 PRO", aún no comercializados en Argentina;

c) que se exija al Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional- que disponga la obligatoriedad, para todos los integrantes de la cadena de comercialización en el país, del etiquetado de los envases de alimentos que sean o contengan ingredientes o compuestos derivados de organismos genéticamente modificados o transgénicos, en cumplimiento de lo previsto en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor;

d) que se exhorte al Estado Nacional -Poder Legislativo- para que dicte las leyes que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de bioseguridad y de protección ambiental para el uso y manejo sostenible del recurso suelo; y

e) que se condene a las empresas demandadas a la recomposición del suelo y de la biodiversidad del ambiente dañado, a la contribución monetaria de un fondo de compensación ambiental o fideicomiso con esos fines, y al resarcimiento del daño punitivo, previsto en el art. 52 bis de la ley 24.240.

Alegan que se encuentran afectados sus derechos a la vida, a la salud y al ambiente, en virtud de la proximidad existente entre sus lugares de residencia y las zonas que denuncian como contaminadas por la siembra de organismos genéticamente modificados en gran escala (soja, maíz, trigo, algodón, etc.) y por consumir alimentos que contienen organismos genéticamente modificados o que están contaminados con glifosato y sales derivadas de éste, y que son comercializados, liberados o diseminados al ambiente de manera irrestricta por las demandadas.

Aducen que su producción, comercialización,

liberación o diseminación al ambiente se efectúa sin las correspondientes evaluaciones de impacto ambiental y sin que se realice el proceso de audiencias públicas, según lo establece la ley 25.675 General del Ambiente. Tampoco se han adoptado sistemas de vigilancia y monitoreo, ni se ha dictado una adecuada reglamentación de la actividad, ni se ha brindado capacitación técnica en general e información clara y completa para el usuario, entre otras omisiones mencionadas en la demanda.

Fundan su pretensión en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, las leyes 25.675 General del Ambiente, 24.240 de Defensa del Consumidor, 24.375 de Aprobación del Convenio sobre Diversidad Biológica, los arts. 3° y 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 y concordantes del Protocolo Adicional a la Convención Americana [Protocolo de San Salvador], y en las leyes locales de medio ambiente de cada una de las provincias demandadas.

Por último, los actores solicitan que se dicte una medida cautelar innovativa por la cual se ordene la suspensión provisional de: a) las autorizaciones otorgadas a la fecha y en trámite de "eventos" para la liberación, producción, comercialización o desarrollo de organismos genéticamente modificados, sean éstos de origen animal o vegetal; y b) la venta y aplicación de glifosato o las sales derivadas de éste o glufosinato de amonio.

A fs. 53, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público, del incidente de medida cautelar.

-III-

Ante todo, cabe señalar que por regla general, las causas referidas a cuestiones ambientales, en principio, corresponden a la competencia de los jueces locales, según lo dispone el art. 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, que establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección" y reconoce

expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas. Dicho texto constitucional se complementa con el art. 32 de la ley General del Ambiente, 25.675, que prescribe que la competencia judicial "será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia" (v. también Fallos: 318:992).

Sentado lo anterior, entiendo que las causas ambientales sólo tramitarán ante la competencia originaria de la Corte si, además de ser parte una provincia, la materia del pleito reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. 7º de la ley 25.675, que dispone que la competencia corresponderá a los tribunales federales cuando "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales". Tal circunstancia, a mi modo de ver, no se cumple en autos.

En efecto, en este orden de ideas, la Corte, a través de distintos precedentes, ha delineado los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo que, en primer término, hay que delimitar el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, corresponde que el debate se refiere a un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o a un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial (Fallos: 330:4234; 331:1679).

Asimismo, es preciso recordar que la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación —según los términos de la ley General del Ambiente— de un recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida

interjurisdiccionalidad, o, en su defecto, de alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234).

En el *sub lite*, a mi modo de ver, los actores no logran demostrar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría afectado y tampoco delimitan los suelos que estarían presuntamente contaminados; pues sólo hacen una referencia genérica a que el problema consistente en la producción, comercialización, liberación y diseminación irrestricta al ambiente y a gran escala de organismos genéticamente modificados u organismos transgénicos, afectaría a las tres provincias a las que demandan, sin conseguir encuadrar la cuestión debatida en los términos del art. 7º de la ley General del Ambiente.

Por otra parte, tampoco procede la competencia originaria *ratione personae*, ya que la acumulación subjetiva de pretensiones solicitada por los actores contra las provincias aquí demandadas, el Estado Nacional y el Consejo Federal de Medio Ambiente (CEFEMA) resulta inadmisible, toda vez que ninguno de ellos resulta aforado en forma autónoma a esta instancia (conf. doctrina de Fallos: 329:2316, cons. 11 y siguientes, y A.216. XXXVIII, Originario, "Agrar S.A. c/Santa Fe, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios", sentencia del 5 de junio de 2007), pues la materia ni es exclusivamente federal ni reviste naturaleza civil, por el contrario, la causa está vinculada con el ejercicio del poder de policía ambiental, asunto regido sustancialmente por el derecho público local y de competencia de las autoridades provinciales (conf. arts. 41 y 121 de la Constitución Nacional).

Por lo tanto, cada una de las provincias deberá ser emplazada ante sus propios jueces (arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), pudiendo ser demandado el Estado Nacional y el Consejo Federal de Medio Ambiente (CEFEMA - que es una persona jurídica de derecho público, conf. el art. 3º de la ley 25.675) -en su caso- ante la justicia federal, donde encontrarán así satisfecho su privilegio (conf. arts. 116 de la

Constitución Nacional, 2º, incs. 6 y 12, de la ley 48 y 111, inc. 5º, de la ley 1893).

Por lo expuesto, y dada la indole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en el precedente "Sojo", publicado en Fallos: 32:120, y reiterado en Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte.

Buenos Aires, 05 de marzo de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que Alicia Fany Giménez -por sí y en representación de su hija Julieta Florencia Sandoval-, Viviana Beatriz Gauna -por sí y en representación de su hija Selena Aylen Lemos Gauna-, Julia Marcela Villareal, Fabián Carlos María Tomasi, Roberto Oscar Lescano, José Edgardo Milesi y Silvina Analía Picchioni -por sí y en representación de su hijo Juan Estanislao Milesi-, promueven demanda colectiva por daño ambiental contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), las provincias de Buenos Aires, Santiago del Estero y Entre Ríos, el Consejo Federal de Medio Ambiente (CEFEMA), y las empresas Monsanto Argentina S.A.I.C., Dow AgroSciences S.A., Nidera S.A., Ciba-Geigy S.A., Novartis Agrosem S.A., Agrevo S.A., Syngenta Seeds S.A., Syngenta Agro S.A., Pioneer Argentina S.R.L. y Bayer S.A.

Deducen la demanda con el objeto de: a) obtener la prevención y la recomposición así como también el resarcimiento

del daño ambiental colectivo material y moral; b) que se ordene al Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional– la suspensión de la resolución de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca 167/96, y de todas aquellas resoluciones similares y posteriores que concedan autorizaciones de “eventos” transgénicos en vegetales y animales para su diseminación o liberación irrestricta a gran escala en todo el territorio nacional; y las autorizaciones otorgadas a los recientes “eventos” transgénicos denominados “Soja Liberty Link” y “Soja Intacta RR2 PRO”, aún no comercializados en Argentina; c) que se exija al Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional– que disponga la obligatoriedad, para todos los integrantes de la cadena de comercialización del país, del etiquetado de los envases de alimentos que sean o contengan ingredientes o compuestos derivados de organismos genéticamente modificados o transgénicos, en cumplimiento de lo previsto en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor; d) que se exhorte al Estado Nacional –Poder Legislativo– para que dicte las leyes que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de bioseguridad y de protección ambiental para el uso y manejo sostenible del recurso suelo; y e) que se condene a las empresas demandadas a la recomposición del suelo y de la biodiversidad del ambiente dañado, a la contribución monetaria a un fondo de compensación ambiental o a un fideicomiso con esos fines, y al resarcimiento del daño punitivo, previsto en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

Sostienen que se encuentran afectados sus derechos a la vida, a la salud y al ambiente, en virtud de la proximidad existente entre sus lugares de residencia y las zonas que denuncian como contaminadas por la siembra de organismos genéticamente modificados en gran escala (soja, maíz, trigo, algodón, etc.) y por consumir alimentos que los contienen o que están contaminados con glifosato y sales derivadas de éste, y que son comercializados, liberados o diseminados al ambiente de manera irrestricta por las demandadas.

Aducen que su producción, comercialización, libera-

ción o diseminación al ambiente se efectúa sin las correspondientes evaluaciones de impacto ambiental y sin que se realice el proceso de audiencias públicas, según lo establece la ley 25.675 General del Ambiente. Tampoco se han adoptado -según afirman- sistemas de vigilancia y monitoreo, ni se ha dictado una adecuada reglamentación de la actividad, ni se ha realizado una capacitación técnica en general e informado de manera clara y completa al usuario, entre otras omisiones mencionadas en la demanda.

Fundan su pretensión en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, las leyes 25.675 General del Ambiente, 24.240 de Defensa del Consumidor, 24.375 de Aprobación del Convenio sobre Diversidad Biológica, los artículos 3º y 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 y concordantes del Protocolo Adicional a la Convención Americana (Protocolo de San Salvador), y en las leyes locales de medio ambiente de cada una de las provincias demandadas.

Por último, solicitan que se dicte una medida cautelar innovativa por la cual se ordene la suspensión provisional de las autorizaciones otorgadas a la fecha y en trámite de "eventos" para la liberación, producción, comercialización o desarrollo de organismos genéticamente modificados, sean éstos de origen animal o vegetal; y la venta y aplicación de glifosato o las sales derivadas de éste o glufosinato de amonio.

2º) Que para que proceda la competencia originaria de esta Corte prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, es necesario que una provincia revista el carácter de parte en el pleito, no solo en sentido nominal ya sea como actora, demandada o tercero sino también sustancialmente, esto es, que tenga en el litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 312:1227 y 1457; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

Asimismo, el interés directo de la provincia debe

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

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

En efecto, tal como se señaló al describir el objeto del proceso, la actora pretende en términos generales que se le ordene por un lado al Poder Ejecutivo Nacional que disponga la suspensión de las autorizaciones concedidas por la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de "eventos" transgénicos en vegetales y animales para su liberación a gran escala en todo el territorio nacional, y que establezca la obligatoriedad del etiquetado de los envases de alimentos que contengan ingredientes o compuestos derivados de organismos genéticamente modificados o transgénicos; y por el otro que se exhorte al Poder Legislativo Nacional para que dicte las leyes que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de bioseguridad y de protección ambiental para el uso y manejo sostenible del recurso suelo. Es decir, las pretensiones están dirigidas solo contra el Estado Nacional -además, claro está, de las referidas a las empresas demandadas-.

4º) Que no empece a lo expuesto que la actora intente justificar la competencia prevista en el artículo 117 de la

Constitución Nacional en el carácter federal que le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad que invoca a fs. 9 y siguientes, y en la necesidad de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto las provincias a no ser juzgadas por los tribunales inferiores de la Nación, en virtud de la garantía de rango constitucional que al respecto les reconoce el citado artículo 117, como el Estado Nacional al fuero federal, según el artículo 116 de la Ley Fundamental.

Ello es así, en tanto por un lado no es necesario afirmar en el caso ese punto de encuentro frente a la inexistencia de una pretensión adversa contra los Estados locales que -como quedó expuesto- permita considerarlos parte sustancial en la litis, y por el otro, no se ha aportado ningún elemento que permita concluir que se configura el extremo previsto en el artículo 7º de la ley 25.675.

5º) Que a los fines de sustentar el referido presupuesto que en cuestiones de esta naturaleza determina la competencia federal, no basta con afirmar que todo el proceso de explotación agropecuaria excede ampliamente los límites de la división política y jurisdiccional del país, o que en las banquinas de las rutas provinciales y nacionales se siembran organismos genéticamente modificados (OGM) –con la consiguiente aplicación de agrotóxicos–, con la anuencia de los municipios, las provincias y la nación, pese a que ello se encuentra expresamente prohibido por el Reglamento de Vialidad Nacional; o que por tales rutas se transportan semillas transgénicas facilitándose la contaminación genética de otros cultivos por polinización al derramarlas a la vera de los caminos desde los camiones, o que ocurra lo mismo en las hidrovías y puertos.

El mero hecho de que las semillas o “eventos” se depositen en sus lugares de destino o se derramen al transportarlas por los territorios de distintas provincias, no es un dato suficiente para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad

invocada en los términos del citado artículo 7º de la Ley General del Ambiente, desde que los actores no indican cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría afectado y tampoco delimitan los suelos que estarían presuntamente contaminados; sino que -como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen- solo hacen una referencia genérica a que el problema consistente en la producción, comercialización, liberación y diseminación irrestricta al ambiente y a gran escala de organismos genéticamente modificados u organismos transgénicos, afectaría a las tres provincias a las que demandan.

6º) Que es preciso recordar que el examen de la naturaleza federal del pleito -la determinación del carácter interjurisdiccional del daño denunciado- debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la configuran, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local (arg. Fallos: 331:1312, entre muchos otros).

La aplicación de ese principio de estrictez es insoslayable frente a la competencia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, en la medida en que resulta exclusiva y no puede ser ampliada por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 271:145; 280:176; 285:209; 302:63, entre muchos otros).

7º) Que, por lo demás, no procedería la acumulación subjetiva de pretensiones que se intenta aun cuando se alegase alguna omisión legislativa en la que hubieren incurrido dichos Estados locales, toda vez que en tal hipótesis ninguno de ellos sería aforado en forma autónoma a esta instancia, en la medida en que ese planteo se vincularía con el ejercicio del poder de policía en materia ambiental, que -en principio- está regido sustancialmente por el derecho público local y corresponde a la competencia de las autoridades provinciales (Fallos: 333:479 y sus citas).

Tampoco existirían motivos suficientes para concluir en tal supuesto en que dicho litisconsorcio pasivo fuera necesario en los términos del artículo 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dado que las diversas conductas que deberían juzgarse impedirían concluir que los sujetos procesales pasivos estuvieran legitimados sustancialmente en forma inescindible, de modo tal que la sentencia de mérito debiera ser pronunciada indefectiblemente frente a todos ellos (arg. Fallos: 331:1312, considerando 16).

8º) Que en virtud de la incompetencia de esta Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, la demandante deberá interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a las provincias; ello, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 334:1143 y sus citas).

9º) Que los hechos denunciados en la presentación de fs. 161/164, no alteran las conclusiones antedichas.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa

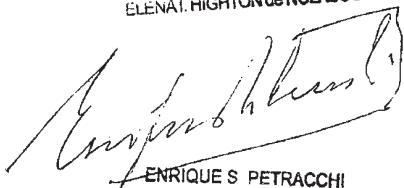
-//-es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese, comuníquese a la señora Procuradora General y, oportunamente, archívese.



ELENAI HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY

Parte actora: Alicia Fany Giménez -por si y en representación de su hija Juilleta Florencia Sandoval-, Viviana Beatriz Gauna -por sí y en representación de su hija Selena Aylen Lemos Gauna-, Julia Marcela Villareal, Fabián Carlos María Tomasi, Roberto Oscar Lescano, José Edgardo Milesi y Silvina Analía Pichioni -por sí y en representación de su hijo Juan Estanislao Milesi-, representados por sus apoderados, doctores Daniel Eduardo Sallaberry, Santiago Andrés Kaplun y Graciela Cristina Gómez, con el patrocinio letrado de los doctores Jorge Mosset Iturraspe, Horacio Rodolfo Belossi y Miguel Araya.

Parte demandada: Estado Nacional (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo); Provincias de Buenos Aires, Santiago del Estero y Entre Ríos; Consejo Federal de Medio Ambiente (CEFEMA) Monsanto Argentina S.A.I.C.; Dow AgroSciences S.A.; Nidera S.A.; Ciba-Geigy S.A.; Novartis Agrosem S.A.; Agrevo S.A.; Syngenta Seeds S.A.; Syngenta Agro S.A.; Pioneer Argentina S.R.L. y Bayer S.A.

MONRROY, ELSA ALEJANDRA  
C/ INFANTES S.R.L. Y OTRO  
S/ DESPIDO*RESPONSABILIDAD SOLIDARIA*

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda contra el Estado Nacional -Hospital Militar Central- como responsable solidario, en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, por indemnizaciones derivadas de la situación de despido indirecto, si la Administración Pública Municipal no es empleadora según el Régimen de Contrato de Trabajo -salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito- por lo que mal puede ser alcanzada, entonces, por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo (arts. 2º, inc. a, y 26).

- De los precedentes de Fallos: 308:1591; 312:146; 314:1679 y 321:2345, a los que la Corte remitió -.
- La jueza Carmen M. Argibay, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 CPCCN)-.

*RESPONSABILIDAD SOLIDARIA*

Si los agravios planteados ante la sentencia que rechazó la demanda contra el Estado Nacional -Hospital Militar Central- como responsable solidario por indemnizaciones derivadas de despido son inadmisible, ya que remiten a la exégesis de normas de derecho no federal, ello implica una aplicación del criterio enunciado en el precedente "Benítez" (Fallos: 332:2815), en el cual la Corte abandonó, por ser materia de derecho común, la doctrina referida a la interpretación de determinados aspectos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, en la inteligencia de que este tipo de cuestiones ataúnen a los jueces de la causa, los cuales deberán resolverlas en la plenitud jurisdiccional que le es propia y, por consiguiente, no resultan susceptibles de revisión en la instancia federal, salvo el supuesto de arbitrariedad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- I -

A fs. 176/179 de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala VIII), al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda contra el Estado Nacional (Hospital Militar Central).

Para resolver de ese modo, señaló que la queja del Estado Nacional, porque en la instancia anterior se lo condenaba a pagar en forma solidaria con fundamento en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), se vincula con los presupuestos de operatividad de ese régimen legal. En tal sentido, sostuvo que el hospital es una persona jurídica pública y que las disposiciones del ordenamiento laboral privado no le son aplicables, porque el art. 2º de la LCT excluye expresamente del ámbito de vigencia de la ley a las relaciones entre organismos públicos nacionales, provinciales y municipales y su personal. Estos organismos no pueden ser, con la salvedad que la propia norma indica, empleadores en el sentido del derecho del trabajo y no podrían ser responsabilizados vicariamente por los créditos de trabajadores ajenos, que nunca hubieran podido serlo de ellos, circunstancia que constituye uno de los supuestos de aplicación del art. 30 antes citado.

- II -

Disconforme, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 183/190, que fue denegado (fs. 196/197). Ante ello se presenta en queja en forma directa ante el Tribunal.

Sostiene, en sustancial síntesis, que la cámara efectuó una interpretación errónea de los arts. 2º y 30 de la LCT y con ello afectó la garantía constitucional de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional), pues al excluir al Hospital Militar de la responsabilidad solidaria que le compete como contratante de Infantes S.R.L. ello implica que la previsión del art. 30 de la LCT sólo se aplique a los privados.

Señala que no es dependiente del Estado Nacional, por lo que no se aplica a su caso el art. 2º de la LCT, sino que fue empleada de una firma privada (Infantes S.R.L.) que brindaba servicios de neonatología al Hospital Militar Central. Así, dice que este hospital delegó en un tercero parte de su actividad propia, normal y específica y que, por lo tanto, le resulta aplicable la disposición del art. 30 de la LCT, como incluso se estableció en

distintos precedentes de otras salas de la misma cámara.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario deducido es formalmente inadmisible y fue correctamente denegado por la cámara. Ello es así, porque es bien sabido que las cuestiones entre empleados y empleadores que atañen a los derechos que emanan de la relación laboral, debatidos ante los tribunales del fuero respectivo, no dan lugar, por tratarse de problemas de hecho, prueba y derecho común y procesal, a la vía establecida en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:2277; 311:2187; 312:184; 323:2552; 324:2169; 325:2794, entre otros).

Es que la interpretación de las distintas disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, incluso en lo que concierne al instituto previsto en el art. 30 de esa ley, es una tarea propia de los jueces de la causa, dado que se trata de la aplicación del derecho común y, por lo tanto, es ajena, en principio, a la vía del recurso extraordinario.

No obstante, también conviene recordar que esa regla no es absoluta, porque admite excepciones en caso de arbitrariedad, pero para que ello suceda el interesado debe demostrar que la sentencia apelada incurre en el vicio apuntado, circunstancia que, según expongo más adelante, no aparece configurada en el *sub lite*.

Al respecto, cabe recordar que la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias es de carácter excepcional y no autoriza al Tribunal a sustituir el criterio de los jueces de la causa de las instancias ordinarias, por el suyo propio, en la decisión de cuestiones no federales, así que su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (Fallos: 320:1546; 322:1690; 326:297, entre tantos otros).

Así, 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. En tal 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 argumentación jurídica, extremos que, reitero, no aparecen configurados en el caso.

En efecto, en el caso de autos, la cámara lo resolvió de acuerdo con la evaluación que efectuó de las constancias obrantes en el expediente y de la interpretación que le asignó al art. 30 de la LCT, coincidente, por lo demás, con la doctrina de V.E. que surge de Fallos: 308:1591; 312:146; 314:1679 y 321:2345, entre muchos otros.

Precisamente, en los precedentes indicados el Tribunal se encargó de señalar que la Administración Pública (nacional o municipal) no es empleadora según el Régimen de Contrato de Trabajo —salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito—, por lo que mal puede ser alcanzada, entonces, por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo. También destacó que la actuación de los organismos administrativos está regida por un sistema jurídico diferente que se sustenta en principios propios, no compatibles con los aplicables en materia de derecho común y puso de relieve que la presunción de legitimidad de los actos administrativos aparece en pugna con la contenida en el art. 30 de la LCT, que presupone una actividad de fraude a la ley por parte de los empleadores.

Como se puede apreciar, al dictar la sentencia que ahora se pretende impugnar, la cámara no sólo siguió tales lineamientos, sino que efectuó una interpretación legítima de la ley, consistente con los precedentes de la Corte Suprema, y coherente con las demás reglas del ordenamiento, todo

lo cual pone a su decisión a resguardo de la tacha que se le imputa, máxime cuando es bien sabido que los tribunales deben conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (doctrina de Fallos: 307:1094; 321:2294; 326:1138, entre otros).

Incluso cabe recordar que en fecha reciente, al examinar temas similares en el ámbito del derecho privado, V.E. señaló que en el marco de un recurso extraordinario, es impropio del cometido jurisdiccional de la Corte, formular una determinada interpretación del art. 30 de la LCT dado el carácter común que ésta posee y si bien es cierto que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia del mentado derecho común, la intervención en dichos casos no tiene como objeto sustituir a aquéllos en temas que son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que se circscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. B. 75. XLII. “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otros”, sentencia del Tribunal del 22 de diciembre de 2009 y sus citas).

Desde este punto de vista, las críticas del apelante sólo trasuntan una mera discrepancia con lo resuelto por los jueces de la causa, pero no se hacen cargo de los argumentos del Tribunal y de la cámara ni logran demostrar, con la intensidad que se requiere en estos casos, que el razonamiento de la cámara incurra en los graves defectos que exige la doctrina de la arbitrariedad para su procedencia.

Tampoco es suficiente para habilitar la instancia extraordinaria la alegada contradicción entre lo resuelto en esta causa y otras decisiones de otras salas de la cámara, porque la invocación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de derecho común, no

plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales (Fallos: 274:450; 287:130; 300:575; 302:678; 307:752).

- IV -

Por lo expuesto, considero que corresponde desestimar esta queja.

Buenos Aires, 24 de febrero de 2010.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 12 de septiembre de 2013

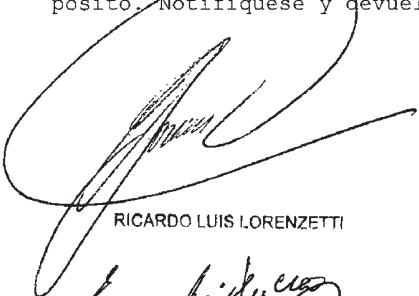
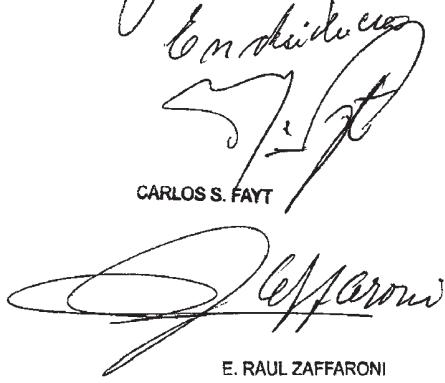
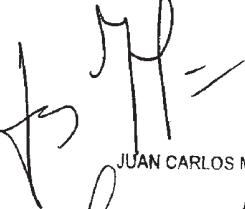
Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Monrroy, Elsa Alejandra c/ Infantes S.R.L. y otro s/ despido", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

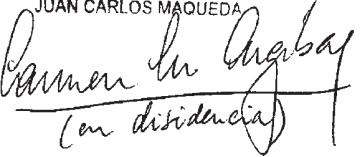
Que, conforme lo expone la señora Procuradora Fiscal a fs. 24 de su dictamen, resulta de aplicación al sub lite la doctrina de los precedentes registrados de Fallos: 308:1591; 312:146; 314:1679 y 321:2345.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la naturaleza de la cuestión

propuesta. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
DISI-/-

JUAN CARLOS MAQUEDA

  
E. RAÚL ZAFFARONI  
CARMEN M. ARGIBAY

-//--DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y por ende rechazó la demanda contra el Estado Nacional -Hospital Militar Central- como responsable solidario, en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, por las indemnizaciones derivadas de la situación de despido indirecto en que se colocó el actor frente a su empleador. Para resolver en tal sentido el a quo sostuvo que no eran aplicables al Hospital demandado, como persona jurídica pública, las disposiciones del ordenamiento laboral privado, pues "el art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo excluye expresamente del ámbito de vigencia de la ley, las relaciones entre los organismos públicos nacionales, provinciales y municipales y su personal. Estos or-

ganismos que no pueden ser -con la salvedad que la propia norma indica- empleadores en el sentido del derecho del trabajo, no podrían ser responsabilizados vicariamente por los créditos de trabajadores ajenos, que nunca hubieran podido serlo de ellos, circunstancia que constituye uno de los supuestos de aplicación del [citado] art. 30".

2º) Que los agravios son inadmisibles toda vez que remiten a la exégesis de normas de derecho no federal y, en tal sentido, la seguida por el a quo resulta una "interpretación posible", lo cual la pone al margen de una descalificación por arbitrarria (Fallos: 326:750; 320:259, entre muchos otros).

3º) Que, con todo, atento a que el dictamen de la señora Procuradora Fiscal señala que la motivación dada por el juzgador es coincidente con la sostenida por el Tribunal en el caso "Mónaco y otros c/ Cañogal SRL y otro" (Fallos: 308:1591 - 1986), reiterada, p. ej., en "Valdez c/ Andes Investigaciones SRL y otro" (reseñada en Fallos: 312:146 -1989-, voto de la mayoría), se vuelve conveniente y oportuno formular la siguiente advertencia. El considerando anterior, implica, ciertamente, una aplicación al sub examine del criterio general enunciado en "Benítez c/ Plataforma Cero SA y otros" (Fallos: 332:2815), a cuyos fundamentos cabe remitir en razón de brevedad, en el cual la Corte abandonó, por ser materia de derecho común, la doctrina que había asentado en "Rodríguez c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (Fallos: 316:713) en torno de la interpretación de determinados aspectos del citado art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Y también entraña, en consecuencia, que el Tribunal entiende configurada la "inconveniencia" de mantener la *ratio decidendi* de los precedentes recordados al comienzo de este párrafo. En suma, cuestiones como las aquí debatidas atañen a los jueces de la causa, los cuales deberán resolverlas en "la plenitud jurisdiccional que le es propia" y, por consiguiente, no resultan susceptibles de revisión en esta instancia federal, salvo el ya mencionado supuesto de arbitrariedad.

-/- Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber, devuélvase el expediente principal y, oportunamente, archívese.



CARLOS S. FAYT

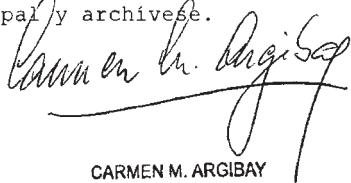
DISI-/-

-/-DENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Hágase saber, devuélvase el principal y archívese.



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por Elsa Alejandra Monroy, representada por el Dr. José María Ojea.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nº 13.

ACCION AUTONOMA DE NULIDAD POR COSA JUZGADA  
IRRITA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EXPTE. 3911/93:  
ACCION AUTONOMA DECLARATIVA DE NULIDAD DE COSA  
JUZGADA IRRITA INTERPUESTA EN EXPTE. N° 2095/88  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURIDICCION:  
ANTONIO RUFINO TRUJILLO Y OTROS

S/ MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL Y SUS ACUMULADOS: IGNACIO FRANCISCO Y OTROS  
C/MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL RUBEN FARFAN Y OTROS

INICIADA POR ROBERTO ALFREDO CHOSGO Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE SAN SALVADOR DE JUJUY  
Y OTROS

*ACCION DE NULIDAD*

Cabe dejar sin efecto la nueva sentencia dictada por el superior tribunal local -mediante el cual hace lugar a la acción de nulidad interpuesta- a raíz del reenvío dispuesto luego de que la Corte Suprema dejara sin efecto la sentencia dictada por aquél por la que había rechazado la acción de nulidad de cosa juzgada irrita interpuesta por una Municipalidad, pues los argumentos desarrollados en la decisión apelada reflejan un examen parcializado, del que se extraen consecuencias por demás genéricas, en tanto omite pronunciarse sobre articulaciones serias formuladas oportunamente por los interesados y conducentes para la decisión respectiva y, por ende, le otorgan al pronunciamiento un fundamento solo aparente, con afectación del derecho de defensa en juicio, correspondiendo su descalificación.

*COSA JUZGADA IRRITA*

No a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba, debiendo la institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, mediante el cual rechazó la acción autónoma declarativa de nulidad por cosa juzgada irrita ejercida por empleados de la Municipalidad de San Salvador de Jujuy, con el objeto de que se dejen sin efecto distintos

pronunciamientos judiciales que regularon los honorarios de diversos profesionales del derecho que actuaron como representantes del municipio mencionado en un juicio que iniciaron los trabajadores por diferencias salariales, y por los cuales fueron condenados en costas, éstos interpusieron el recurso extraordinario de fs. 368/383, fundado en la arbitrariedad de la sentencia apelada.

El superior tribunal provincial, pese a no detectar en la sentencia recurrida ninguna cuestión constitucional, concedió el recurso federal del art. 14 de la ley 48. Para así decidir, manifestó que “*En consideración a los derechos fundamentales, a la gravedad institucional que reviste el presente caso, a los agravios expresados por el recurrente... procede concederlo*”. A renglón seguido se limitó a sostener que el recurso interpuesto “... debe ser sometido a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que sea resuelto de manera definitiva. Ello así, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que según lo argumentado por la recurrente en su impugnación la sentencia atacada incurre en errores de gravedad que la descalifican como tal.” (v. fs. 436 vta.).

-II-

Creo oportuno recordar, que si bien es la Corte la que debe decidir en definitiva si existe o no supuesto de arbitrariedad de sentencias, ello no exime a los órganos judiciales, llamados a expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario federal, de resolver circunstancialmente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta, respecto de cada uno de los agravios que la originan, con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como es el de la arbitrariedad (Fallos: 313:1459 y sentencia *in re: V. 841, L. XXXII, “Vannini, Enrique c/ Luis Fariña y asociados S.A. s/ interdictos”,* del 1º de abril de 1997).

De ser seguida la orientación expuesta, V.E. debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viera, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalen uno u otro resultado, lo cual infringe un claro perjuicio al de-

recho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de V.E. (Fallos: 323:1247 y sentencia *in re*: H. 171, L. XLIV, “Hernandez, Juan Domingo y otros c/ Estado Nacional Argentino s/ prescripción adquisitiva veinteanual”, del 5 de mayo de 2009).

Considero que los términos sumamente genéricos del auto de concesión evidencian que el Superior Tribunal local no analizó circunstancialmente (“*con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad*”, según la definición de la Real Academia Española) la apelación federal para efectuar la valoración que exige la doctrina precedente (Fallos: 325:2319).

Finalmente creo necesario destacar que la invocación genérica de la excepcional doctrina de la gravedad institucional, sin precisar de qué manera lo discutido en autos podría afectar el funcionamiento de las instituciones de la provincia, importa desconocer la doctrina de la Corte por la cual aquélla situación de excepción no constituye una causal autónoma de procedencia del recurso, y sólo faculta a la Corte para prescindir de ciertos recaudos formales frustratorios pero no para tomar intervención en asuntos en los que no se haya verificado la presencia de una cuestión federal (doctrina de Fallos: 311:120 y 1490 y 333 360, entre otros).

En estas condiciones, estimo que la apelación federal no aparece debidamente fundada, por lo que debe ser declarada nula al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada (Fallos 310:2122, 315:1589, entre otros).

-III-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar la nulidad de la resolución de fs. 436/37 por la qué se concedió el recurso y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que dicte una nueva ajustada a derecho.

Buenos Aires, 27 de marzo de 2012

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de setiembre de 2013.

Vistos los autos: "Acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita de las sentencias dictadas en los expedientes 3911/93: Acción autónoma declarativa de nulidad de cosa juzgada irrita interpuesta en expte. N° 2095/88: Contencioso administrativo de plena jurisdicción: Antonio Rufino Trujillo y otros c/ Municipalidad de la Capital y sus acumulados: Ignacio, Francisco y otros c/ Municipalidad de la Capital, Rubén Farfán y otros iniciada por Roberto Alfredo Chosgo y otros c/ Municipalidad de San Salvador de Jujuy y otros".

Considerando:

1º) Que en la presente causa los actores (empleados municipales) solicitaron la anulación de tres pronunciamientos del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy (STJ). En concreto pretendieron la declaración de nulidad por cosa juzgada irrita de la sentencia que, al hacer lugar a una acción iniciada por la municipalidad, impuso las costas a los actores (sentencia del 23/04/97), y de dos pronunciamientos (del 16/11/99 y del 22/02/01) mediante los cuales se regularon honorarios a los abogados intervenientes (demandados, al igual que la Municipalidad de San Salvador de Jujuy, en el presente proceso).

El primero de los pronunciamientos mencionados se dictó como consecuencia de un fallo de este Tribunal (del 27/08/96), mediante el cual esta Corte dejó sin efecto una sentencia dictada por el Superior Tribunal provincial, por la que se había rechazado la acción de nulidad por cosa juzgada irrita interpuesta por la Municipalidad de San Salvador de Jujuy. Para así resolver esta Corte consideró que el a quo había desconocido las particularidades de la materia en cuestión en tanto había ignorado la sujeción —que las normas locales imponían— del sistema de remuneraciones municipales a la provisión, por parte del

gobierno provincial, de los recursos económicos necesarios. En cumplimiento del reenvío de esta Corte en la sentencia descripta, el Superior Tribunal provincial dictó un nuevo pronunciamiento (el 23/04/97), por el cual hizo lugar a la acción de nulidad interpuesta por el municipio, con costas. Además, como consecuencia de tal decisión, rechazó la demanda por diferencias salariales -a la que había hecho lugar en la sentencia anulada- interpuesta por varios centenares de agentes públicos contra dicha municipalidad, con costas. Para la imposición de costas respecto de ambos procesos el tribunal invocó la aplicación del artículo 110 del Código Contencioso Administrativo provincial. Respecto de los otros dos pronunciamientos cuya anulación aquí se pretende, en el del 16/11/99 el Superior Tribunal local fijó los montos de las pretensiones de los agentes públicos -ahora rechazadas- como base de cálculo de los honorarios a regular en los expedientes iniciados por aquéllos y en el iniciado por la municipalidad. Así, entendió que dicha base era de \$ 56.320.649 (monto de las demandas si hubieran prosperado, con intereses hasta la fecha del pronunciamiento que inicialmente las acogió), y reguló honorarios, a todos los profesionales intervenientes, los que serían soportados por los actores "en relación proporcional a las sumas reclamadas por cada uno". En cuanto a la sentencia dictada el 22/02/01, mediante ella el Superior Tribunal reguló los honorarios que había omitido respecto de la acción autónoma declarativa de nulidad iniciada por la municipalidad. El monto total ascendió a algo más de \$ 31.000.000 a la fecha de su regulación y -según estimación de la parte aquí actora- superó la suma de \$ 60.000.00, con intereses e IVA incluidos, a febrero de 2003.

2º) Que los actores fundaron la demanda por la cual pretendieron la declaración de cosa juzgada irrita (en la que reclamaron la declaración de nulidad de los tres pronunciamientos ya señalados, lo que dio origen al expediente 4499/06), en que: a) los empleados tomaron conocimiento de que las costas estaban a su cargo, y de su monto, cuando empezaron a recibir las

intimaciones de pago o la notificación de los embargos trlabados sobre sus viviendas, en virtud de la ejecución iniciada por los abogados; b) la caótica situación creada por los sucesivos expedientes generó que se creyeran afectados quienes no lo estaban realmente, o que no actuaran quienes sí resultaron perjudicados. Todo ello a su vez facilitado por los elementalísimos conocimientos de lectura y escritura de muchos de los actores, que provocó que muchos de ellos ignoraran el contenido y alcance de lo que firmaban; c) las sentencias aquí cuestionadas involucran a personas que nunca ejercieron acción, ni personalmente ni por medio de apoderado. Ello así por cuanto se las incluyó –erróneamente– en las sentencias en las que, originalmente, se había hecho lugar a la pretensión de los empleados públicos. Con posterioridad, en la acción autónoma de nulidad, la municipalidad remitió a aquellas sentencias para identificar a los demandados, por tanto dichas personas resultaron obligadas por la imposición de costas y por las regulaciones de honorarios de todos los expedientes señalados, además de engrosar la base regulatoria; d) la demanda interpuesta por la Municipalidad de San Salvador de Jujuy, mediante la que promovió la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita contra las sentencias que habían favorecido a los agentes municipales, nunca fue notificada a los demandados legalmente (no se los identificó en el escrito de inicio ni se denunciaron sus domicilios reales). Por lo mismo, los demandados nunca fueron directamente emplazados a estar en ese nuevo juicio, sino que sólo se libró una cédula a quien había sido su apoderado en anteriores procesos (Dr. Pedicone); e) dicho apoderado no compareció en el mencionado proceso –en defensa de los agentes públicos– por un periodo de seis años, y cuando lo hizo fue solo en su propio interés (solicitó aclaratoria de su regulación de honorarios). Durante ese periodo dicho letrado habría ingresado al Poder Judicial de Santiago del Estero; f) tal indefensión de los demandados no fue saneada por la presentación en el proceso del Dr. Elias, pues un gran número de ellos no le otorgó poder. A su vez, dicho letrado no compareció por algunos demandados que sí le habían otorgado poder, y lo

hizo por otros que no lo habían apoderado (el tribunal le dio participación por ellos); g) en algunos de los poderes agregados por el letrado figuran personas que no tenían legitimación pasiva en el proceso –por no estar comprendidos en la sentencia cuya anulación se pretendía– y, dados los términos de las providencias que lo tienen por presentado en representación de las personas involucradas en los poderes, puede interpretarse que se les habría dado intervención. Por otros agentes públicos, en igual situación –con falta de legitimación pasiva–, compareció expresamente y su intervención no fue rechazada. Como consecuencia de ambas situaciones, se habría engrosado el monto base para la regulación de honorarios; h) se habrían cometido diversas irregularidades en el proceso –desde el llamado de autos para dictar sentencia hasta el pronunciamiento del tribunal– referidas a su conformación. Finalmente, la integración definitiva del tribunal provincial solo fue notificada a la municipalidad y al Dr. Elias –que no ejercía la representación de todos los demandados–, al igual que la sentencia. Lo mismo ocurrió con los trámites referidos al recurso extraordinario –por cuya denegación el municipio interpuso la queja que esta Corte declaró admisible– y con la sentencia dictada por el tribunal local como consecuencia del reenvío efectuado por este Tribunal –cuya anulación, en lo que se refiere a la imposición de costas, aquí se pretende–; i) asimismo la indefensión (por la sola notificación al mismo letrado) se habría producido en los trámites que precedieron a las regulaciones de honorarios –cuya anulación también se pretende mediante la presente acción–.

En síntesis, respecto de las sentencias cuya anulación persiguen, entienden que constituyen los últimos eslabones de la cadena de errores y vicios descriptos, pues señalaron que: i) la imposición de las costas efectuada por esta Corte (en su pronunciamiento del 26/08/96, por el que se declaró admisible la queja y procedente el recurso extraordinario interpuesto por la municipalidad contra el rechazo de su acción autónoma de nulidad) no permite concluir en la necesaria implicancia de imponer

las costas a los empleados municipales en la sentencia dictada por el tribunal provincial como consecuencia del reenvío efectuado en aquel pronunciamiento; ii) dicho tribunal debió haber eximido de la condena en costas a los agentes públicos (en dicha sentencia, del 23/04/97), por cuanto el artículo 112 del Código Contencioso Administrativo local establece que así puede disponerlo el tribunal cuando, a su juicio, por la naturaleza de las cuestiones debatidas haya habido motivos bastantes para litigar. Los actores consideraron que el fallo anterior del tribunal jujeño, en el que se había acogido su pretensión (y en el que se habían impuesto las costas por su orden), es un hecho suficiente para fundar la pretendida exención; iii) respecto de los honorarios regulados, consideraron que el monto tomado como base de cálculo es falso y arbitrario. Así, entendieron que haber considerado el total de quinientos cuarenta y siete agentes –lo que incluyen a los verdaderos actores, a los que nunca iniciaron la acción y a personas no alcanzadas por el primer fallo del STJ–, abarcando el periodo que va desde los cinco años anteriores a la interposición de las demandas y hasta la fecha de dicho fallo –que después quedó sin efecto por la sentencia de esta Corte–, con más los intereses, necesariamente arrojó un monto desproporcionado con la tarea efectivamente cumplida y largamente superior a la entidad económica real del litigio (que consistía, en el caso de cada actor real, en el incremento salarial discutido, y solo hasta el momento de la interposición de la demanda ya que no hubo ampliaciones). Recordaron, además, que dichos cálculos, que no fueron objeto de ninguna revisión ni control, concluyeron en las sentencias –cuya anulación se pide– que nunca fueron notificadas a los que serían deudores (lo que, según entendieron, se imponía por la magnitud de los montos). Solo fueron notificadas a los letrados –con evidentes intereses contrapuestos–, quienes únicamente interpusieron recurso (de aclaratoria) en interés propio. Finalmente, concluyeron en que los honorarios regulados exceden notablemente una razonable expectativa de pago por la tarea notoriamente insuficiente y defectuosamente cumplida por los letrados de ambas partes (en su demanda intentaron

concretar la abstracción de los números informando que al letrado de la municipalidad, de mayor participación en el expediente, se le reguló a razón de \$ 43.000 por foja; y al letrado de los agentes públicos, de mayor intervención, el equivalente a \$ 200.000, todo ello a valores de la fecha de la regulación).

3º) Que la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita no prosperó en el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy (en su sentencia el tribunal resolvió tres causas, 2213/03, 3220/04 y 4499/06, que fueron acumuladas en atención a la identidad de objeto y de demandados).

Para así decidir (fs. 344/352) los jueces entendieron, en apretada síntesis, que: a) con relación al planteo de incompetencia –interpuesto por uno de los letrados demandados– correspondía desestimarla, por entender que el juez competente para entender en la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita debe ser el propio órgano que dictó el pronunciamiento atacado; b) respecto de la prescripción opuesta, también correspondía su rechazo, en atención a que el plazo a considerar no era el previsto para iniciar la acción contencioso administrativa –en tanto los actores no pretenden la revisión de una sentencia en cuanto rechaza la acción– sino el plazo decenal, habida cuenta de la falta de previsión de un plazo especial para la acción entablada; c) en cuanto a la excepción de cosa juzgada, no correspondía su tratamiento como de previo y especial pronunciamiento en atención a que, justamente, el objeto de la acción de autos es anular unos fallos que incuestionablemente revisten tal calidad. Por tanto, admitir dicha excepción en forma previa impediría el tratamiento mismo de la cuestión objeto de la demanda; d) a la falta de legitimación pasiva opuesta por el Dr. Pai-xao, correspondía hacerle lugar respecto de las sentencias cuestionadas en las que no se habían regulado honorarios a su favor; e) en relación con lo pretendido por los actores en su demanda, cabía recordar los requisitos de procedencia de la acción entablada. En tal sentido destacaron que se requiere una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y un vicio que la afecte;

que ese vicio se haya conocido con posterioridad a que la sentencia quedara firme; una relación de causalidad entre el vicio y la sentencia cuestionada y que ese vicio no se haya consentido. Finalmente, recordaron que era necesaria la existencia de un interés en la declaración de nulidad.

Además, destacaron que surgía implícita la "subsidiariedad" de la acción autónoma de nulidad, puesto que el derecho de defensa no se ve afectado cuando los perjudicados por el acto supuestamente viciado han tenido conocimiento del proceso y han podido hacer valer sus derechos por los medios recursivos que la ley procesal les acuerda. En su criterio, "permitir demandas como la presente, en donde se ha tenido generosa oportunidad para la interposición de los remedios procesales oportunos (...) importaría habilitar una instancia no legislada, modificando normas básicas de procedimiento" (fs. 348 vta.). Consideraron que la cosa juzgada puede ser objeto de revisión cuando se configuren supuestos excepcionales que justifiquen la necesidad de remover vicios esenciales y graves que la afecten; que, además, guarden una entidad tal que hayan motivado el pronunciamiento y que hayan sido, además, dolosamente provocados por alguna de las partes, lo que debe constituir el objeto de la acción incoada. En tal contexto, entendieron (reiterando fundamentos dados en precedentes del propio tribunal) que los actores no habían invocado ninguna causa para justificar la abdicación a utilizar -en su momento- los remedios procesales que hacían a su derecho de defensa, y su presentación tampoco cumplía con lo requerido en la última parte del artículo 183 del Código Procesal Civil de la provincia.

Afirmaron que los argumentos de los actores para justificar su acción solo trasuntaban extemporáneas discrepancias con lo oportunamente decidido en "un proceso desarrollado con la efectiva participación de su parte y sin violentar garantía constitucional alguna, motivos suficientes para rechazar formalmente la pretensión de nulidad". Por lo expuesto, entendieron que no resultaba procedente ninguna de las vías posibles para

enervar la cosa juzgada y la ejecutoriedad de las sentencias atacadas, es decir, la acción autónoma de nulidad o bien los cárries establecidos en el artículo 183 citado, acreditando para ello fraude, dolo o colusión.

Abundaron en que esta acción no era admisible, y mucho menos procedente, para superar deficiencias de procedimiento aparecidas durante la tramitación de aquellas causas, ni errores de criterio que pudieran contener las decisiones cuestionadas. Concluyeron en que, dado que los aquí actores fueron parte en un proceso ordinario en donde resultaron condenados por sentencia que se encuentra firme y pasada en autoridad de cosa juzgada "y condenados en costas conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia", en tanto no habían logrado demostrar que las regulaciones de los honorarios estuvieran disociadas de lo originalmente reclamado por ellos, no resultaba posible encontrar fundamento a la presente acción.

Finalmente, en la presente causa el Superior Tribunal de Justicia también impuso las costas a los agentes públicos. En párrafo aparte, declaró procedente la acción respecto de algunos empleados que, pese a no haber intervenido como actores en ninguna de las causas por reclamos salariales, habían sido incluidos en su sentencia y, por lo tanto, en la acción que contra ellos inició el municipio. Sin perjuicio de ello, consideró que la incidencia de sus eventuales pretensiones sobre la base de cálculo de los honorarios regulados resultaba insignificante. Respecto de estos actores, impuso las costas por su orden, pues "la demandada pudo considerarse con derecho y litigó de buena fe al contestar la demanda".

4º) Que contra tal sentencia, los actores interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 369/384), que fue respondido por algunas de las partes con quienes ellos pidieron la sustanciación del recurso (confr. fs. 387/387 vta., 401, 403/411, 413/422, 423/425 y 426/435). El Superior Tribunal de Justicia provincial decidió (fs. 436/437) admitir el recurso extraordinario en atención "a los derechos fundamentales en juego, a la

gravedad institucional que reviste el presente caso, a los agravios expresados por la recurrente".

5º) Que en su recurso extraordinario los actores, después de destacar algunas inexactitudes respecto de lo decidido por el tribunal provincial —en relación con la falta de legitimación pasiva y de un allanamiento resueltos— desarrollan, fundamentalmente, los siguientes agravios: a) toda la demanda explica, y las pruebas agregadas avalan, la arbitrariedad de lo decidido por la justicia local en punto a que los actores no habrían invocado causa para justificar la abdicación a utilizar, en su momento, los remedios procesales que hacían a su derecho de defensa. En tal sentido le reprimen a la sentencia recurrida una fundamentación solo aparente, que no se hace cargo de lo alegado y probado, al tiempo que recuerdan que expresamente en la demanda se aclaró que no se invocaba en ella dolo o colusión (artículo 183 del código procesal de la provincia, ya citado); b) la indefensión efectiva y real de los actores, probada con las constancias de la causa, sumada a la base de cálculo que se tomó para la regulación de honorarios, agrega a la violación de la defensa en juicio el quebrantamiento del derecho de propiedad; c) el tribunal provincial omite ponderar y resolver cuestiones debidamente propuestas y conducentes a la resolución. En particular, y especialmente, se abstiene de tomar una decisión respecto del cuestionamiento serio, claro y corroborado con las constancias de la causa referente a la ilegitimidad del monto tomado como base, resuelto lacónicamente con un "tampoco ha logrado demostrar que las regulaciones de honorarios cuestionadas estén disociadas de la base presentada por los accionantes". Nada dijo el tribunal local respecto de lo desarrollado largamente con relación a la desproporción de lo regulado con la tarea cumplida por los letrados y con la entidad económica real del litigio.

6º) Que en tales condiciones, cabe precisar que las presentes actuaciones fueron iniciadas con el fin de obtener la revisión de los fallos recaídos en los expedientes 3911/93 y

2095/88, en cuanto atañe al pronunciamiento sobre la imposición de costas y los honorarios regulados, este último aspecto en lo que concierne a los montos fijados, a favor de los profesionales indicados en la demanda (fs. 36/64). Tales decisiones se dictaron el 23 de abril de 1997, el 16 de noviembre de 1999 y el 22 de febrero de 2001, y la demanda por la cual se las impugna se fundó en los argumentos indicados en el considerando 2º de la presente.

7º) Que, en relación con la naturaleza de la pretensión planteada por los demandantes, corresponde señalar que si bien el a quo abordó tal cuestión (de acuerdo con los argumentos dados a fs. 348 in fine/349 vta., primer párrafo), a la hora de formalizar el examen de los hechos en que se sustentó aquélla se limitó a brindar dos tipos de fundamentos. Por un lado, señaló que había mediado la participación de la totalidad de los intervenientes en la presente litis en los expedientes 3911/93 y 2095/88: a partir del momento en que recibieron noticia fehaciente de las sentencias recaídas, ya sea desde su dictado o de sus notificaciones; desde la posterior presentación por intermedio de su representante legal (doctor Marcelo Elias); y, en su caso, por haber sido notificados en el expediente B-61.830/00 -agregado como prueba-, causa en la cual, según expresó, muchos de los actores se presentaron a hacer valer sus derechos (con el patrocinio de los Dres. Norry, Wayar y Estrada), y otros hicieron presentaciones (con distinto patrocinio letrado, para lo cual indicó su identidad a fs. 349 vta. in fine/350 vta., primer párrafo). A ese respecto manifestó que, bien sea por la vía de la acción autónoma de nulidad o mediante la prevista en el artículo 183 del código ritual, las sentencias que gozan de ejecutoriedad y se encuentran pasadas en autoridad de cosa juzgada, como acontece en el sub lite, solo podían ser enervadas acreditando el fraude, el dolo o la colusión y, con el basamento fáctico reseñado, afirmó que las acciones promovidas no resultaban admisibles.

Por otro lado, en relación a un total de veintitrés

personas (mencionadas a fs. 350 vta. tercer párrafo), precisó que fueron notificadas de las sentencias que ahora pretenden nullificar, circunstancia que determina que dicha pretensión se ejerza con los plazos previstos en la disposición aludida vencidos en exceso. Por ello concluyó aseverando que "esta acción no es admisible y mucho menos procedente para superar deficiencias de procedimiento aparecidas durante la tramitación de la causa, ni errores de criterio que pueda contener la decisión". Por último, a partir de los extremos expuestos, el superior tribunal de provincia consideró que, de acuerdo con la situación fáctica comprobada en autos, las partes involucradas en el proceso que se pretende impugnar "son las que se vincularon mediante la relación de obligación que consta en el mismo, y que además fueran parte en un proceso ordinario (contencioso administrativo de plena jurisdicción) en donde resultaron condenadas por sentencia que se encuentra firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, y condenadas en costas conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia". A ello agregó que "tampoco han logrado demostrar que las regulaciones de honorarios cuestionadas, estén disociadas de la base presentada por los accionantes, ya que se realizaron tomando los montos que ellos mismos presentaron en la causa principal...". En base a tales presupuestos concluyó afirmando que "(l)as sentencias cuestionadas se dictaron en un procedimiento que se tramitó por los carriles normales y que fue una consecuencia lógica de los antecedentes incorporados a la causa, sin que por esta vía se haya acreditado la existencia de vicio alguno".

8º) Que, tomando en cuenta la entidad de los agravios expuestos por los recurrentes en el remedio extraordinario y los términos del decisorio apelado, cabe puntualizar que esta Corte tiene dicho reiteradamente que los pronunciamientos judiciales no son factibles de ser revisados por la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48 cuando las objeciones del recurrente suscitan el examen de cuestiones de hecho, derecho común y procesal, las que constituyen materia propia de los jueces de la

causa (Fallos: 311:341 y 312:184, entre otros muchos), salvo que la resolución aparezca revestida de arbitrariedad, vulnere la garantía del debido proceso y cause un gravamen de insuficiente reparación posterior (Fallos: 324:1359).

9º) Que sobre la base de tales parámetros resulta necesario analizar los fundamentos dados por el a quo y su vinculación con los argumentos en los que se sustentó la acción impetrada por los actores. En tal sentido, corresponde precisar que los actos en los que se cimentó el pronunciamiento apelado, de acuerdo con lo que se desprende de los términos de ese decisorio (reseñados en el considerando 7º de la presente) conciernen a determinadas actuaciones que habrían sido realizadas con la participación de los sujetos que han demandado la nulidad de las sentencias en cuestión. A fin de formar un juicio de valor al respecto, tomando en consideración la relevancia que les fue atribuida al sostenerse que constituyan un obstáculo insoslayable para la procedencia de las pretensiones planteadas en autos, corresponde examinar particularmente cada una de ellas.

En primer lugar, en cuanto atañe a las decisiones individualizadas a fs. 349 vta., último párrafo, sin perjuicio de que el dictado de las sentencias cuestionadas carece del valor pretendidamente asignado por el a quo, en punto a que tal actividad jurisdiccional *per se* pueda importar el consentimiento de la totalidad de los intervenientes en la acción de nulidad deducida con posterioridad, distinta podría ser la valoración atinente a las notificaciones cursadas en su consecuencia. En relación a estas últimas diligencias, corresponde precisar que, en lo que atañe al expediente 3911/93, las cédulas obrantes a fs. 393 y 408 fueron dirigidas al Dr. Elias, en tanto la de fs. 406 lo fue al Dr. Pedicone; y, en lo inherente al expediente 2095/88, las agregadas a fs. 475 y 485 fueron enviadas al primero, al tiempo que la incorporada a fs. 474 y 484 fue dirigida al profesional mencionado en segundo término.

10) Que en tales condiciones, cabe ponderar la situa-

ción de los profesionales referidos respecto de los sujetos que promovieron la acción de nulidad, la entidad de los efectos derivados de la formalización de las diligencias individualizadas en relación a estos últimos y, en consecuencia, su suficiencia para atribuirles el valor asignado por el superior tribunal en cuanto descartó la concurrencia de afectación alguna al derecho de defensa en juicio, extremo este último que constituyó el argumento central de las pretensiones planteadas por los demandantes en la presente causa.

En tal sentido corresponde puntualizar que, según resulta de las constancias de los expedientes 2095/88, 2320/89, 2525/89 y 2991/91, oportunamente, el Dr. Pedicone en representación de las personas indicadas a fs. 59/61 del primero (doscientos cincuenta agentes públicos), a fs. 25/25 vta. del segundo (setenta y cinco), a fs. 49/50 vta. del tercero (ciento setenta y cinco) y a fs. 29 del último (cuarenta y siete; quinientos cuarenta y siete fue el total de los representados en los cuatro expedientes) promovió las respectivas demandas contra la Municipalidad de San Salvador de Jujuy, reclamando diversas diferencias salariales, las que tuvieron favorable acogida en la sentencia dictada el 15/04/93. Con posterioridad la referida municipalidad dedujo la demanda que ilustra la presentación agregada a fs. 145/157 del expediente 3911/93, mediante la cual se planteó una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada irrita respecto del pronunciamiento referido precedentemente. El traslado de esta demanda fue notificado al Dr. Pedicone únicamente, de acuerdo con la cédula obrante a fs. 163, y este letrado procedió a contestarla con la presentación de fs. 164/179 (el 13 de julio de 1993) en representación de las personas que habían obtenido sentencia favorable en los cuatro expedientes citados en el comienzo de este párrafo.

Ahora bien, antes del dictado de la sentencia (a partir del escrito agregado a fs. 216 del expediente 3911/93, incorporado el 28 de abril de 1994), el Dr. Elias efectúa una serie de presentaciones (fs. 233, 247/250, 257 y 304) mediante las

cuales toma participación en dichos autos en representación de aquellos demandados que detalló (fs. 247/250, trescientas cincuenta y nueve personas en total) en cumplimiento de lo dispuesto por el a quo (fs. 234 párrafo 3º). Dicho profesional no efectuó mención alguna respecto de la situación del anterior apoderado (Dr. Pedicone), no obstante ello –conforme se desprende de lo expuesto a fs. 47 vta., párrafo 3º, de los presentes actuados– en el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy mediaron sendas presentaciones de fecha 23 de marzo de 1994, en dos causas en trámite, en las cuales se denunció que el Dr. Pedicone “no podía seguir interviniendo en tales autos por haberse integrado al Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero”.

A su vez, una vez pronunciado el fallo de fs. 318/324 (expediente 3911/93 citado), la notificación respecto de los demandados fue dirigida al Dr. Elias (fs. 327). Esta situación se reiteró al dictarse –en cumplimiento de lo establecido por esta Corte a fs. 431/432 vta. del expediente 2095/88– la sentencia obrante a fs. 388/390 vta., en la medida en que la única cédula librada con la finalidad de notificarla a los accionados también fue dirigida a dicho letrado (fs. 393). De igual modo se procedió respecto de la resolución que reguló los honorarios (fs. 402/403, de acuerdo con lo que se desprende de la cédula agregada a fs. 408), sin perjuicio de que el citado profesional también debía ser notificado, por estar en juego derechos propios, en razón de haberse regulado honorarios –véase que en dicho instrumento no se aclara tal cuestión–.

Asimismo, en lo que se vincula con las regulaciones de honorarios efectuadas en la decisión de fs. 471/473 y su aclaratoria de fs. 481, ambas del expediente 2095/88, similar situación aconteció con las notificaciones practicadas en la persona del Dr. Elias (fs. 475 y 485 respectivamente).

11) Que esta Corte ha dicho que “no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, si-

no sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba" (Fallos: 238:18), concepto que reiteró señalando que "la institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales" (Fallos: 281:421).

12) Que la entidad de los actos procesales referidos, de acuerdo con el alcance de la representación que ejerció el Dr. Pedicone en los expedientes 2095/88, 2320/89, 2525/89 y 2991/91, con independencia de aquello que podría ser objeto de consideración respecto de la notificación de la demanda incoada contra los actores de estos autos (causas 2095/88 y 3911/93) a tenor de lo dispuesto por el artículo 156, párrafo 2º, del Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, permite apreciar que el a quo dio por sentado que (en las causas citadas) la totalidad de los sujetos que habían sido demandados, por haber sido actores en los expedientes 2095/88, 2320/89, 2525/89 y 2991/91, tuvieron la posibilidad de ejercer los derechos que les asistían, ya sea mediante la representación ejercida por el Dr. Elias o bien a raíz de las notificaciones y presentaciones realizadas en el expediente B-61.830/00 (a las que hizo referencia a fs. 349 vta./351 vta. del presente) cuando los extremos conducentes propuestos por los demandantes determinaban indispensablemente la puntual consideración de la situación de aquellos que: a) no habían otorgado poder a favor del Dr. Marcelo Elias y quedaron sin representación; b) habían concedido mandato y por los cuales dicho letrado no se presentó o existe incertidumbre respecto del comparendo ejerciéndolo; c) se invocó una representación que no fue acreditada y d) otorgaron mandato al referido letrado pero carecían de legitimación pasiva en el pleito.

En efecto, ante la concreta individualización efectuada en los anexos obrantes a fs. 3/21, no podía soslayarse la efectiva valoración de lo acontecido de acuerdo con las propias constancias de las causas involucradas, en la medida en que la

imposición de costas exterioriza la existencia de un gravamen cuya magnitud no puede descartarse de plano, en orden a la significación económica de los valores en juego y a la cantidad y situación de los sujetos comprometidos en el pleito; máxime si se atiende a lo invocado a fs. 47 vta., párrafo 3º –respecto de las presentaciones efectuadas el 23 de marzo de 1994, ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy–, pues no se advierte la existencia de mención alguna en relación a la mediación del supuesto previsto en el artículo 68, párrafo primero, del código de procedimientos provincial.

13) Que corresponde recordar que "la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad...", y que "...el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte" (Fallos: 238:550). Con sustento en tales nociones y en el contexto en el que se ha desarrollado la contienda de autos, de acuerdo con las circunstancias indicadas precedentemente, los argumentos desarrollados en la sentencia apelada reflejan un examen parcializado, del que se extraen consecuencias por demás genéricas, en tanto omite pronunciarse sobre articulaciones serias formuladas oportunamente por los interesados y conducentes para la decisión respectiva (Fallos: 319:992 y 314:832) y, por ende, le otorgan al pronunciamiento un fundamento solo aparente, con afectación del derecho de defensa en juicio (doctrina de Fallos: 312:683; 315:2514; 320:2748; 323:2314 y 329:5424, entre muchos otros), de manera que corresponde su descalificación.

14) Que, a su vez, como lógica consecuencia de tal inobservancia –y sin que esto implique abrir juicio sobre los estipendios profesionales fijados–, resultan afectadas las bases en las que se apoyó el a quo para proceder a las regulaciones de honorarios cuya nulidad, sustentada en las circunstancias rese-

en las que se apoyó el a quo para proceder a las regulaciones de honorarios cuya nulidad, sustentada en las circunstancias reseñadas, es pretendida por los demandantes en el sub lite.

15) Que de acuerdo con todo lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, al fallar como lo hizo, incurrió en una grave afectación de la garantía de la defensa en juicio, sin considerar argumentos conducentes de los actores. En estas condiciones, media un nexo directo e inmediato entre lo resuelto y los derechos constitucionales que se dicen vulnerados que impone que se deje sin efecto la resolución apelada.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas de esta instancia por su orden en atención a las particularidades del caso (art. 68, 2º párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente fallo. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA GIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por **Francisco Ignacio y otros**, representados por la **Dra. Liliana Patricia Estrada**.

Traslado contestado por la **Municipalidad de San Salvador de Jujuy**, representada por el **Dr. Dario Eduardo Osinaga**; por **Enrique Paixao**, representado por el **Dr. Juan Pablo Bianchedi**; por el **Dr. Marcelo Elias**, abogado en causa propia; por el **Dr. Rubén Fernando Farfán**, abogado en causa propia.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Corte Suprema de Justicia de la Nación**.

---

**ASAMBLEA PARQUE PEREYRA IRAOLA Y OTROS  
C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTROS  
S/ AMPARO**

***OBRAS PUBLICAS***

Si bien las resoluciones sobre medidas cautelares no revisten, en principio, carácter de sentencias definitivas para la procedencia del recurso extraordinario, dicha doctrina cede en los supuestos en que aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y otras circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, lo que sucede en el caso pues la decisión apelada paraliza en forma indeterminada la realización de una obra pública de gran magnitud y que fue objeto de licitación y adjudicación, y en dicho marco, la resolución pone en riesgo su ejecución en perjuicio de los millones de usuarios que serán beneficiados por la construcción de una autopista, obstaculizando el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado, lo que podría generar perjuicios económicos significativos.

***OBRAS PUBLICAS***

Cabe dejar sin efecto por arbitraría, la decisión apelada en cuanto decidió mantener la medida de no innovar con respecto a un tramo de la autopista a construir, pues no se encuentra fundada ni constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, máxime considerando la prudencia que debe guiar toda decisión que implique la suspensión de una obra pública.

***OBRAS PUBLICAS***

Cabe desestimar la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que concluyó en la existencia de un acuerdo conciliatorio entre los amparistas, que decidió mantener la medida de no innovar con respecto a un tramo de la autopista a construir y ordenó requerir los estudios de impacto ambiental y verificaciones correspondientes con carácter previo a la solución definitiva del juicio, pues tal decisión recurrida solo ha resuelto parcialmente las

cuestiones ventiladas en el juicio, con lo cual el vencido promueve la revisión de una sentencia incompleta no susceptible de habilitar la jurisdicción extraordinaria. -Disidencia de los jueces Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay.-

#### dictamen de la procuración general

Suprema Corte:

-I-

En cuanto aquí resulta pertinente, el objeto central de la presente causa y su acumulada (“Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa c/PEN y otros s/ amparo”, expte. n° 2025/10, que corre agregado) es el cese de las obras del tramo IV de la Autopista Presidente Perón que une el Camino del Buen Ayre con la Autopista La Plata–Buenos Aires.

De acuerdo con la traza original –llamada “alternativa 1”– proyectada por la Dirección Nacional de Vialidad, el tramo IV conecta la Ruta n° 53 con la Autopista La Plata–Buenos Aires a través del Parque Pereyra Iraola (decreto 356/97 y resoluciones MEOySP 780/97 y 30/98). La obra fue objeto de licitación pública y, finalmente, adjudicada a la UTE José Cartellone Construcciones Civiles S.A. - Petersen Thiele y Cruz S.A.

La Asamblea del Parque Pereyra Iraola, un grupo de vecinos y diversas asociaciones (en adelante, “Asamblea del Parque Pereyra Iraola”) promovieron una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad) alegando que la construcción de esa traza pone en peligro el equilibrio ecológico del Parque Pereyra Iraola (fs. 102–122, expte. n° 1842/10, al que me referiré en lo sucesivo salvo aclaración en contrario).

Luego, la Dirección Nacional de Vialidad presentó otra alternativa – llamada “alternativa 2”– para el tramo IV, que consiste en una traza paralela a la original y que conecta la Ruta n° 53 con la Autopista La Plata–Buenos Aires a la altura de la calle 403 de Villa Elisa. Esa alternativa suscitó la promoción de una acción de amparo por parte de vecinos y organizaciones no gubernamentales de

Villa Elisa a los efectos de impedir la ejecución de la obra de acuerdo a las alternativas 1 y 2 (fs. 119/157, expte. nº 2025/10). Ambas causas fueron acumuladas.

A su vez, la Municipalidad de La Plata inició una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad) y la UTE José Cartellone Construcciones Civiles S.A.–Petersen Thiele y Cruz S.A. o quien resulte responsable de la obra en construcción. Al igual que en las actuaciones antes citadas, su pretensión consiste en que se ordene a los demandados que se abstengan de realizar el tramo IV de la traza de la Autopista Presidente Perón en la medida en que ingrese o pase por el Parque Pereyra Iraola o el Partido de La Plata (fs. 1185–1202). El magistrado actuante dispuso su acumulación a la causa principal y denegó la pretensión de la Municipalidad con el alcance autónomo en el que fue formulada (fs. 1203–1204), lo cual motivó la apelación agregada a fojas 1253–1258.

-II-

El juez de primera instancia hizo lugar a las medidas cautelares peticionadas por la Asamblea del Parque Pereyra Iraola y por los vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa. En consecuencia, ordenó al Poder Ejecutivo Nacional, a la Dirección Nacional de Vialidad y a la UTE José Cartellone Construcciones Civiles S.A. – Petersen Thiele y Cruz S.A. la suspensión inmediata de todas las tareas vinculadas con la puesta en marcha del plan de obra de construcción del tramo IV de la Autopista Presidente Perón, en toda la extensión del Parque Pereyra Iraola y en la calle 403 de la localidad de Villa Elisa, partido de La Plata.

El 29 de marzo de 2011, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó las medidas cautelares (fs. 286–290, del incidente de medida cautelar del expte. nº 1842/10 y fs. 193–196, expte. nº 2025/10).

## -III-

En ese contexto, la Dirección Nacional de Vialidad solicitó la reducción de la medida cautelar. A tal efecto, propuso establecer una subdivisión del tramo IV en dos partes, uno desde la Ruta n° 53 hasta la Ruta n° 2 y otro desde la Ruta n° 2 hasta la Autopista La Plata–Buenos Aires y manifestó que el primer tramo se encuentra disociado del parque y de la parte norte de la trama urbana de la localidad de Villa Elisa.

En atención a ello, el magistrado de primera instancia hizo lugar a la reducción de la medida cautelar y permitió la continuación de las obras hasta la Ruta n° 2 (fs. 1137–1140).

Contra este último pronunciamiento, se alzó la parte actora (Asamblea del Parque Pereyra Iraola y Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa, fs. 1142–1151).

## -IV-

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata otorgó efecto suspensivo al recurso de los actores y designó audiencia para que las partes brindaran las explicaciones que estimasen pertinentes. Esa audiencia se celebró el 15 de junio de 2011 (fs. 1209–1210, 1220–1225).

Con posterioridad a la celebración de la audiencia, la demandada acompañó un anteproyecto preliminar de una nueva traza del tramo IV de la Autopista, denominada “alternativa 4” (fs. 1280, 1288–1306). La nueva variante comprende un tramo IV–a desde la Ruta n° 53 a la Ruta n° 2 con la restricción de uso solo para vehículos livianos y una rama de tránsito pesado, identificada como tramo IV–b, que consiste en la duplicación y restitución de la calzada de la Ruta n° 53 hasta la Ruta n° 6, y la duplicación y restitución de la Ruta n° 6 hasta la intersección con la Ruta n° 215.

La Municipalidad de La Plata manifestó conformidad con la propuesta presentada como alternativa 4 del tramo IV (fs. 1313). Por su parte, la actora se opuso a la subdivisión del tramo IV y en particular al trazado del denominado tramo IV–a (fs. 1315–1319). Destacó que la Autopista Presidente

Perón quedaría con ese diseño a unos pocos metros de la calle 403. Agregó que si bien el tramo IV-a es para tránsito liviano, no se dan las razones que permitan concluir que no recibirá en un futuro también tránsito pesado. Además, señaló que no se acompañaron estudios de impacto ambiental. Afirmó que el tramo IV-b de la alternativa 4 es la opción más próxima a su pretensión.

Al contestar la impugnación de la actora, la Dirección Nacional de Vialidad objetó la propuesta de los amparistas de construir solo el tramo IV-b (fs. 1383-1387). Adujo que, en ese caso, tanto el tránsito liviano como el pesado, al llegar al distribuidor de la Ruta nº 36 y la Ruta nº 215, optaría por seguir por la Avenida 44 y, como segunda mejor opción, por la Avenida 520, lo cual provocaría un tránsito compuesto por 15.000 vehículos livianos y 7.000 vehículos pesados, que se sumaría al tránsito existente y se verían forzados a circular por calles urbanas. En lo que respecta a los estudios de impacto ambiental, la demandada aclaró que no se iniciarían las obras hasta obtener la aprobación del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) y la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación.

-V-

En atención a las apelaciones formuladas por las partes (fs. 1142-1151 y 1253-1258), y en cuanto resulta pertinente a los efectos del presente dictamen, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata: (i) hizo lugar al recurso de apelación deducido por la Municipalidad de La Plata y consideró que su acción reviste el carácter de autónoma (punto 1º de la sentencia de fs. 1438-1451); (ii) homologó el acuerdo conciliatorio al que habrían arribado la parte actora (Asamblea del Parque Pereyra Iraola y Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa) y la demandada en el que se descartan las alternativas 1 y 2 (punto 4º de la sentencia); (iii) homologó el acuerdo conciliatorio al que habrían arribado la Municipalidad de La Plata, la Dirección Nacional de Vialidad y la Dirección Provincial de Vialidad al haber prestado conformidad a la realización de la alternativa 4, tanto en su tramo IV-a como IV-b, por lo que entendió que la acción autónoma del ente municipal finalizó por conciliación (punto 5º de la sentencia); (iv) autorizó a la demandada a realizar las acciones

pertinentes para la ejecución de las obras correspondientes al tramo IV-b de la Autopista Presidente Perón, de acuerdo a la nueva alternativa presentada para el tránsito pesado (punto 5º de la sentencia); y (v) mantuvo la prohibición cautelar contenida en su sentencia anterior de fecha 29 de marzo de 2011 respecto del cuestionado tramo IV-a (que corre desde la Ruta nº 53 hasta la Ruta nº 2), sujetando dicha decisión a los estudios de impacto ambiental de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, del OPDS y de la Universidad de La Plata (punto 2º de la sentencia).

Para así decidir, el tribunal, en primer lugar, consideró que la pretensión del Municipio de La Plata debía ser tratada en forma autónoma en tanto no resultaba idéntica a la presentada por la Asamblea del Parque Pereyra Iraola y por los Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa. Aclaró al respecto que la Municipalidad, a diferencia de los actores mencionados, perseguía no sólo evitar un daño ambiental sino la integración adecuada del Partido de La Plata mediante vías de comunicación que permitan la conexión del Puerto de La Plata con el Área Metropolitana de Buenos Aires y el Puerto de Rosario. En tales condiciones, descartó las objeciones de carácter formal presentadas por la demandada contra la acción de la Municipalidad.

No obstante lo anterior, el *a quo* ponderó que la Municipalidad de La Plata aceptó plenamente la nueva propuesta alternativa del tramo IV de la Autopista Presidente Perón, por lo que, en la medida determinada por su demanda autónoma, el litigio habría concluido por conciliación. En lo que hace a la defensa ambiental esgrimida en torno a la zona del Parque Pereyra Iraola (aspecto de la demanda coincidente con el de las actoras en la causa) la alzada entendió conveniente que la Municipalidad se mantuviera meramente en el rol de tercero interesado.

Por otra parte, la cámara sostuvo que no existe conflicto o controversia actual entre las partes en relación con el tramo IV-b –entre la Asamblea del Parque Pereyra Iraola y Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa, por un lado, y la Dirección Nacional de Vialidad,

por el otro-. En este sentido, opinó que las observaciones formuladas por los accionantes no resultaban hábiles para fundar su oposición a una traza que no pasa ni se aproxima al territorio que pretenden resguardar mediante esta acción de amparo. Además, los magistrados valoraron que el diseño correspondiente al tramo IV-b había sido aprobado por la Municipalidad de La Plata y por la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires.

En relación con el tramo IV-a, los jueces concluyeron que se mantienen las objeciones de los actores, vinculadas con la falta de verificación del impacto ambiental en la zona cercana al parque, la posible afectación a los vecinos de la calle 403 de Villa Elisa y la posibilidad de que el tránsito pesado se desvíe por ese tramo hasta la Autopista La Plata-Buenos Aires. En ese marco, el tribunal ordenó requerir los estudios de impacto ambiental y verificaciones correspondientes a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, al OPDS y a la Universidad Nacional de La Plata, con carácter previo a la solución definitiva de este juicio. Para ello estimó un plazo de sesenta días corridos.

-VI-

Contra dicho pronunciamiento, la Dirección Nacional de Vialidad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1478-1492), cuyo rechazo dio lugar a la presente queja (fs. 71-75, del cuaderno respectivo).

En síntesis, la recurrente alega que la sentencia reviste el carácter de definitiva, pues ocasiona al Estado Nacional perjuicios irreparables y resuelve sobre el fondo del asunto. Además, argumenta que media gravedad institucional pues el tema en debate excede el interés de las partes. Resalta que la resolución afecta y paraliza en forma indeterminada la ejecución de una obra pública de la que resultan beneficiados trece millones de personas, así como amenaza y entorpece el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la repartición demandada.

Afirma que la decisión impide el cumplimiento de funciones específicas otorgadas por el decreto 505/58, ratificado por la ley 14.467, y por el decreto 356/97, cuando la parte actora no demuestra el presunto daño ambiental

en el territorio del parque que pudiera provocar la construcción del tramo IV-a.

Manifiesta que lo decidido por la Cámara viola lo dispuesto por el artículo 124 de la Constitución Nacional que reserva a las provincias el dominio y administración de los recursos naturales, la ley 11.723 de la provincia de Buenos Aires y el decreto 505/58 que determina la competencia con relación a la proyección, construcción y mantenimiento de la red nacional de caminos. En línea con ello, la recurrente arguye que ejerció correctamente las facultades otorgadas legalmente y, en ese contexto, el estudio y la fijación de trazas alternativas excede el límite de la potestad jurisdiccional.

Asimismo, tacha de arbitraría la sentencia, en tanto se aparta de los hechos y actos procesales de la causa y resuelve en exceso de jurisdicción sobre el fondo del asunto. Al respecto, argumenta que el pronunciamiento atacado homologa presuntos acuerdos conciliatorios que importan la disección de la propuesta presentada por su parte, desconociendo su voluntad. De igual forma, afirma que el *a quo* excluye las alternativas 1 y 2 mediante acuerdos conciliatorios fictos, sin que ninguna de las partes se haya expresado en ese sentido. En efecto, destaca que sólo la Municipalidad de La Plata manifestó su acuerdo con la alternativa 4 presentada.

Postula también la arbitrariedad de la sentencia impugnada sobre la base de que la alzada no habría tenido en cuenta que la alternativa 4 propuesta, tramo IV-a, no sólo no ingresa en el espacio del parque, sino que está a más de 15 kilómetros de la reserva natural intangible y es sólo para tránsito liviano. En el caso, la recurrente estima que no concurren los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, considerando que no fueron acreditados la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora ni un perjuicio real en el territorio del parque.

Finalmente, la parte demandada se agravia por la incorporación de la Municipalidad de La Plata como parte plena, alegando que no fue notificada de la demanda y que su reclamo es improcedente por inoportuno.

ello, en esa medida, la queja debe ser acogida.

En primer lugar, si bien la decisión contra la cual se dirige la apelación no es la sentencia definitiva que pone fin al pleito, como argüiré con más detalle en las dos secciones siguientes, ella causa a la recurrente agravios de insusceptible de reparación ulterior. Corresponde, por ello, equipararla a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48.

En segundo término, el recurso plantea, por un lado, agravios vinculados con la interpretación de normas de carácter federal; y, por otro, aduce objeciones dirigidas a mostrar que la decisión impugnada no es una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa en el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre arbitrariedad de sentencias. En línea con la doctrina del Tribunal en esta materia, corresponde dar prioridad a las atribuciones de arbitrariedad, pues si son acertadas –como, en mi opinión, lo son en este caso– ellas implican que no se está ante una sentencia válida (cf. Fallos: 318:189, 323:35, entre otros).

Por último, el recurso no es procedente en lo relativo al agravio referido a la incorporación de la Municipalidad de La Plata como parte autónoma en el proceso. La objeción sólo remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal y común propias de los jueces de la causa y ajena a la vía del artículo 14 de la ley 48, sin que se haya esgrimido la concurrencia de un caso de arbitrariedad.

-VIII-

En primer lugar, corresponde tratar los agravios de la recurrente relativos a la homologación del acuerdo conciliatorio, por el que la Dirección Nacional de Vialidad y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios habrían renunciado a su pretensión de realizar el tramo IV de la Autopista Presidente Perón de acuerdo a las alternativas 1 y 2.

Por un lado, esa decisión es definitiva en cuanto pone fin a la controversia sobre la viabilidad de las alternativas 1 y 2 del tramo IV. El acuerdo conciliatorio homologado judicialmente tiene, en virtud del derecho vigente, autoridad de

cosa juzgada (cf. artículos 309 y 500, inciso 1, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que equivale, en sus efectos, a una sentencia definitiva.

En el *sub lite*, la decisión apelada se aparta de las constancias de la causa y del derecho aplicable en cuanto concluyó que existió un acuerdo conciliatorio entre las partes por el cual la demandada renunció a su pretensión de ejecutar el tramo IV de la Autopista Presidente Perón de acuerdo a la alternativa original -que fue licitada y adjudicada- y a la alternativa 2.

A los efectos de vislumbrar la arbitrariedad del pronunciamiento, cabe ponderar que la alternativa 1 fue originariamente proyectada por la Dirección Nacional de Viabilidad (decreto 356/97 y resoluciones MEOySP 780/97 y 30/98). Esa traza fue objeto de licitación y adjudicación hace más de 36 meses. La modificación de la traza original produciría enormes costos para el Estado demandado, lo que incluso podría poner en riesgo la ejecución de una obra pública que beneficia a millones de personas. En ese contexto, la voluntad del Estado de renunciar a la alternativa original debe ser inequívoca y no puede ser inferida de simples manifestaciones, que no tuvieron el propósito cierto de descartar definitivamente esa alternativa.

Si bien de las actuaciones surge que la Dirección Nacional de Vialidad procuró encontrar diversas alternativas de traza para el tramo IV, que permitieran zanjar los planteos de los amparistas, no existe una constancia de la que emerja la voluntad cierta y definitiva del Estado de descartar las alternativas 1 y 2, y menos aún en un escenario donde no existe una alternativa para la construcción del tramo IV que cuente al menos con la conformidad de los actores. De hecho, la decisión apelada no indica en qué actuación se encontraría plasmada esa voluntad.

La sentencia únicamente se refiere a la presentación de la alternativa 4 por parte de la Dirección Nacional de Vialidad y a su ratificación por parte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Sin embargo, de esa presentación no surge la voluntad explícita del Estado de concluir el conflicto relativo a las alternativas 1 y 2. Tampoco esa voluntad puede ser inferida de la presentación de una nueva alternativa en tanto que un acuerdo conciliatorio que

contiene la renuncia a una pretensión debe ser interpretado en forma estricta (artículos 835 y 874, Código Civil). Además, la necesidad de adoptar una interpretación restrictiva se ve acrecentada en este caso en virtud de las particularidades mencionadas en relación con la licitación y adjudicación de la traza original y a los costos y riesgos que implicarían su modificación. Por último, la inferencia realizada por el tribunal es irrazonable en el escenario actual donde la viabilidad de la alternativa 4 es aún incierta ante las objeciones presentadas por los amparistas que, además, fueron receptadas por la decisión apelada.

No puede perderse de vista que los amparistas objetaron el tramo IV-a y a raíz de ello el tribunal mantuvo la prohibición cautelar respecto de esa traza de la alternativa 4 y requirió que, con carácter previo a la solución definitiva del conflicto, se realicen los estudios de impacto ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, del OPDS y de la Universidad de La Plata. En este marco, la arbitrariedad de la sentencia apelada se encuentra corroborada por el hecho de que el tribunal infiere que el Estado se comprometió a dejar de lado las alternativas 1 y 2 sin ninguna certeza sobre la posibilidad de ejecutar la obra al menos de acuerdo a la alternativa 4. El tribunal entendió que la demandada aceptó descartar las citadas alternativas, aun cuando la parte actora no dio su conformidad a la alternativa 4 y aun cuando la Dirección Nacional de Vialidad manifestó que la construcción del tramo IV-b, sin el tramo IV-a, es inaceptable en tanto produciría un caos de tránsito.

En suma, si bien de las actuaciones surge la intención de las partes de lograr un avenimiento de sus intereses, no se advierte, al menos en esta instancia, la existencia de una confluencia definitiva de voluntades en relación con el modo de superación del conflicto. Por ello la decisión apelada, en la medida en que descarta en forma definitiva las alternativas 1 y 2 y deja subsistente el conflicto en lo que respecta a la alternativa 4, no configura una valoración posible de la voluntad de las partes.

Por las razones expuestas, la decisión apelada se aparta de las constancias de la causa y del derecho aplicable en cuanto concluyó que existió un

acuerdo conciliatorio entre los amparistas (Asamblea del Parque Pereyra Iraola y Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa) y la Dirección Nacional de Vialidad.

A su vez, el tribunal homologó un acuerdo conciliatorio entre la Municipalidad de La Plata y la Dirección Nacional de Vialidad a raíz del cual las partes habrían acordado realizar el tramo IV de acuerdo a la alternativa 4. A esos efectos, mencionó la conformidad del municipio a la citada propuesta. Sin embargo, el razonamiento del tribunal se funda en el presupuesto de que el Estado descartó la realización de las alternativas 1 y 2. Tal como expliqué, ese razonamiento del tribunal se aparta de las constancias de la causa, sobre todo considerando que no surge, y menos en forma indubitable, que el Estado habría acordado con la Municipalidad dejar de lado las alternativas 1 y 2, sin contar aún con la conformidad de todas las partes a la propuesta 4.

En conclusión, los puntos 4º y 5º –en cuanto fue materia de agravio– de la sentencia apelada deben ser revocados con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

-IX-

Por otro lado, la recurrente se agravia del pronunciamiento apelado en cuanto mantuvo la prohibición cautelar respecto del cuestionado tramo IV-a (que corre desde la Ruta nº 53 hasta la Ruta nº 2) y requirió que, con carácter previo a la solución definitiva del conflicto, se realizaran los estudios de impacto ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, del OPDS y de la Universidad de La Plata.

Tal como lo ha resuelto la Corte Suprema, las resoluciones sobre medidas cautelares no revisten en principio carácter de sentencias definitivas para la procedencia del recurso extraordinario. Esa doctrina cede, sin embargo, en los supuestos en que aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y otras circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos 314:1202; 327:5751; 330:4930; entre otros).

Esto último sucede en el *sub lite* en tanto que la decisión apelada

paraliza en forma indeterminada la realización de una obra pública de gran magnitud, que ya fue objeto de licitación y adjudicación. En este marco, la resolución pone en riesgo su ejecución en perjuicio de los millones de usuarios que serán beneficiados por la construcción de la Autopista Presidente Perón. Además, el pronunciamiento atacado obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado, lo que podría generar perjuicios económicos significativos.

Sentado lo anterior, advierto que la decisión apelada en cuanto decidió mantener la medida de no innovar con respecto al tramo IV-a no se encuentra fundada ni constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

El tribunal se apartó del pronunciamiento del juez de primera instancia, que había hecho lugar a la reducción de la medida cautelar peticionada por el demandado, y decidió mantener la prohibición de no innovar con respecto al tramo IV-a, remitiendo para ello a los argumentos expuestos en su decisión del 29 de marzo de 2011. Sin embargo, en ese entonces el tribunal había confirmado las medidas cautelares dictadas por el juez de primera instancia, que disponían la suspensión inmediata de la obra del tramo IV, en toda la extensión del Parque Pereyra Iraola y en la calle 403 de la localidad de Villa Elisa, partido de La Plata. En esa oportunidad, la Cámara destacó los principios que guían el derecho ambiental y la protección legal de la que goza el Parque Pereyra Iraola.

Sin embargo, las cuestiones fácticas planteadas con relación a la reducción de la medida cautelar difieren de las analizadas por el tribunal en ese entonces, donde las alternativas atravesaban el mencionado parque o la calle 403 de Villa Elisa. Al peticionar la modificación de la medida cautelar, la Dirección Nacional de Vialidad propuso establecer una subdivisión del tramo IV en dos partes, uno desde la Ruta nº 53 hasta la Ruta nº 2 y otro desde la Ruta nº 2 hasta la Autopista La Plata-Buenos Aires y manifestó que el primer tramo se encuentra disociado del parque y de la parte norte de la trama urbana de la localidad de Villa Elisa. Esas consideraciones llevaron al juez de primera instancia a hacer lugar al

planteo de la demandada.

En esas condiciones, ha de concluirse que la decisión apelada es dogmática e infundada; pues se remite a argumentos expuestos en circunstancias fácticas diversas, máxime considerando la prudencia que debe guiar toda decisión que implique la suspensión de una obra pública (cf., por ejemplo, Fallos: 314:1202).

El tribunal expuso que persisten las objeciones de los accionantes en lo que respecta a la falta de verificación del impacto ambiental en la zona cercana al parque. Sin embargo, no hizo ninguna referencia a los elementos que sustentarían la verosimilitud del derecho invocado por los amparistas. En este sentido, las meras conjeturas de los accionantes sobre la producción de daños hipotéticos, cuando el trazado –que se extiende desde la Ruta nº 53 a la Ruta nº 2– no entra en el perímetro del parque, se encuentra alejado de la calle 403 de Villa Elisa y está sólo previsto para tránsito liviano, no son suficientes para sustentar la decisión de paralizar una obra pública, máxime cuando las autoridades públicas intervenientes han manifestado que realizarán los estudios de impacto ambiental pertinentes y obtendrán su aprobación por parte de las autoridades competentes en materia ambiental (fs. 1386). Además, la Dirección Nacional de Vialidad presentó un informe de impacto ambiental respecto del Tramo IV-a (fs. 1391 y prueba agregada), del que el tribunal prescindió por completo al decidir la cuestión planteada.

Por las razones expuestas y con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, entiendo que el punto 2º de la decisión apelada debe ser dejado sin efecto en tanto el tribunal omitió efectuar una valoración adecuada de las circunstancias de la causa a los efectos de ponderar la concurrencia de los recaudos previstos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

-X-

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja con el alcance expuesto en las secciones VIII y IX de este dictamen, declarar en esa medida formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y, sin que esto implique abrir juicio acerca de la decisión final que corresponda dar al

caso, dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 30 de ABRIL de 2013.

ALEJANDRA GILS CARBÓ  
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Veinticuatro de Septiembre de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Dirección Nacional de Vialidad en la causa Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en cuanto aquí resulta pertinente, el objeto central de la presente causa y su acumulada ("Vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa c/ PEN y otros s/ amparo", expte. 2025/10, que corre agregada) es el cese de las obras del tramo IV de la Autopista Presidente Perón, que une el Camino del Buen Ayre con la Autopista La Plata-Buenos Aires.

De acuerdo con la traza original –llamada "alternativa 1"– proyectada por la Dirección Nacional de Vialidad, el mencionado tramo IV conecta la Ruta 53 con la Autopista La Plata-Buenos Aires a través del Parque Pereyra Iraola (decreto 356/97 y resoluciones MEOySP 780/97 y 30/98). La obra fue objeto de licitación pública y, finalmente, adjudicada a la UTE José Cartellone Construcciones Civiles S.A.-Petersen Thiele y Cruz S.A.

2º) Que la Asamblea del Parque Pereyra Iraola, un grupo de vecinos y diversas asociaciones (en adelante, "Asamblea del Parque Pereyra Iraola") promovieron una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Planificación

Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad) alegando que la construcción de esa traza pone en peligro el equilibrio ecológico del Parque Pereyra Iraola (fs. 102/122, expte. 1842/10, al que se hará referencia en lo sucesivo salvo aclaración en contrario).

3º) Que, posteriormente, la Dirección Nacional de Vialidad presentó otra alternativa para el tramo IV, llamada "alternativa 2", que consistía en una traza paralela a la original y que conectaba la Ruta 53 con la Autopista La Plata-Buenos Aires a la altura de la calle 403 de Villa Elisa. Esa alternativa suscitó la promoción de una acción de amparo por parte de vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa a los efectos de impedir la ejecución de la obra de acuerdo a las alternativas 1 y 2 (fs. 119/157, expte. 2025/10). Ambas causas fueron acumuladas.

4º) Que, a su vez, la Municipalidad de La Plata inició una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad) y la UTE José Cartellone Construcciones Civiles S.A.-Petersen Thiele y Cruz S.A. o quien resulte responsable de la obra en construcción. Al igual que en las actuaciones antes citadas, su pretensión consistió en que se ordene a los demandados que se abstengan de realizar el tramo IV de la traza de la Autopista Presidente Perón, en la medida en que ingrese o pase por el Parque Pereyra Iraola o el Partido de La Plata (fs. 1185/1202). El magistrado actuante dispuso la acumulación de dichas actuaciones a la causa principal y, en lo que interesa, denegó la reclamación de la Municipalidad con el alcance autónomo que se le pretendió asignar (fs. 1203/1204), rechazo que motivó la apelación agregada a fs. 1253/1258.

5º) Que el juez de primera instancia hizo lugar a las medidas cautelares peticionadas por la Asamblea del Parque Pe-

reyra Iraola y por los vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa. En consecuencia, ordenó al Poder Ejecutivo Nacional, a la Dirección Nacional de Vialidad y a la UTE José Cartellone Construcciones Civiles S.A.-Petersen Thiele y Cruz S.A. la suspensión inmediata de todas las tareas vinculadas con la puesta en marcha del plan de obra de construcción del tramo IV de la Autopista Presidente Perón, en toda la extensión del Parque Pereyra Iraola y en la calle 403 de la localidad de Villa Elisa, partido de La Plata.

El 29 de marzo de 2011, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó las medidas cautelares (fs. 286/290, del incidente de medida cautelar del expte. 1842/10 y fs. 193-196, expte. 2025/10).

6º) Que frente a esas circunstancias, la Dirección Nacional de Vialidad solicitó la reducción de la medida cautelar. A tal efecto, propuso establecer una subdivisión del tramo IV en dos partes; uno desde la Ruta 53 hasta la Ruta 2, manifestando que se encontraba disociado del parque y de la parte norte de la trama urbana de la localidad de Villa Elisa; y el otro desde esta última hasta la Autopista La Plata-Buenos Aires.

Esta petición fue admitida por el magistrado de primera instancia, que redujo la medida cautelar y permitió la continuación de las obras hasta la Ruta 2 (fs. 1137/1140).

Contra este último pronunciamiento, se alzó la parte actora (Asamblea del Parque Pereyra Iraola y vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa, fs. 1142/1151).

7º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata otorgó efecto suspensivo al recurso de los actores y designó audiencia para que las partes brindaran las explicaciones que estimasen pertinentes. Esa audiencia se celebró el 15 de junio de 2011 (fs. 1209/1210, 1220/1225).

Con posterioridad a la celebración de la audiencia, la demandada acompañó un anteproyecto preliminar de una nueva

traza del tramo IV de la autopista, denominada "alternativa 4" (fs. 1280, 1288/1306). La nueva variante comprendía un tramo identificado como "IV-a", que corría desde la Ruta 53 a la Ruta 2 y con la restricción de uso solo para vehículos livianos; y una rama de tránsito pesado, identificada como tramo "IV-b", que consistía en la duplicación y restitución de la calzada de la Ruta 53 hasta la Ruta 6, y la duplicación y restitución de la Ruta 6 hasta la intersección con la Ruta 215.

La Municipalidad de La Plata manifestó conformidad con la propuesta presentada como alternativa 4 del tramo IV (fs. 1313).

Por su parte, la actora se opuso a la subdivisión del tramo IV y en particular al trazado del denominado tramo "IV-a" (fs. 1315/1319). Destacó que la Autopista Presidente Perón quedaría con ese diseño a unos pocos metros de la calle 403. Agregó que si bien el tramo "IV-a" es para tránsito liviano, no se dan las razones que permitan concluir que no recibirá en un futuro también tránsito pesado. Además, señaló que no se acompañaron estudios de impacto ambiental. Afirmó que el tramo "IV-b" de la alternativa 4 es la opción más próxima a su pretensión.

La Dirección Nacional de Vialidad, al contestar esa impugnación, objetó la propuesta de dichos amparistas de construir solo el tramo "IV-b" (fs. 1383/1387). Adujo que, en ese caso, tanto el tránsito liviano como el pesado, al llegar al distribuidor de la Ruta 36 y la Ruta 215, optarían por seguir por la Avenida 44 y, como segunda mejor opción, por la Avenida 520, lo cual provocaría un tránsito compuesto por 15.000 vehículos livianos y 7000 vehículos pesados, que se sumaría al tránsito existente y se verían forzados a circular por calles urbanas. En lo que respecta a los estudios de impacto ambiental, la demandada aclaró que no se iniciarian las obras hasta obtener la aprobación del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) y la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación.

8º) Que ante las apelaciones formuladas por las par-

tes (fs. 1142/1151 y 1253/1258), y en cuanto al caso concierne, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, por sentencia del 14 de febrero de 2012, resolvió: a) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Municipalidad de La Plata y considerar que su acción reviste el carácter de autónoma (punto 1º de la sentencia de fs. 1438/1451), además de mantener a dicha parte como tercero interesado en los autos acumulados (punto 6º); b) Homologar el acuerdo conciliatorio concluido entre la parte actora (Asamblea del Parque Pereyra Iraola y vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa) y la demandada en el que se descartan las alternativas 1 y 2, en el sentido de que la traza del tramo IV de la Autopista Presidente Perón no pasará por el Parque Pereyra Iraola ni por la calle 403 de Villa Elisa (punto 4º de la sentencia); c) Homologar el acuerdo conciliatorio concluido entre la Municipalidad de La Plata, la Dirección Nacional de Vialidad y la Dirección Provincial de Vialidad al haber prestado conformidad a la realización de la alternativa 4, tanto en su tramo "IV-a" como "IV-b", por lo que entendió que la acción autónoma del ente municipal finalizó por conciliación (punto 5º de la sentencia); d) Autorizar a la demandada a realizar las acciones pertinentes para la ejecución de las obras correspondientes al tramo "IV-b" de la Autopista Presidente Perón, de acuerdo a la nueva alternativa presentada para el tránsito pesado (punto 5º de la sentencia); y e) Mantener la prohibición cautelar contenida en su sentencia anterior de fecha 29 de marzo de 2011 respecto del cuestionado tramo "IV-a" (que corre para el tránsito liviano desde la Ruta 53 hasta la Ruta 2), sujetando dicha decisión a los estudios de impacto ambiental de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, del OPDS y de la Universidad de La Plata que deberían realizarse en el plazo de sesenta días (punto 2º de la sentencia).

9º) Que para así decidir, el tribunal a quo, en primer lugar, consideró que la pretensión del Municipio de La Plata debía ser tratada en forma autónoma en tanto no resultaba idéntica a las promovidas por la Asamblea del Parque Pereyra Iraola

y por los vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa. Aclaró al respecto que la Municipalidad, a diferencia de los actores mencionados, perseguía no solo evitar un daño ambiental sino la integración adecuada del Partido de La Plata mediante vías de comunicación que permitan la conexión del Puerto de La Plata con el Área Metropolitana de Buenos Aires y el Puerto de Rosario. En tales condiciones, descartó las objeciones de carácter formal presentadas por la demandada contra la acción de la Municipalidad.

No obstante lo anterior, la alzada ponderó que la Municipalidad de La Plata aceptó plenamente la nueva propuesta alternativa del tramo IV de la Autopista Presidente Perón, por lo que, en la medida determinada por su demanda autónoma, el litigio habría concluido por conciliación. En lo que hace a la defensa ambiental esgrimida en torno a la zona del Parque Pereyra Iraola, objeto de la demanda coincidente con el de las actoras en las causas acumuladas, la alzada entendió conveniente que la Municipalidad se mantuviera en el proceso en la condición de tercero interesado.

Por otra parte, la cámara sostuvo que con relación al tramo "IV-b" no existe conflicto o controversia actual entre la Asamblea del Parque Pereyra Iraola y vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa, por un lado, y la Dirección Nacional de Vialidad, por el otro. En este sentido, opinó que las observaciones formuladas por los accionantes no resultaban hábiles para fundar su oposición a una traza que no pasa ni se aproxima al territorio que pretenden resguardar mediante esta acción de amparo. Además, los magistrados valoraron que el diseño correspondiente al tramo "IV-b" había sido aprobado por la Municipalidad de La Plata y por la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires.

Por último, con relación al tramo "IV-a", los jueces concluyeron que se mantienen las objeciones de los actores vinculadas con la falta de verificación del impacto ambiental en la

zona cercana al parque, la potencial afectación a los vecinos de la calle 403 de Villa Elisa y la posibilidad de que el tránsito pesado se desvíe por ese tramo hasta la Autopista La Plata-Buenos Aires. En ese marco, el tribunal a quo ordenó requerir los estudios de impacto ambiental y verificaciones correspondientes a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, al OPDS y a la Universidad Nacional de La Plata, con carácter previo a la solución definitiva de este juicio. Para ello estimó un plazo de sesenta días corridos.

10) Que contra dicho pronunciamiento, la Dirección Nacional de Vialidad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1478/1492), cuyo rechazo dio lugar a la presente queja (fs. 71/75, del expediente respectivo).

La recurrente alega que la sentencia reviste el carácter de definitiva, pues ocasiona al Estado Nacional perjuicios irreparables y resuelve sobre el fondo del asunto. Además, argumenta que media gravedad institucional pues el tema en debate excede el interés de las partes. Resalta que la resolución afecta y paraliza en forma indeterminada la ejecución de una obra pública de la que resultan beneficiados trece millones de personas, así como amenaza y entorpece el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la repartición demandada.

Afirma que la decisión impide el cumplimiento de funciones específicas otorgadas por el decreto 505/58, ratificado por la ley 14.467, y por el decreto 356/97, cuando la parte actora no demuestra el presunto daño ambiental en el territorio del parque que pudiera provocar la construcción del tramo "IV-a".

Manifiesta que lo decidido por la cámara viola lo dispuesto por el art. 124 de la Constitución Nacional que reserva a las provincias el dominio y administración de los recursos naturales, la ley 11.723 de la provincia de Buenos Aires y el decreto 505/58 que determina la competencia con relación a la

proyección, construcción y mantenimiento de la red nacional de caminos. En linea con ello, la recurrente arguye que ejerció con corrección las facultades otorgadas legalmente y, en ese contexto, que el estudio y la fijación de trazas alternativas excede el límite de la potestad jurisdiccional.

Asimismo, tacha de arbitraría la sentencia. En primer lugar, cuestiona que se haya incorporado como parte plena a la Municipalidad de La Plata, alegando que no fue notificada de la demanda y que su reclamo es improcedente por inoportuno.

Arguye que el pronunciamiento impugnado se aparta de los hechos y actos procesales de la causa y resuelve en exceso de jurisdicción sobre el fondo del asunto. Al respecto, argumenta que el pronunciamiento atacado homologa presuntos acuerdos conciliatorios que importan la disección de la propuesta presentada por su parte, desconociendo su voluntad. De igual forma, afirma que la cámara excluye las alternativas 1 y 2 mediante acuerdos conciliatorios fictos, sin que ninguna de las partes se haya expresado en ese sentido. En efecto, destaca que solo la Municipalidad de La Plata manifestó su acuerdo con la alternativa 4 presentada.

Postula también la arbitrariedad de la sentencia impugnada sobre la base de que la alzada no habría tenido en cuenta que la alternativa 4 propuesta, tramo "IV-a", no solo no ingresa en el espacio del parque, sino que está a más de 15 kilómetros de la reserva natural intangible y es solo para tránsito liviano. En el caso, la recurrente estima que no concurren los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, considerando que no fueron acreditados la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora ni un perjuicio real en el territorio del parque.

11) Que en lo atinente a la decisión de la cámara de otorgar carácter autónomo al amparo promovido por la Municipalidad de La Plata (punto 1º de la sentencia), el recurso extraordinario no se dirige contra una sentencia definitiva o equipara-

ble a tal (art. 14 de la ley 48).

12) Que, en lo demás, si bien la resolución contra la cual se dirige la apelación no es el pronunciamiento que pone fin al pleito, como se expresará más adelante, ella irroga a la recurrente agravios de insusceptible reparación ulterior, por lo que corresponde equipararla a definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48.

El recurso plantea por un lado, agravios vinculados con la interpretación de normas de carácter federal; y, por otro, aduce objeciones dirigidas a mostrar que la decisión impugnada no es una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, en el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre arbitrariedad de sentencias. En línea con el criterio seguido por el Tribunal cuando concurren planteos de dichas especies y sobre la base de las circunstancias del caso, corresponde dar prioridad en el tratamiento a la tacha de arbitrariedad (Fallos: 318:189; 323:35, entre otros) pues la decisión de esas impugnaciones mantiene relación directa e inmediata con el resultado del recurso extraordinario, y dado que de existir —en rigor— no habría sentencia propiamente dicha.

13) 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; 312:696; 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 requiere, 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 (causa G.78.XLV “Gómez, Susana Gladys c/ Golden Chef S.A y otros”, sentencia del 17 de septiembre de 2013).

14) Que, en primer lugar, corresponde tratar los agravios de la recurrente relativos a la homologación del acuerdo conciliatorio, por el que la Dirección Nacional de Vialidad y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios habrían renunciado a su pretensión de realizar el tramo IV de la Autopista Presidente Perón de acuerdo a las alternativas 1 y 2.

Por un lado, esa decisión es definitiva en cuanto pone fin a la controversia sobre la viabilidad de las alternativas 1 y 2 del tramo IV. El acuerdo conciliatorio homologado judicialmente tiene, en virtud del derecho vigente, autoridad de cosa juzgada (cf. arts. 309 y 500, inciso 1, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que equivale, en sus efectos, a una sentencia definitiva.

La decisión apelada se aparta de las constancias de la causa y del derecho aplicable en cuanto concluyó que existió un acuerdo conciliatorio entre las partes, por el cual la demanda

dada renunció a su pretensión de ejecutar el tramo IV de la Autopista Presidente Perón de acuerdo a la alternativa original – que fue licitada y adjudicada– y a la alternativa 2.

15) Que, en tal sentido, cabe ponderar que la alternativa 1 fue originariamente proyectada por la Dirección Nacional de Vialidad (decreto 356/97 y resoluciones MEOySP 780/97 y 30/98).

Esa traza fue objeto de licitación y adjudicación hace más de 36 meses. La modificación de la traza original produciría enormes costos para el Estado demandado, lo que incluso podría poner en riesgo la ejecución de una obra pública que beneficia a millones de personas. En ese contexto, la voluntad del Estado de renunciar a la alternativa original debe ser inequívoca y no puede ser inferida de simples manifestaciones, que no tuvieron el propósito cierto de descartar definitivamente esa alternativa.

Si bien es cierto que de las actuaciones surge que la Dirección Nacional de Vialidad procuró encontrar diversas alternativas de traza para el tramo IV, que permitieran zanjar los planteos de los amparistas, no existe una constancia de la que se desprenda la voluntad cierta y definitiva del Estado de descartar las alternativas 1 y 2. Menos aún en un escenario donde no existe una alternativa para la construcción del tramo IV que cuente al menos con la conformidad de los actores, pues la decisión apelada no indica en qué actuación se encontraría plasmada esa voluntad.

16) Que la sentencia únicamente se refiere a la presentación de la alternativa 4 por parte de la Dirección Nacional de Vialidad y a su ratificación por parte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Sin embargo, de esa presentación no surge la voluntad explícita del Estado de concluir el conflicto relativo a las alternativas 1 y 2. Tampoco esa voluntad puede ser inferida de la presentación de una nueva alternativa, pues un acuerdo conciliatorio que contiene la re-

nuncia a una pretensión debe ser interpretado en forma estricta (arts. 835 y 874, Código Civil). La necesidad de adoptar una interpretación restrictiva se ve acrecentada en este caso, en virtud de las particularidades mencionadas en relación con la licitación y adjudicación de la traza original y a los costos y riesgos que implicarían su modificación. Por último, la inferencia realizada por el tribunal es irrazonable en el escenario actual donde la viabilidad de la alternativa 4 es aún incierta ante las objeciones presentadas por los amparistas que, además, fueron receptadas por la decisión apelada.

No es posible soslayar que los demandantes objetaron el tramo "IV-a" y a raíz de ello el tribunal mantuvo la prohibición cautelar respecto de esa traza de la alternativa 4 y requirió que, con carácter previo a la solución definitiva del conflicto, se realicen los estudios de impacto ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, del OPDS y de la Universidad de La Plata. En este marco, la arbitrariedad de la sentencia apelada se encuentra corroborada por el hecho de que el tribunal infiere que el Estado se comprometió a dejar de lado las alternativas 1 y 2 sin ninguna certeza sobre la posibilidad de ejecutar la obra al menos de acuerdo a la alternativa 4. El tribunal entendió que la demandada aceptó descartar las citadas alternativas, aun cuando la parte actora no dio su conformidad a la alternativa 4 y aun cuando la Dirección Nacional de Vialidad manifestó que la construcción del tramo "IV-b", sin el tramo "IV-a", es inaceptable en tanto produciría un caos de tránsito.

17) Que, en síntesis, si bien de las actuaciones surge la intención de las partes de lograr un avenimiento de sus intereses, no se advierte, al menos en esta instancia, la existencia de una confluencia definitiva de voluntades en relación con el modo de superación del conflicto. Por ello la decisión apelada, en la medida en que descarta en forma definitiva las alternativas 1 y 2 y deja subsistente el conflicto en lo que respecta a la alternativa 4, no configura una valoración posible de la voluntad de las partes.

En las condiciones señaladas, se advierte que la decisión apelada se aparta de las constancias de la causa y del derecho aplicable en cuanto concluyó que existió un acuerdo conciliatorio entre los amparistas (Asamblea del Parque Pereyra Iraola y vecinos y organizaciones no gubernamentales de Villa Elisa) y la Dirección Nacional de Vialidad.

18) Que, a su vez, el tribunal homologó un acuerdo conciliatorio entre la Municipalidad de La Plata y la Dirección Nacional de Vialidad a raíz del cual las partes habrían acordado realizar el tramo IV de acuerdo a la alternativa 4. A esos efectos, mencionó la conformidad del municipio a la citada propuesta. Sin embargo, el razonamiento del tribunal se funda en el presupuesto de que el Estado descartó la realización de las alternativas 1 y 2. Tal como se expuso, ese razonamiento del tribunal se aparta de las constancias de la causa, sobre todo considerando que no surge, y menos en forma indubitable, que el Estado hubiera acordado con la Municipalidad dejar de lado las alternativas 1 y 2, sin contar aún con la conformidad de todas las partes a la propuesta 4.

19) Que sobre la base de los fundamentos expresados, los puntos 4º y 5º de la sentencia apelada –en cuanto fue materia de agravio– deben ser revocados con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

20) Que, asimismo, la recurrente se agravia del pronunciamiento apelado en cuanto mantuvo la prohibición cautelar respecto del cuestionado tramo "IV-a" (que corre desde la Ruta 53 hasta la Ruta 2) y requirió que, con carácter previo a la solución definitiva del conflicto, se realizaran los estudios de impacto ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, del OPDS y de la Universidad de La Plata.

21) Que las resoluciones sobre medidas cautelares no revisten en principio carácter de sentencias definitivas para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 225:213;

244:147; 247:114; 262:136; 301:947; 302:347; 305:1847 y 1929; 310:681; 313:116; 318:814). Sin embargo, esa doctrina cede en los supuestos en que aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y otras circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 314:1202; 327:5751; 330:4930, entre otros).

Esto último sucede en el sub lite en tanto que la decisión apelada paraliza en forma indeterminada la realización de una obra pública de gran magnitud, que ya fue objeto de licitación y adjudicación. En este marco, la resolución pone en riesgo su ejecución en perjuicio de los millones de usuarios que serán beneficiados por la construcción de la Autopista Presidente Perón. Además, el pronunciamiento atacado obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado, lo que podría generar perjuicios económicos significativos.

22) Que, sentado lo anterior, se advierte que la decisión apelada en cuanto decidió mantener la medida de no innovar con respecto al tramo "IV-a" no se encuentra fundada ni constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

En efecto, el tribunal se apartó del pronunciamiento del juez de primera instancia, que había hecho lugar a la reducción de la medida cautelar peticionada por el demandado, y decidió mantener la prohibición de no innovar con respecto al tramo "IV-a", remitiendo para ello a los argumentos expuestos en su decisión del 29 de marzo de 2011. Sin embargo, en ese entonces el tribunal había confirmado las medidas cautelares dictadas por el juez de primera instancia, que disponían la suspensión inmediata de la obra del tramo IV, en toda la extensión del Parque Pereyra Iraola y en la calle 403 de la localidad de Villa Elisa, partido de La Plata. En esa oportunidad, la Cámara había destacado los principios que guian el derecho ambiental y la protección legal de la que goza el Parque Pereyra Iraola.

23) Que, no obstante, las cuestiones fácticas plan-

teadas con relación a la reducción de la medida cautelar difieren de las analizadas por el tribunal en ese entonces, donde las alternativas atravesaban el mencionado parque o la calle 403 de Villa Elisa. Al peticionar la modificación de la medida cautelar, la Dirección Nacional de Vialidad propuso establecer una subdivisión del tramo IV en dos partes, uno desde la Ruta 53 hasta la Ruta 2 y otro desde esta última hasta la Autopista La Plata-Buenos Aires y manifestó que el primer tramo se encuentra disociado del parque y de la parte norte de la trama urbana de la localidad de Villa Elisa. Esas consideraciones llevaron al juez de primera instancia a hacer lugar al planteo de la demandada.

En tales condiciones, se impone concluir que la decisión apelada es dogmática e infundada; pues se remite a argumentos expuestos en circunstancias fácticas diversas, máxime considerando la prudencia que debe guiar toda decisión que implique la suspensión de una obra pública (Fallos: 314:1202).

24) Que el tribunal expuso que persistían las objeciones de los accionantes en lo que respecta a la falta de verificación del impacto ambiental en la zona cercana al parque. Sin embargo, no hizo referencia alguna a los elementos que sustentarian la verosimilitud del derecho invocado por los amparistas. En este sentido, las meras conjeturas de los actores sobre la producción de daños hipotéticos, cuando el trazado —que se extiende para el tránsito liviano desde la Ruta 53 a la Ruta 2— no entra en el perímetro del parque, se encuentra alejado de la calle 403 de Villa Elisa y está solo previsto para tránsito liviano, no son suficientes para sustentar la decisión de paralizar una obra pública, máxime cuando las autoridades públicas intervenientes han manifestado que realizarán los estudios de impacto ambiental pertinentes y obtendrán su aprobación por parte de las autoridades competentes en materia ambiental (fs. 1386). Además, la Dirección Nacional de Vialidad presentó un informe de impacto ambiental respecto del tramo "IV-a" (fs. 1391 y prueba agregada), del que el tribunal prescindió por completo al decidir la

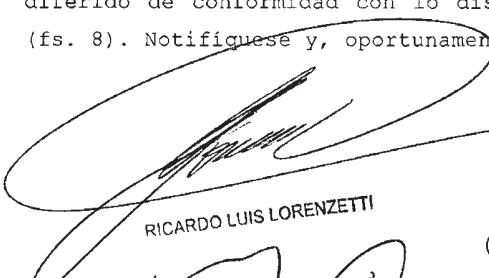
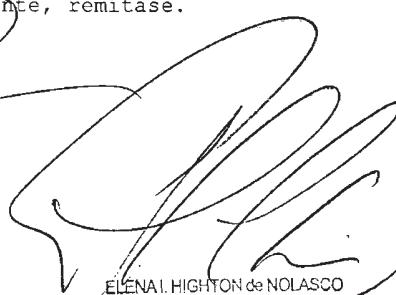
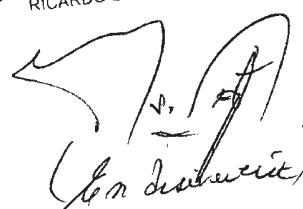
cuestión planteada.

25) Que por las razones expuestas y con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, el punto 2º de la decisión apelada también debe ser dejado sin efecto en tanto el tribunal omitió efectuar una valoración adecuada de las circunstancias de la causa a los efectos de ponderar la concurrencia de los recaudos previstos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

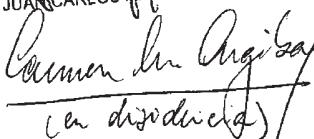
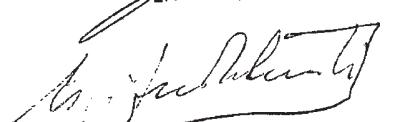
Por consiguiente corresponde dejar sin efecto la sentencia en este punto y revocar la medida cautelar

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se hace lugar parcialmente a la queja y se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance indicado y, sin que esto implique abrir juicio acerca de la solución final que corresponda dar al caso, se deja sin efecto el pronunciamiento impugnado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Exímesese a la recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra

diferido de conformidad con lo dispuesto por la acordada 47/91  
(fs. 8). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
DISI-//-

JUAN CARLOS MAQUEDA

  
CARMEN M. ARGIBAY  
CARMEN M. ARGIBAY  
(en discordia)

ENRIQUE S. PETRACCHI

-///-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT  
Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Sala II Civil de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, al modificar la sentencia de primera instancia, dispuso: 1.- hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de La Plata y, en consecuencia, hacer lugar a su pretensión según el alcance autónomo con el que fue articulada; 2.- mantener la medida cautelar oportunamente ordenada hasta tanto se realice un estudio de impacto ambiental que, previa vista a las partes, permita al tribunal decidir la cuestión de fondo; 3.- declarar abstractos los pedidos de acla-

ratoria formulados por los actores en los incidentes cautelares; 4.- homologar los acuerdos conciliatorios concluidos entre las partes con respecto a determinadas cuestiones del litigio; 5.- mantener la intervención de la Municipalidad de La Plata y de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires en calidad de terceros, con relación al punto al que quedó circunscripto el objeto del litigio.

Contra dicho pronunciamiento la Dirección Nacional de Vialidad interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

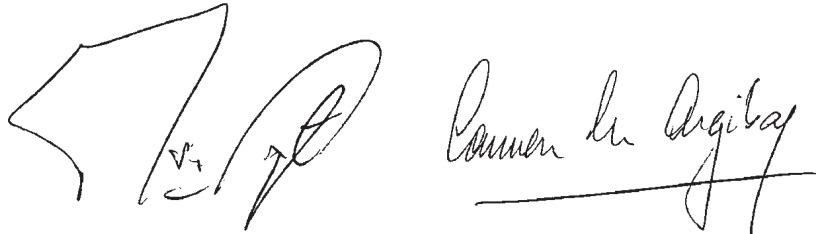
2º) Que, según resulta de lo expresado, la sentencia de cámara solo ha resuelto parcialmente las cuestiones ventiladas en este juicio, ya que dispuso la realización de un estudio de impacto ambiental a fin de decidir sobre la medida cautelar relativa al punto pendiente de decisión.

3º) Que, en tales condiciones, el vencido promueve la revisión de una sentencia incompleta que no es susceptible de habilitar la jurisdicción extraordinaria que prevé el art. 14 de la ley 48. Ello es así, pues la consideración actual del asunto impondría al Tribunal el fraccionamiento de su jurisdicción para resolver la causa por partes y no de manera final, conclusión que es inaceptable con arreglo a la tradicional regla de que, en estos casos la tutela de esta Corte respecto de las cuestiones federales resueltas en aquella decisión se obtiene, de subsistir el gravamen, mediante el recurso extraordinario introducido contra la sentencia final de la causa (conf. Fallos: 303:1040; 304: 153; 305:1745; 308:723; 319:1474; 324:817; 328:3553; 331:104; 332:2307).

4º) Que en cuanto a la invocación de la excepcional doctrina de la gravedad institucional, ella no se configura por la simple mención, como ocurre en el caso, de que la cuestión ha excedido el marco del interés particular, pues esta Corte ha exigido la demostración sobre la presencia de un supuesto excepcional de esta especie que afectare de modo directo al interés

de la comunidad (Fallos: 308:1347; 310:1766; 312:1484, entre muchos otros), carga que no ha sido satisfecha en el sub lite y que era de cumplimiento indefectible por no tratarse de circunstancias manifiestas.

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la recurrente a integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo dispuesto por la acordada 47/91 (fs. 8). Notifíquese, tómese nota por Mesa de Entradas y, oportunamente, archive.



CARLOS S. FAYT

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional - Dirección Nacional de Vialidad, representado por los Dres. Leandro Nicolás Sverdlik y Ana Laura Wolcan y patrocinado por el Dr. Leandro Hernán Fernández.

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

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

---

ASOCIACIÓN MUTUAL DEL PERSONAL DE OBRAS  
Y SERVICIOS PÚBLICOS C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO  
DE DESARROLLO SOCIAL Y MEDIO AMBIENTE  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

*IMPUGNACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el artículo 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado, debido a la caducidad operada, razón por la cual, en tal caso, no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios

basados en el accionar ilícito de la Administración, conclusión que es la consecuencia lógica de la naturaleza accesoria -en el ámbito del derecho administrativo- de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente.

### *IMPUGNACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

Al no haberse cuestionado judicialmente la resolución 1127/00 del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente mediante la cual se rechazó el recurso jerárquico interpuesto contra la decisión de la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales de resolver el compromiso de compraventa celebrado, no es posible reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios por el obrar ilegítimo de la Administración, y una solución contraria implicaría un atentado contra la seguridad jurídica en la medida en que importaría hacer revivir un derecho extinguido y la acción deducida constituiría, en tal caso, un recurso contra un pronunciamiento firme por falta de impugnación adecuada.

### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de setiembre de 2013.

Vistos los autos: "Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó -por mayoría- el pronunciamiento del juez de grado que desestimó la demanda por daños y perjuicios deducida por la Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos y le impuso las costas del pleito (fs. 1205/1214).

2º) Que para decidir en ese sentido el a quo consideró que la actora no impugnó la resolución 1127/00 del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente que desestimó el recurso jerárquico interpuesto contra la decisión de las autorida-

des del "Programa Arraigo" de resolver el compromiso de compraventa celebrado, por lo cual entendió que dicho acto se encontraba firme. De tal modo, concluyó en que la indemnización pretendida era incompatible con el contenido de aquel acto "firme y definitivo" dictado en sede administrativa.

Explicó que, por aplicación de los principios del derecho público, al haberse omitido impugnar judicialmente la decisión referida (arts. 23 y 25 de la ley 19.549), ésta debía tenerse por regular y legítima (art. 12 de la ley cit.), dado que, de lo contrario, se alteraban los efectos jurídicos propios de un acto administrativo que no podía ser revisado.

Expuso que si no fue específicamente impugnado el acto definitivo que tuvo por válida la decisión de poner fin al compromiso de compraventa, la resolución del convenio quedó consentida con el alcance con el cual fue dispuesta.

Sobre el particular, recordó la doctrina de esta Corte según la cual no es posible resolver conflictos dejando de lado lo dispuesto en actos administrativos válidos, ya que no cabe prescindir de su aplicación y privarlos de sus efectos sin antes declarar su invalidez.

Asimismo, se refirió a los restantes aspectos que hacían a la interpretación de los hechos del caso, la conducta de las partes y el alcance del reclamo resarcitorio. Puso énfasis en que el análisis de esas cuestiones sería realizado sobre la base de principios de derecho público administrativo, los cuales consideraba aplicables en el sub examine dado que se encontraba involucrada la actividad ordinaria de la Administración. En cuanto a la naturaleza y los efectos jurídicos del compromiso de compraventa involucrado en el caso, sostuvo que ese convenio carecía del alcance que la actora pretendía atribuirle y no le otorgaba los derechos adquiridos invocados en su demanda.

Afirmó que aquel compromiso no era un acto adminis-

trativo firme y definitivo que resolviera la cuestión de fondo, es decir, la venta de las tierras fiscales. Entendió que para que esa venta hubiera podido producirse debieron verificarse las exigencias establecidas expresamente en ese convenio y encontrarse cumplidos los requisitos generales previstos en la ley 24.146 y su reglamentación, dado que al celebrar el compromiso no se había efectuado ninguna declaración respecto del cumplimiento de esos recaudos. En ese orden de ideas, sostuvo que el convenio involucrado no era otra cosa que la formalización de una opción de compra a favor de la actora y que el mero reconocimiento bajo condición que contenía no podía ser considerado como un derecho adquirido a la transferencia de las tierras fiscales objeto de su reclamo.

Adujo que la accionante nunca demostró haber cumplido con las condiciones impuestas en el compromiso de venta. Concretamente señaló que no lo hizo en el plazo fijado por la Administración, ni a fines de 1999 cuando debieron estar terminadas las obras según su propio proyecto, ni después de declararse nulo el boleto de compraventa suscripto con la Municipalidad de Ezeiza, ni a fines del año 2000 (vencimiento original del régimen), ni tampoco al expirar su prórroga en el 2003.

Explicó que, no obstante que la Asociación Mutual había imputado esa imposibilidad a las trabas impuestas por la Municipalidad de Ezeiza para aprobar el trámite de rezonificación (de rural a urbana) necesario para la presentación del proyecto ante la autoridad de aplicación, tal circunstancia resultaba ajena al objeto de esta causa y debió ser planteada por la vía correspondiente, sin que pueda responsabilizarse al Estado Nacional por la demora de aquélla, por ser un tercero ajeno a la relación que los vinculaba.

En punto al plazo estipulado por la Administración para el cumplimiento de la condición fijada en el compromiso de compraventa, la cámara entendió que, en la medida en que no se había establecido un término para ello en aquel convenio, re-

sultaba acertada la decisión adoptada por cuanto no era conveniente mantener la situación indefinidamente y tampoco era necesario recurrir a una instancia judicial o aguardar el vencimiento del plazo establecido en el artículo 16 de la ley 24.146 a tal fin, pues tratándose de un título precario, la demandada podría haber revocado el acto incluso sin dar oportunidad a la asociación mutual para cumplir con su obligación.

Juzgó que era incorrecta la postura asumida por la actora en el sentido de que la celebración del compromiso de compraventa implicaba tener por cumplidos los requisitos generales establecidos en la ley 24.146 y agregó que la adjudicación de tierras fiscales requería el dictado de un acto administrativo de la autoridad de aplicación que reconociera expresamente el cumplimiento de esos requisitos y, asimismo, aprobara el proyecto que debió presentar oportunamente. Explicó que hasta el dictado de ese acto no nacía ningún derecho de venta como pretende la accionante.

En este aspecto, manifestó que aquélla no había acreditado ser una entidad sin fines de lucro que persiguiera la construcción de viviendas destinadas a grupos familiares de escasos recursos (arts. 2º y 11 de la ley 24.146).

Por último, indicó que la Administración se encontraba facultada para tomar decisiones respecto de las adjudicaciones de venta invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 del decreto 776/93. Luego, reiteró que en el caso nunca existió un acto administrativo definitivo que reconociera la transferencia de las tierras en cuestión a la asociación mutual y que ésta no había cumplido con la condición fijada en el convenio. En esas condiciones, concluyó en que la accionada se encontraba habilitada para resolver el compromiso de compraventa y transferirlas a la Municipalidad de Ezeiza (art. 22 del decreto cit.).

3º) Que la actora interpuso recurso ordinario de apelación a fs. 1218, el cual fue concedido a fs. 1220. El memorial

de agravios fue presentado a fs. 1226/1239 vta. y contestado a fs. 1242/1247.

4º) Que el recurso ordinario deducido por la accionante es formalmente procedente, pues se dirige contra una sentencia definitiva, el pronunciamiento ha sido dictado en una causa en que la Nación es parte y el monto disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido en el artículo 24, inciso 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

5º) Que en su memorial la actora sostiene, en primer término, que la resolución a través de la cual se revocó el compromiso de compraventa fue atacada por medio de la vía recursiva y que, agotada ésta, se recurrió a la instancia judicial a efectos de obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos sobre la base de la ilegitimidad de aquel acto.

Manifiesta que la satisfacción del objeto de esta demanda, es decir la admisión de la indemnización reclamada, solo puede lograrse a través de un fallo que declare la ilegitimidad del acto de resolución del convenio.

En lo esencial, afirma que la ley no requiere la impugnación del acto administrativo que desestimó su recurso, sino solo la del acto mediante el cual se resolvió el compromiso. Indica que este último fue impugnado dentro del plazo legal establecido e insiste en que se agotó a su respecto la instancia administrativa [art. 23, inc. a, ley 19.549] y se dedujo en tiempo oportuno la demanda sobre la base de la ilegitimidad del acto resolutorio (art. 25, ley cit.).

En relación con el compromiso de compraventa, señala que ese convenio constituye un acto administrativo sujeto a condición, emanado de autoridad competente y firme, con principio de ejecución.

Expone que el propio tribunal a quo reconoció que, una vez cumplida la condición fijada, el contrato de compraventa

pudo haber sido celebrado. Asimismo, indica que la cámara omitió considerar que existía un plazo de más de un año y medio para cumplir con los requisitos enunciados en la cláusula 2<sup>a</sup> del compromiso de compraventa (art. 5º, ley 24.768).

Explica que jamás podría haberse llegado a la celebración del compromiso si la demandada no consideraba cumplidos los requisitos generales para acceder al régimen, por lo que no era necesario el dictado de un acto administrativo a tal fin.

Indica que el derecho subjetivo incorporado a su patrimonio consistía en la exclusividad para la adquisición de los terrenos con la que contaba para el supuesto en que cumpliera con la condición fijada en el artículo 2º del compromiso de compraventa.

Alega que la Administración no podía revocar el compromiso de venta celebrado en sede administrativa sin violentar aquel derecho adquirido. Pues, en tanto el decreto 776/93, reglamentario de la ley 24.146, establece en su artículo 6º que el rechazo de la solicitud solo puede fundarse en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y en ese reglamento, la accionada no podía invocar razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Por último, argumenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del decreto 776/93 la Administración no se encontraba facultada para "preferir" a la Municipalidad de Ezeiza, dado que en el caso no existió concurrencia de solicitudes, en la medida en que la presentación del municipio citado fue efectuada con posterioridad al inicio de su trámite.

6º) Que a los efectos de lograr un mejor entendimiento del tema traído a conocimiento de esta Corte, cabe formular una breve reseña de los antecedentes que dieron origen al litigio:

a) El 8 de septiembre de 1995 la Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos solicitó la transfe-

rencia, en los términos establecidos en la ley 24.146, de un terreno [delimitado por las calles Olegario Andrade, Jorge Newbery y Avenida Alejandro M. Aguado, nomenclatura catastral II, Parcela Rural 3 (parte), de una superficie aproximada de 200.000,00 m<sup>2</sup>] perteneciente al Estado Nacional, ubicado en la localidad de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, para la construcción de viviendas para sus afiliados (fs. 94).

b) En el marco del procedimiento administrativo iniciado con motivo de esa solicitud, la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales --"Programa Arraigo"-- y la Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos suscribieron un compromiso de compraventa el 27 de octubre de 1998. A través de dicho convenio la comisión se comprometió a realizar la transferencia definitiva a favor de la asociación mutual, en los términos establecidos en los decretos 1085/94 y 597/97, de los inmuebles ubicados en el Partido de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, identificados catastralmente como circunscripción II, parcela rural 3 (parte) con una superficie aproximada de 11 hás. 03 as. 64,30 cás. (art. 1º). Por su parte, la asociación mutual se comprometió a presentar el proyecto ejecutivo a realizar en el inmueble a transferir, el plano de mensura aprobado e inscripto con sus correspondientes legajos parcelarios y la fuente de financiación del proyecto (art. 2º). Finalmente, acordaron que la transferencia no se realizaría hasta que no cumpliera con la condición fijada (art. 3º) (fs. 36/37).

c) El 22 de abril de 1999 la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales intimó a la asociación mutual para que en el término de 15 días cumpliera con lo establecido en el compromiso celebrado en los términos del artículo 1204 del Código Civil. El 3 de mayo del mismo año esa intimación fue rechazada por la aquí recurrente aduciendo que no se encontraba en mora. Ello, por entender que en el compromiso no se había fijado plazo alguno y que el establecido por la autoridad de aplicación no se ajustaba al régimen. Asimismo, en esa oportunidad la actora puso en conocimiento de la Administración que no había podido cumplir con la

condición establecida en el convenio suscripto dado que no había resultado posible finalizar el trámite de rezonificación iniciado en la Municipalidad de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, necesario para la presentación del proyecto (fs. 326/327 y 334).

Transcurrido el plazo por el cual se intimó a la interesada sin que hubiera presentado el proyecto ejecutivo a desarrollar en los inmuebles a transferir, y la fuente de financiación, la comisión resolvió el compromiso de compraventa celebrado. Contra esa decisión, la asociación mutual interpuso recurso de reconsideración, con jerárquico en subsidio (fs. 330 y 328/329).

Vencido el plazo establecido para resolver la reconsideración planteada, la asociación mutual solicitó la elevación de las actuaciones a efectos de que se diera tratamiento al recurso jerárquico. Elevadas que fueron las actuaciones, amplió los fundamentos de su recurso (fs. 335 y 345/346).

d) Encontrándose pendiente de resolución el remedio articulado por la asociación mutual, el Intendente de la Municipalidad de Ezeiza solicitó a la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales la transferencia del inmueble en el cual se encontraba interesada la aquí recurrente, por considerarlo de importancia estratégica para el desarrollo urbano de la comuna. La petición fue admitida por la comisión, celebrándose el correspondiente boleto de compraventa entre ese organismo y el municipio (fs. 411/412).

e) Disconforme, la asociación mutual planteó la nulidad de aquel contrato de compraventa (fs. 429).

f) Mediante resolución 1127 del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente se revocó por ser nulo de nulidad absoluta el boleto de compraventa suscripto entre la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales y la Municipalidad de Ezeiza (art. 1º) y se rechazó el recurso jerárquico interpuesto por la Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos contra

la decisión de aquel organismo de resolver el compromiso de venta celebrado (art. 2º) (fs. 510/515).

A fin de revocar el contrato de compraventa celebrado con el municipio, la Administración tuvo en cuenta que no había existido principio de ejecución y que la cláusula 7ª de ese convenio resultaba nula por desnaturalizar el régimen en la medida en que contemplaba la posibilidad de ceder el inmueble a una entidad financiera. En lo referente al recurso jerárquico articulado por la accionante, sostuvo que aquélla no había cumplido con las obligaciones a su cargo.

Esa decisión, motivó el recurso de reconsideración presentado por la asociación mutual, que también fue rechazado a través de la resolución 1409 del mismo Ministerio (fs. 527/528 y 565/567).

7º) Que cabe poner de relieve que en el sub examine la actora promueve demanda de daños y perjuicios contra el Estado Nacional a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con motivo del accionar ilegítimo de la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales en oportunidad de resolver el compromiso de compraventa celebrado con fecha 27 de octubre de 1998 (fs. 1/8).

8º) Que, en tales condiciones, por razones de orden lógico corresponde abordar en primer término el agravio relativo al incumplimiento de los requisitos para la procedencia de esta demanda contra el Estado Nacional por su obrar ilegítimo, pues de arribar a una solución coincidente con la propiciada en el pronunciamiento recurrido devendría inoficioso expedirse sobre los restantes puntos planteados por la accionante en su memorial.

9º) Que la resolución 1127/00 del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, mediante la cual se rechazó el recurso jerárquico interpuesto por la actora, fue el acto administrativo definitivo que agotó la vía recursiva iniciada por la

accionante al interponer el recurso de reconsideración, con jerárquico en subsidio, contra la decisión de la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales de resolver el compromiso de compraventa celebrado el 27 de octubre de 1998.

De tal modo, en la medida en que la cuestión debe ser analizada desde la perspectiva correspondiente al ámbito de la responsabilidad del Estado por su obrar ilícito y, por ende, desde esa óptica debe verificarse el cumplimiento de los requisitos para la procedencia del reclamo, es correcto el pronunciamiento de la cámara sobre el punto, dado que los argumentos expuestos por la actora en su recurso no alcanzan para modificar lo resuelto por la alzada en este aspecto.

10) Que no resulta acertado lo manifestado por la recurrente en cuanto a que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 25 de la ley 19.549, no se encontraba obligada a impugnar el acto administrativo que rechazó el recurso jerárquico contra la decisión de la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales de resolver el compromiso de compraventa celebrado.

En efecto, en el artículo 23, inciso a, de la ley 19.549 se hace referencia expresamente a la impugnación por vía judicial del acto administrativo de alcance particular "...cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas."

En el caso, el acto administrativo que reviste la calidad de definitivo y puso fin a la vía recursiva es la resolución 1127/00, por lo que, sobre la base de lo dispuesto en la norma transcripta, mal puede entender la actora que no existía obligación de impugnar dicha resolución.

Por lo demás, también es importante destacar que, si bien la recurrente sostiene en su expresión de agravios que a través de esta demanda se cuestionó la decisión mediante la cual resolvió el convenio involucrado, la simple lectura del escrito de inicio permite advertir que en autos no se interpuso una de-

manda de impugnación y declaración de nulidad de acto administrativo en los términos de los artículos 23 y siguientes de la ley 19.549. La actora simplemente inició una acción de daños y perjuicios y fundó la procedencia de su reclamo resarcitorio en la ilegitimidad de aquel acto, mas no lo impugnó ni solicitó que fuera declarado nulo.

11) Que el criterio seguido por el tribunal a quo se ajusta a la doctrina de esta Corte según la cual los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el artículo 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado, debido a la caducidad operada, razón por la cual, en tal caso, no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la Administración (confr. Fallos: 319: 1476, 1532; 335:742, entre otros).

Dicha conclusión, tal como ha sostenido este Tribunal, es una consecuencia lógica de la naturaleza accesoria –en el ámbito del derecho administrativo– de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente (Fallos: 319:1476 cit.).

12) Que, en consecuencia, al no haberse cuestionado judicialmente la resolución 1127/00 del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente mediante la cual se rechazó el recurso jerárquico interpuesto contra la decisión de la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales de resolver el compromiso de compraventa celebrado, no es posible reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios por el obrar ilegítimo de la Administración.

Una solución contraria implicaría un atentado contra la seguridad jurídica en la medida en que importaría hacer revi-

vir un derecho extinguido y la acción deducida constituiría, en tal caso, un recurso contra un pronunciamiento firme por falta de impugnación adecuada (Fallos: 319:1476 cit.).

13) Que, finalmente, cabe señalar que la doctrina de Fallos: 312:1017 invocada por la recurrente en sustento de su postura no resulta aplicable en el sub examine, pues en el caso nos encontramos en el marco de un reclamo indemnizatorio con fundamento en la responsabilidad del Estado por su obrar ilegítimo y, en aquella causa, la actora perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración por su accionar legítimo (Fallos: 312:1017, considerando 5º del voto de la mayoría y considerando 6º, segundo párrafo, del voto del juez Petracchi).

14) Que lo hasta aquí expuesto torna inoficioso expedirse respecto de los demás agravios desarrollados por la recurrente en su memorial en la medida en que no resultarían hábiles para modificar lo decidido respecto de la procedencia de esta demanda.

Por ello, se rechaza el recurso ordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios.

-//Con costas (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso ordinario interpuesto por la Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos, actora en autos, representada por don René Vega, con el patrocinio letrado del Dr. Horacio A. Cassinelli.

Traslado contestado por el Estado Nacional, demandado en autos, representado por el Dr. Sergio Ricardo M. Landin.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelación en lo Civil y Comercial Federal, Sala I.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 9.

FIRA SA  
C/ LA NACION SECRETARIA DE CULTURA  
S/ RETROCESIÓN

*EXPROPIACION*

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción de retrocesión interpuesta con el objeto de que se le reintegrara el inmueble expropiado con fundamento en que el Estado Nacional no le había dado el destino previsto por la ley 17.569 -de expropiación-, pues asiste razón al a quo en cuanto a que, de las pruebas obrantes en el expediente, resulta que se ha respetado el destino previsto, con el objeto de utilizar dichos bienes como sede de un colegio, por lo que las resoluciones y la ley cuestionada por la recurrente no le han causado un perjuicio concreto, lo que impide al Poder Judicial expedirse sobre su validez o constitucionalidad, ya que no compete a los jueces hacer declaraciones generales abstractas sino decidir colisiones efectivas de derechos

**FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, *24 de setiembre de 2013.*

Vistos los autos: "Fira S.A. c/ La Nación - Secretaría de Cultura s/ retrocesión".

Considerando:

1º) Que, al confirmar la decisión de primera instancia, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazó la acción de retrocesión interpuesta por FIRA S.A. con el objeto de que se le reintegrara el inmueble sito en avenida Callao 628 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en que el Estado Nacional no le había dado el destino previsto por la ley 17.569, mediante la cual se lo había expropiado.

Como fundamento, y después de realizar una inspección ocular en las instalaciones, el a quo consideró que se había dado efectivo cumplimiento al objeto de la expropiación.

Contra este pronunciamiento, la actora interpuso recursos ordinario y extraordinario de apelación (fs. 991 y 995/1008, respectivamente). El primero fue concedido y el segun-

do fue declarado inadmisible (fs. 1012), lo que originó la queja F.16.XLVI, que corre por cuerda. La apelante presentó su memorial a fs. 1098/1108, que fue contestado a fs. 1117/1124 y 1131/1140.

2º) Que el recurso ordinario interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que se trata de una sentencia definitiva en un pleito en el que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término, supera el mínimo establecido en el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

3º) Que asiste razón al a quo en cuanto a que, de las pruebas obrantes en el expediente, resulta que se ha respetado el destino previsto por la ley 17.569, que declaró sujetos a expropiación los inmuebles situados en la avenida Callao 628 y en la Calle Riobamba 623 al 627, 641 y 647, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objeto de utilizarlos como sede de la Escuela Nacional de Comercio n° 2 "Dr. Antonio Bermejo".

En este sentido, resultan coincidentes: los informes de las distintas autoridades educativas (fs. 855, 857, y 905/909); el acta de la inspección ocular realizada por el Presidente de la Sala I de la Cámara (fs. 973); y las manifestaciones del perito ingeniero designado en la causa (fs. 466/468).

En particular, cabe aclarar que no es convincente el apelante en cuanto alega que el destino legal se cumplió respecto de los inmuebles sitos en la calle Riobamba, pero no con relación al ubicado en la Avenida Callao.

Este argumento no se hace cargo de que, tal como se señala en el informe pericial citado "se aclara y se reitera que [en los inmuebles de la calle Riobamba 623/627, Riobamba 674 y Callao 628 de la Ciudad de Buenos Aires] (...) todo se encuentra intercomunicado francamente en forma física, funcional y permanente, desde la entrada por Av. Callao hasta la entrada por la calle Riobamba". De hecho, "el alumnado ingresa por Av. Callao

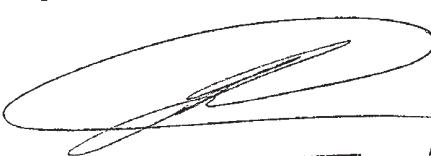
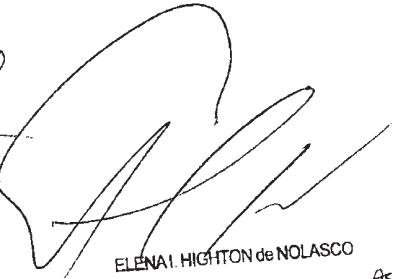
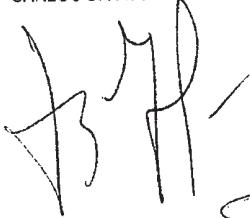
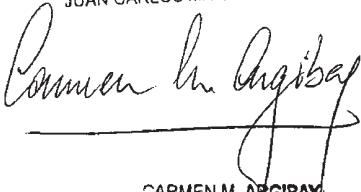
628 o por Riobamba. Es decir, estas instalaciones se encuentran vinculadas con todas las demás partes de la escuela" (fs. 466 vta. del informe pericial).

4º) Que, por último, no obsta a lo expuesto el hecho de que —previamente al perfeccionamiento de la expropiación— el Estado Nacional haya intentado modificar el destino del inmueble mediante el dictado de diversas resoluciones, que disponían la instalación del "Museo de Arte Oriental" (ver fs. 828/829 y 939/940); ni tampoco que se haya dictado la ley 21.754, que dispuso la ampliación de los alcances de la ley 17.569 en el sentido de que el inmueble sito en la Avenida Callao 628 "podrá ser también destinado a otros servicios educacionales y/o culturales dependientes del Ministerio de Cultura y Educación".

Ello es así porque en el predio, finalmente, se cumplió el objeto previsto por la ley de expropiación original. Por lo tanto, las resoluciones y la ley cuestionada por la recurrente no le han causado un perjuicio concreto, lo que impide al Poder Judicial expedirse sobre su validez o constitucionalidad, ya —//—que no compete a los jueces hacer declaraciones generales abstractas sino decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 325:2600; 326:980, entre muchos otros).

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifí-

quese y devuélvanse los autos.

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

Recurso ordinario interpuesto por **Fira S.A.**, actora en autos, representada por el Dr. **Carlos Schwarzberg**, en calidad de apoderado, con el patrocinio letrado del Dr. **Augusto César Belluscio**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional - Ministerio de Educación**, demandado en autos, representado por la Dra. **Elisa B. Sisro**; y por el **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, codemandada en autos, representada por el Dr. **Lionel Alejandro Castellini**, con el patrocinio letrado del Dr. **Fernando José Conti**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 5.**

## OCTUBRE

MOLINE’O CONNOR, EDUARDO JOSE ANTONIO  
C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE DESARROLLO  
SOCIAL RESOL 3085/04 219/05 DTO 1319/05  
S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

### JUECES

Corresponde dejar sin efecto las resoluciones apeladas por las que se suspendieron las actuaciones que tramitan en el fuero contencioso administrativo, en las que el actor -magistrado destituido mediante juicio político- pretende la anulación de resoluciones administrativas que le revocaron la pensión vitalicia (art. 29, ley 24.018), ya que en la denuncia formulada por aquél ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se cuestiona su remoción por juicio político, lo que pone de manifiesto que no existe posibilidad de contradicción entre los pronunciamientos que sustente la pretendida prejudicialidad invocada por el a quo sino que por el contrario la suspensión del trámite decretada de oficio, constituye una dilación del proceso que lesiona el derecho de defensa y provoca una denegación de justicia que no puede ser mantenida.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al entender en la controversia relativa a la revocación de la asignación vitalicia que le fuera reconocida al actor en su carácter de ex-Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley nº 24.018), suspendió el trámite de las actuaciones hasta tanto se resuelva la denuncia radicada por el pretensor ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vinculada con los pormenores de su destitución por el procedimiento de juicio político, por valorar que ella traduce una cuestión prejudicial respecto de la causa en estudio (arts. 1101, C. Civil y 61

y 68, inciso 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y **Fallos:** 327:5668, entre otros).

Invocó para así decidir, en suma, la necesidad de evitar eventuales decisiones contrapuestas entre los tribunales nacionales y los organismos internacionales contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica (Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos), de tutelar la garantía constitucional de la cosa juzgada, de proteger la efectividad de los fallos del tribunal y de contar con todos los elementos de juicio necesarios para resolver la cuestión con arreglo al principio de la verdad jurídica objetiva (cfr. fs. 293/304 y 418/419).

Dicha resolución, impugnada vía revocatoria por el actor, fue confirmada por la Sala con apoyo en el carácter definitivo que reviste, insusceptible de reposición por contrario imperio. Arguyó la *a quo*, además, la insuficiencia crítica del recurso y que la independencia entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los jueces locales no es absoluta a la luz de la jurisprudencia de la Corte, máxime cuando las pretensiones están evidentemente vinculadas.

Finalizó alegando que la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio no pueden prevalecer sobre el imperativo constitucional de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva, más aun, cuando el tenor alimentario del beneficio permanece incólume al no mediar un fallo sobre el fondo de la pretensión, y que la prejudicialidad no reviste carácter sancionatorio sino procesal y procura resguardar y conciliar razonablemente los derechos, garantías y principios comprometidos en el caso (v. fs. 422/430 y 432).

La actora dedujo recursos extraordinarios contra las decisiones reseñadas, los que fueron replicados y concedidos con apoyo en que las sentencias impiden la continuación del pleito, involucran la inteligencia de normas federales -arts. 61 y 68 de la CIDH- y resultan contrarias a la pretensión que el apelante sostiene en las actuaciones (fs. 433/452, 455/475, 482/483 y 485).

forma irreparable su patrimonio y le veda, durante un lapso que puede estimarse en años, el acceso oportuno a la justicia, a fin de reclamar la tutela de los derechos constitucionales que considera menoscabados. Hace hincapié en que al suspender de oficio la causa, *sine die*, la Sala obliga al actor a esperar indefinidamente que revise una sentencia de primera instancia, en el marco de un litigio dirigido a obtener la restauración de un derecho previsional, de tenor alimentario.

Postula que existe cuestión federal suficiente en tanto se debate el alcance de los derechos de defensa en juicio y de acceso a la justicia y el de la tutela de los beneficios previsionales, así como la vinculación entre la jurisprudencia nacional y los pronunciamientos de los organismos internacionales, en particular, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Justicia (arts. 14 bis, 17, 18, 27, 33 y 75, inc. 22, de la C.N.).

Rechaza que la jurisdicción internacional pueda instituirse como un supuesto de prejudicialidad para los tribunales locales y que ello emerja de la supuesta obligatoriedad de acatar las directrices de la Comisión o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tiempo que expresa que el temperamento contrario de la sentenciadora es incompatible con los artículos 18, 75, inc. 22, y 116 de la Ley Suprema, y 8, 25 y 46, punto 1, apartado a), del Pacto de San José de Costa Rica y no resulta convalidado por la aplicación analógica de una regla excepcional como el artículo 1101 del Código Civil, según se deriva de Fallos: 287:248 y 330:2975.

Refiere, con cita de jurisprudencia, que la suspensión indefinida de un pleito, a resultas de la denuncia tramitada en otra sede, configura una dilación contraria al derecho de defensa y constitutiva de una denegación de justicia. En ese plano, detalla que se vio privado de su beneficio en el año 2004 y que el trámite completo de su queja, en sede internacional y local, insumiría razonablemente otros diez años, hasta que se resuelva, por fin, acerca de su

derecho previsional.

Aduce, asimismo, que llevado el razonamiento de la *a quo* al extremo no debió ejecutarse la destitución del cargo de ministro de la Corte Suprema, decidida por el Senado Nacional, hasta tanto se resolviese la denuncia planteada a la Comisión Interamericana, y el Poder Ejecutivo debió abstenerse de revocar la pensión vitalicia hasta tanto se zaniera dicha instancia.

Acusa, por otra parte, que la resolución atacada transgrede el artículo 116 de la Carta Magna, desde que importa una renuncia de los jueces nacionales a expedirse sobre la inteligencia y validez de normas constitucionales y federales, al tiempo que hace notar que el Pacto de San José de Costa Rica exige que, previo a efectuar una denuncia, el interesado agote los recursos en sede interna, lo que demuestra que la justicia nacional debe ejercer de manera acabada su jurisdicción, sin que pueda esgrimirse ninguna supuesta prejudicialidad internacional.

En otro orden, el actor alega que las pretensiones deducidas en ambas sedes son distintas y que no existe riesgo de sentencias contradictorias, toda vez que la denuncia internacional, tras haber agotado los recursos previstos en el orden local, objeta la validez de la decisión destitutoria del Senado, promueve la restitución en el cargo de Juez de la Corte y reclama la indemnización pertinente, mientras que en estas actuaciones sólo se pide que se deje sin efecto la revocación de la asignación vitalicia por imperio del artículo 29 de la ley n° 24.018.

Explica que si la protesta internacional es rechazada, conservaran su vigencia los argumentos traídos por el pretensor, y si es aceptada, no implica de manera automática privar de efectos a la decisión del Senado, porque la Corte Interamericana puede establecer otros modos de reparación y la forma de ejecutar lo resuelto dependerá de lo que determine el Estado a través de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, además de que ello puede suceder dentro de varios años.

Expone igualmente que se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a la garantía a obtener un pronunciamiento jurisdiccional sin dilaciones indebidas, es decir, a la tutela judicial efectiva derivada de los artículos 18 de la Constitución Nacional y 7, inc. 5°, 8,

inc. 1º, y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y normas internacionales concordantes.

En ese orden, el pretensor acusa que la sentencia omite el tenor alimentario y preferentemente tutelado del beneficio y la singular hermenéutica tuitiva erigida en torno a la materia previsional y dificulta el avance de un proceso que tiene por objeto posibilitar al actor impugnar la validez de una resolución administrativa que lo privó de un derecho adquirido en forma regular (arts. 14 bis y 75, inc. 23, C.N.), además de que desconoce la interdicción del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, en orden a que ni el Tratado ni la actuación de sus órganos pueden erigirse en un argumento para frustrar derechos reconocidos por el propio Pacto.

Adiciona que lo decidido se erige en una suerte de sanción al demandante por haber ocurrido a la instancia internacional, extremo inconciliable con el derecho a la defensa en juicio, máxime, en un supuesto en que se encuentra comprometido el beneficio jubilatorio de un magistrado judicial, vinculado a propósitos de independencia funcional y preservación de las instituciones republicanas.

Dice, por último, que la decisión recurrida se aparta del principio hermenéutico *pro homine*, connatural a los tratados internacionales, y del impulso hacia la progresividad en materia de derechos humanos, privilegiando una supuesta congruencia jurisprudencial -que no es tal- por sobre el derecho del individuo a acceder a la justicia en defensa de su derecho previsional (v. fs. 433/452).

- III -

En la segunda apelación federal, dirigida contra la denegación de la revocatoria intentada contra la resolución suspensiva (cfr. fs. 418/419 y 432), el actor reitera argumentos esgrimidos en su presentación anterior. Puntualiza que toda vez que se cuestiona la validez del artículo 29 de la ley 24.018 a la luz de lo establecido por el artículo 60 de la Constitución Nacional, lo que decida la Corte Interamericana de Justicia no tiene incidencia sobre el curso del proceso.

Agrega que no se discute si existe absoluta independencia entre los tribunales

internacionales y los locales, sino que se trata de decidir si es posible paralizar una causa en jurisdicción nacional, a las resultas de lo que se decida en sede internacional, y mantener un beneficio alimentario en suspenso durante un década bajo la pretensión de que permanecerá incólume.

Tampoco se encuentra comprometida -asegura- la verdad jurídica objetiva que invoca el tribunal, desde que no existe ninguna discusión en torno a los extremos fácticos del caso, a lo que se añade que el artículo 1101 del C. Civil regula el ejercicio de la jurisdicción respecto de las acciones civiles y criminales relativas a los mismos hechos, pero en manera alguna extiende su aplicación a organismos internacionales que no integran el Poder Judicial de la República.

Niega, asimismo, que la sentencia de fojas 418/419 revista el carácter de una interlocutoria, toda vez que fue expedida de oficio y no estuvo precedida de ninguna clase de sustanciación, y que se verifique la insuficiencia crítica que le imputa la *a quo* a la revocatoria deducida (v. fs. 455/475).

Interesa destacar que, en oportunidad de contestar el traslado de los recursos extraordinarios, el Ministerio de Desarrollo Social precisó que el tema planteado -que condujo a la suspensión del trámite- no fue introducido por su parte y resulta ajeno a los intereses del Estado Nacional, razón por la cual no advierte que la confirmación o revocación por la Corte Suprema, de lo decidido a fojas 418/419 y 432, le pueda provocar un agravio (cfse. fs. 482-483).

- IV -

El accionante, basado en la inconstitucionalidad o ilegitimidad o inaplicabilidad del artículo 29 de la ley 24.018, promovió demanda persiguiendo que se dejen sin efecto las resoluciones del Ministerio de Desarrollo Social 3085/2004 y 219/2005 y el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1319/2005, que rechazó el recurso de reconsideración, con jerárquico en subsidio, interpuesto contra las anteriores, en cuanto lo privaron de su prestación previsional mensual.

Solicitó, en definitiva, que se declare vigente la resolución de la ex Secretaría

de Desarrollo Social 2558/98 por la que se le confirió la asignación vitalicia del Capítulo I de la ley 24.018, en su carácter de Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que se ordene el pago de los beneficios caídos, con intereses y costas (cfse. fs. 2/36, 39/40, 43/45, 51/52 y 75/76; copia del expediente administrativo, a fs. 82/214, y expediente acompañado al principal).

El juez de primera instancia, por entender que no existen hechos contendidos que ameriten la apertura a prueba y acogiendo la petición del actor, declaró la causa de puro derecho, sin perjuicio de librar los oficios solicitados por la demandada (cfr. fs. 235, 236, 243, 245 y 292).

A su turno, dictó sentencia rechazando el reclamo por ponderar, en suma, que: a) el Presidente, el Vicepresidente y los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quedan comprendidos en el régimen de asignaciones mensuales vitalicias del capítulo I de la ley 24.018 a partir del cese en sus funciones, ya que previamente contaban con un derecho en expectativa (art. 1º); b) los ministros de la Corte Suprema pueden acogerse al beneficio habiendo desempeñado el cargo cuatro años -como mínimo- y contando con sesenta y cinco años de edad, o bien acreditando treinta años de antigüedad en el servicio o veinte años de aportes en el régimen de reciprocidad, pero el derecho queda perfeccionado al producirse el cese en el cargo, siempre y cuando no hayan sido destituidos por juicio político motivado por su mal desempeño (arts. 2, 3 y 29); c) el cese regular del cargo comporta una condición *sine qua non* para el reconocimiento del derecho jubilatorio, en paridad de grado con las restantes de la ley 24.018, y constituye un preconcepto caracterizar el artículo 29 como una sanción; d) la resolución 2558/98 otorgó al pretensor un derecho en expectativa, luego de que acreditara dos de los requisitos para acceder a la pensión, y la resolución 3085/04 revocó la expectativa por la falta del tercer y último recaudo, sin incurrir en contradicción; e) el cargo desempeñado da fundamento a la asignación especial y la remoción implica la pérdida del supuesto fáctico que justifica el régimen diferencial; f) el actor perdió la pensión vitalicia porque dejó el estado de juez, pero no se lo relega previsionalmente ni se soslaya el valor de sus aportes, sino que pasa al sistema general de la ley 24.241; g) el actor no demuestra que el artículo 29 de la ley 24.018 incurra en discriminación al distinguir las situaciones de renuncia y remoción por mal

desempeño u otra causal, y la condición de los jueces de la Corte de la de otros funcionarios; h) el artículo 29 de la ley 24.018 pretende impedir el acceso al régimen especial a los jueces que han sido destituidos de sus cargos, sin importar la causal, ya que el mal desempeño se encuentra incluido en los restantes motivos de remoción (arts. 53, 60 y 110, C.N.); i) el actor no acredita la existencia de confiscación pues la resolución 2558/98 le confirió un derecho en expectativa que no integró su patrimonio y que, por tanto, pudo ser revocado sin detrimento de su propiedad, a lo que se agrega que subsiste incólume su derecho en el marco de la ley 24.241; y, j) la resolución atacada y los actos confirmatorios fueron dictados por los órganos competentes -dec. 357/02- y se encuentran causados y motivados en los hechos -remoción- y el derecho vigente -art. 29, ley 24.018- (v. fs. 293/304).

Apelada la decisión por el actor y sustanciado el recurso, tras haber ordenado la *a quo* el pase de los autos a sentencia (fs. 306, 315/397, 399/407, 409/411 y 412), requirió al interesado, como una medida para mejor proveer -art. 36, CPCCN- que informe si inició un procedimiento ante la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y, en su caso, el objeto de la petición, el estado actual del trámite y los datos para su individualización (cfse. fs. 413).

Respondida afirmativamente la requisitoria por el actor, en punto a que inició un planteo -en estudio ante la Comisión- solicitando la reposición en el cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el pago de los salarios caídos -trámite P-974/03-, la Sala, según se relató, se expidió suspendiendo el trámite de los actuados, extremo que dio lugar a las presentaciones arribadas a esta instancia extraordinaria (cfse. fs. 413, 416, 417, 418/419 y 432).

- V -

Si bien la decisión recurrida no configura una sentencia definitiva en los estrictos términos del artículo 14 de ley 48, opino, no obstante, que es equiparable a ellas pues, como acepta la propia alzada (v. fs. 485), al suspender el trámite *sine die* impide la prosecución del proceso indefinidamente e irroga con ello al interesado un perjuicio de imposible o dificultosa reparación ulterior (Fallos: 329:2620; entre otros).

Adviértase en tal sentido que el actor -hoy, de 73 años de edad- fue privado de su beneficio por resolución MDS n° 3085/2004, del 19/10/04, y que, luego de agotar la vía administrativa, inició la presente causa, a fin de obtener el restablecimiento de su asignación, el 31/03/06 (v. fs. 36).

En consecuencia, habiendo transcurrido casi ocho años desde el dictado de la resolución que -según acusa- quebrantó su derecho previsional, y más de seis años desde el inicio de las actuaciones, lo cierto es que el demandante no logró aún un fallo definitivo sobre la procedencia de su reclamo.

Se suma a ello que, de confirmarse la suspensión decidida por la Sala, el actor verá prolongarse aún más la incertidumbre en torno de su pretensión pues la suerte final de ella quedará sujeta, en los hechos, a lo que en su oportunidad decidan la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pese a que, según se desprende de las actuaciones, no se discute en esa sede lo referido a la asignación vitalicia que fuera conferida y más tarde revocada al actor.

En esas condiciones, pondero que se equivoca la sentenciadora al sostener el temperamento explicitado a fojas 418/419 y 432.

Y es que, allende la controversia sobre la naturaleza estrictamente previsional del beneficio del Capítulo I de la ley 24.018, opino que no cabe dudar de su tenor alimentario y, por ello, difícilmente compatible con una postergación indefinida como la resuelta de oficio por la Sala, transcurridos -insisto- varios años de reclamación, primero administrativa y luego judicial.

Recuérdese que, como ha reiterado V.E., los jueces deben actuar con extrema cautela en el tratamiento de beneficios de orden alimentario (cfr. Fallos: 322:2049; 327:3231; entre otros).

Por lo demás, V.E. ha indicado que, si bien la dualidad de procesos originados en el mismo hecho impone, en el plano interno, la postergación de la sentencia con apoyo en el artículo 1101 del Código Civil -al que acude la *a quo* por analogía-, la prohibición legal que sienta el precepto no es absoluta y debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida del litigio que agravia la defensa y provoca una denegación de justicia, tal como

aquí argumenta el interesado (cfr. doctrina de Fallos: 287:248; 314:187; 321:1124; 330:2975; etc.).

Repite que el actor ha desandado cerca de ocho años de reclamo en sede local en pos de la reposición de su derecho, y que la alzada considera procedente, so pretexto de una controvertida prejudicialidad, dilatar aún más la indefinición sobre la suerte del beneficio, sin siquiera cerciorarse de que la queja ante los organismos internacionales, tras la sujeción a los procedimientos de rigor, vaya a conocer en breve una respuesta, y pretiriendo que en el *subexamine* no se verifican los supuestos del artículo 1101 del Código Civil, ni siquiera por analogía.

En el *sublite*, por otro lado, el actor aclaró a la Cámara que no intenta obtener la revisión de lo decidido por el Senado en el juicio político que lo destituyó del cargo de Juez de la Corte, aspecto sobre el que se basa la supuesta prejudicialidad y “cuya competencia [al decir de la parte] se encuentra fuera de esta jurisdicción” (fs. 378 y 416), sino que se revoque lo resuelto en sede administrativa con fundamento en el artículo 29 de la ley 24.018 -y contra el texto de los artículos 2 y 3 de la ley y 60 de la Constitución Nacional- y se restablezca su asignación.

Puntualizó, incluso, que las transcripciones parciales de lo decidido a propósito de la destitución tuvieron <... como único fin, resaltar las razones por las cuales el Senado removió al pretendiente “con la declaración de que no queda inhabilitado para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación...”> (v. fs. 389).

El Estado Nacional, por su parte, indicó oportunamente que el planteo dilatorio le resulta ajeno y que, en consecuencia, su suerte final no le irrogará ningún agravio (cfse. fs. 482/483), de lo que se infiere que no percibe ninguna amenaza a su derecho de defensa o al debido proceso, en el caso de un pronunciamiento de la alzada, sin más, sobre el fondo de la cuestión.

En las condiciones descriptas, considero que el fallo de la Cámara desatiende, sin proveer razones válidas para ello, los extremos y principios referidos y que, por lo tanto, debe invalidarse.

Lo anterior es así, sin perjuicio de lo que se expondrá *infra* sobre el problema

de fondo, no tratado por la sentenciadora, con fundamento en consideraciones de naturaleza tutelar.

La índole de la solución propuesta, estimo que me exime de tratar los restantes agravios en torno a la suspensión del trámite.

- VI -

Dicho lo anterior, incumbe reiterar que el actor -de 73 años de edad- contiene con el Poder Ejecutivo Nacional, desde hace cerca de ocho años, acerca de la validez de un beneficio alimentario que le fuera conferido, en tanto juez de la Corte Suprema, en el marco de la ley federal 24.018 (*Fallos: 324:1177, etc.*), bajo la tutela, *prima facie*, de la Carta Magna (*Fallos: 322:2673; entre otros*).

Atendiendo a ello, y tratándose de una cuestión declarada "de puro derecho", que involucra preceptiva federal y diversos actos emanados de autoridad nacional, considero que procedería, salvo mejor criterio de V.E., a fin de no dilatar más aún la definición en torno a un beneficio de la seguridad social como el controvertido, atinente a una persona de edad, expedirse igualmente sobre el fondo del asunto, en el marco del artículo 16 de la ley 48 y de las razones tutelares alegadas (art. 14 bis, C.N.).

- VII -

Surge de las actuaciones administrativas que el actor, en su carácter de Juez de la Corte Suprema -dec. 1317/90 del 13/7/90- acreditando ocho años en el cargo y más de veinte años de servicios con aportes, obtuvo la pensión vitalicia prevista en el Capítulo I de la ley 24.018, por imperio de la resolución SDS 2558/98 del 02/11/98, con la aclaración de que los haberes le serían liquidados mensualmente a partir de la fecha de cese de sus funciones (v. fs. 1/19 del expte. agregado).

Posteriormente, por resolución MDS 3085/04 del 19/10/94, haciendo mérito de la remoción previo juicio político del actor -por la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones- y de lo establecido por el artículo 29 de la ley 24.018, se revocó la resolución precedente (cfr. fs. 43/44 del agregado, con la salvedad de que se reinicia la foliatura a partir

de fojas 21).

Objetada la resolución 3085/04, el temperamento administrativo fue ratificado, primero, por la resolución MDS 219/05 del 11/02/05, y más tarde, por el decreto 1319/05 del 26/10/05, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 272/05 (cfr. fs. 78/80, 98/104 y 105/106 del agregado).

El cuestionamiento en el ámbito judicial de la resolución 3085/04 y de los actos confirmatorios posteriores, según se reseñó, condujo al dictado del pronunciamiento arribado en crisis a la instancia federal.

- VIII -

Procede detallar, ante todo, que en las actuaciones cuya regularidad se ventila se invocaron, principalmente, las disposiciones de los artículos 1, 2, 3, 5, 7 y 29 de la ley n° 24.018 y 53 y 60 de la Constitución Nacional.

Establece el primero de los preceptos, correspondiente al Título I, Capítulo I, de la ley 24.018 (B.O. del 18/12/91), que: "El presidente, el vicepresidente de la Nación y los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quedan comprendidos en el régimen de asignaciones mensuales vitalicias que se establecen en el presente capítulo a partir del cese en sus funciones".

El artículo 2 de la ley prevé, a su turno, que: "Los jueces de la Corte Suprema de Justicia, adquieran el derecho a gozar de la asignación mensual cuando cumplan como mínimo cuatro (4) años en el ejercicio de sus funciones"; y el artículo 3 prescribe, en lo que nos convoca, que: "A partir de la promulgación de esta ley, los ciudadanos encuadrados en el artículo segundo, al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad, o acreditar treinta (30) años de antigüedad de servicio o veinte (20) años de aportes en regímenes de reciprocidad, comenzarán a percibir una asignación mensual, móvil, vitalicia e inembargable, conforme con el derecho adquirido a las fechas en que se reunieron dichos requisitos, cuyo monto será la suma que por todo concepto corresponda a la remuneración de dichos cargos [...]" (precepto reformado por la ley de creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, 24.241, B.O. del 18/10/93). Corresponde aclarar que los párrafos subrayados no obran en los textos

originales.

Prevé, por su lado, el artículo 5 que: "La percepción de la asignación ordenada en el artículo 1, es incompatible con el goce de toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho de los interesados a optar por estos últimos beneficios"; mientras que el artículo 7 estatuye que: "El gasto que demande el cumplimiento de esta ley, se imputará a rentas generales hasta tanto se incluya en la ley general de presupuesto".

El artículo 29 de la ley determina, por último, que: "Los beneficios de esta ley, no alcanzan a los beneficiarios de la misma que, previo juicio político, o en su caso, previo sumario, fueran removidos por mal desempeño de sus funciones".

A propósito precisamente del procedimiento del juicio político, el artículo 53 de la Norma Fundamental prescribe que: "Sólo ella [la Cámara de Diputados] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes." (ver, además, art. 59, C.N.).

Por su parte, al ocuparse de las consecuencias de la decisión del Senado en el ámbito del juicio político, el artículo 60 de la Constitución Nacional establece que: "Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios".

El sentido de la norma se reitera en el artículo 115 de la Carta Magna, relativo a la destitución por jurados de enjuiciamiento de los jueces de los tribunales inferiores, en el que se lee que: "Su fallo, que será irrecusable, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios [...]".

Basada en las reglas anteriores, la Administración concluyó, con la conformidad judicial, que la asignación vitalicia no constituye un haber previsional en sentido estricto, sino que reviste un carácter distintivo que emerge del reconocimiento del cargo desempeñado, y que su adquisición definitiva se encuentra condicionada al cese regular de la función, evento que, en esta perspectiva, no se verificó en virtud de la destitución del peticionario en el juicio político.

Discrepo con tal parecer.

Y es que, más allá de las deficiencias que pueden apreciarse en la redacción de algunos de los preceptos de la ley 24.018, considero que puede sostenerse razonablemente que el derecho a la prestación allí establecido se adquiere cuando los jueces del Alto Cuerpo cumplen los recaudos de los artículos 2 y 3 de la norma (permanencia en el cargo y edad o antigüedad de servicios o de aportes), como oportunamente lo dispuso la resolución 2558/98 de la ex-Secretaría de Desarrollo Social (Llamo la atención sobre los párrafos subrayados al transcribir los artículos).

En tal sentido, como refiere el Sr. Fiscal General ante la Cámara, resulta más apropiado hablar aquí de un “derecho adquirido” antes que de uno “en expectativa”, según el término utilizado por la Procuración del Tesoro y por el juez de grado, a lo que se añade que, en rigor, no se dispuso -en la resolución MDS n° 3085/2004- la revocación de la expectativa oportunamente otorgada, sino que se revocó el derecho ya reconocido a la asignación (cf. fs. 411).

Adviértase -como enfatizó el Fiscal, invocando el voto de la jueza Argibay en el precedente de Fallos: 328:3985- que no puede negarse el carácter de derecho adquirido a pesar de que exista un diferimiento de su exigibilidad (v. fs. 411).

Agrega el representante del Ministerio Público Fiscal que, de admitirse que ha mediado en el supuesto una “condición”, ésta no sería suspensiva, sino “resolutoria”, esto es, la que deja en suspenso no la adquisición sino la extinción de un derecho ya adquirido (cf. fs. 411vta.).

Para que exista un derecho adquirido, según V.E., es necesario que su titular haya cumplido -bajo la vigencia de la ley- todas las condiciones sustanciales y los requisitos

formales previstos en ella para ser titular del derecho, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la coactividad necesaria para que se haga efectivo (cfr. S.C. J. 204, L. XLII; "Jugos del Sur c/ Estado Nacional", del 12/08/08; y Fallos: 321:330; 326:417; 328:1381, etc.).

Y ese reconocimiento, insisto sobre ello, se concretó aquí incluso con el dictado de la resolución SDS 2558/1998, que tuvo por cumplimentados los requisitos exigidos por los artículos 2 y 3 de la ley 24.018 y otorgó la pensión sin sujetarla a condición alguna, difiriendo solamente su exigibilidad (v. arts. 1º y 2º).

Por lo demás, si bien es cierto que se trata la controvertida de una asignación vitalicia especial, atendida por rentas generales e incompatible con el goce de una jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o local, sin perjuicio del derecho de los interesados a optar por ella o por estos beneficios (arts. 5 y 7, ley n° 24.018), no advierto nítido -como se ha sostenido en las actuaciones con amparo, incluso, en el artículo 75, inciso 20, de la Constitución Nacional- su ajenidad, cuanto menos, a la seguridad social (art. 14 bis, C.N.).

Repárese en que su adquisición se encuentra condicionada al cumplimiento de sesenta y cinco años de edad, o acreditar treinta años de antigüedad de servicios o veinte de aportes en regímenes de reciprocidad -parámetros usuales en la legislación previsional-, a lo que se suma que es mensual, móvil e inembargable, y que en el caso de muerte, el derecho acordado o a acordarse al titular se extenderá -como "haber de pensión"- a la viuda o viudo, en concurrencia con los hijos e hijas solteros, menores de dieciocho años, o incapacitados y a cargo del causante, etc. (arts. 3 y 4, ley 24.018).

Con la expresión "pensión vitalicia", además, se refieren al beneficio tanto la ex-Secretaría de Desarrollo Social como la Cámara, y su gestión, como resulta de lo actuado a partir de la revocación del aquí contendido, se encuentra a cargo de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, cuyo titular refrendó lo resuelto en la órbita ministerial.

La asignación vitalicia, por último, se halla inserta no casualmente en el marco

del régimen básico, especial y autónomo de la ley 24.018 -que no complementa ni modifica a las leyes 18.037 y 24.241 y sus modificatorias (cfse. Fallos: 322:752; 329:904 y 330:2274)- y sometida a las disposiciones comunes y transitorias de dicho ordenamiento (cfse. arts. 27, 33 y 34, ley 24.018).

A ese respecto, cabe recordar que los jueces deben obrar con extrema cautela cuando deciden asuntos que involucran prestaciones de contenido alimentario, atendiendo a los fines superiores que persigue la materia de la seguridad social, protectora de los riesgos de subsistencia y ancianidad, y que en ese ámbito el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que inspiran la preceptiva, razón por la cual el resultado al que llega la interpretación que se proponga debe merecer una cuidadosa consideración (doctrina de Fallos: 323:2081; 325:1616; 327:867, 870; 331:2169; entre varios otros).

En las condiciones referidas concluyo, luego, que mediante la resolución MDS 3085/04, y sin otro apoyo que lo dispuesto en el artículo 29 de la ley 24.018, se privó al actor, *inaudita parte*, de un beneficio alimentario reconocido por una resolución administrativa firme, inherente a un régimen especial de la seguridad social (v. arts. 13 y 18, ley 19.549, y 14, 26 y 27, ley 24.018).

- IX -

Dicho lo anterior, resta por examinar, además, la razonabilidad de tal proceder en el marco de lo dispuesto por el citado artículo 29 de la ley 24.018 y por el artículo 60 de la Ley Fundamental.

Pero previo a ello, es menester explicitar que la remoción del actor de su cargo de Juez de la Corte Suprema de Justicia Nacional obedeció a la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, a propósito de la actuación que le cupo en el caso registrado en Fallos: 325:2893, y que en oportunidad de disponerla el Honorable Senado declaró que el acusado "no queda inhabilitado para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación" (cf. decisión del 3/12/03, a fs. 20/21 del agregado).

Dicho pronunciamiento fue recurrido por el actor con arreglo al artículo 14 de

la ley 48, dando lugar al fallo desestimatorio de la Corte Suprema, integrada por conjueces, publicado en Fallos 327:1914, el que a su turno, como surge de la causa, habría sido llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (v., además, Fallos: 326:4164, 4616, 4745 y 4758; 427:296, 2048 y 2205), y que, cabe adicionar, carecería de firmeza de estar al temperamento estricto de la Cámara.

Más tarde, sobre la base de la remoción del demandante en juicio político y de lo ordenado por el artículo 29 de la ley 24.018, transcripto con anterioridad, la Administración revocó la resolución que le reconocía al actor la prestación especial, con arreglo al criterio ya referido, convalidado por el tribunal de mérito.

También en este punto disiento con la solución a que se arriba.

Y es que, desde mi perspectiva, lo resuelto presenta numerosas aristas para la crítica.

Una primera, difícil de superar, es que el artículo 29 de la ley 24.018 se aplica aquí a un caso en el que, como se indicó, los requisitos condicionantes de la adquisición del derecho se encontraban cumplidos con anterioridad a la destitución del actor, según lo había reconocido una resolución administrativa firme del año 1998, con lo que dudosamente puede sostenerse que la revocación del beneficio no configura otro “efecto” de la remoción, vedado, por lo tanto, constitucionalmente (v. arts. 60 y 115, C.N.).

En ese sentido, interpreto que la clara voluntad del constituyente fue limitar las facultades del legislador en orden a las consecuencias o efectos del juicio político, máxime, en un aspecto como el que involucra el derecho de retiro de un magistrado judicial, vinculado a fines de independencia funcional y salvaguardia de las instituciones republicanas (v. Fallos: 322:752; 324:1177; etc.).

Una segunda objeción, tampoco trivial, es que si bien es cierto que el Senado de la Nación removió al actor por mal desempeño en el ejercicio de su función, lo hizo bajo la expresa aclaración de que no queda inhabilitado para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación (v. decisión del 3/12/03, *supra* citada).

Situados en ese marco, resulta cuanto menos paradójico que la resolución que por norma constitucional “no tendrá más efecto que destituir al acusado” (art. 60, C.N.), y que

habilita aquí expresamente al actor a percibir sueldos de la Nación, se convierta en la causa de la revocación de su derecho a percibir haberes derivados de su sueldo en actividad como Juez de la Corte Suprema de Justicia.

La seguridad social, en el decir reiterado de V.E., posee como cometido propio la cobertura de las consecuencias negativas generadas por las contingencias sociales, por lo que el apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela con que los tribunales deben juzgar las peticiones en la materia (*Fallos: 324:4511; etc.*), máxime -retomo el punto- en un caso en que la prestación fue revocada sin audiencia del interesado.

Para concluir, el argumento según el cual no se encuentra afectado el derecho del actor en virtud de que conserva su derecho de acudir al régimen general de jubilaciones, tropieza con la desmentida categórica de la propia accionada, quien destaca que los haberes que perciben los ministros de la Corte en el marco de la ley 24.018 "... exceden ampliamente la proporción que rige en las prestaciones reguladas por la ley nº 24.241, sus modificatorias y complementarias..." (v. fs. 402).

En ese orden interpreto nítido que la mera existencia de un régimen previsional menos propicio, como es el de la ley 24.241, no habilita a privar al interesado de un beneficio obtenido al amparo de otro más favorable o ventajoso, como es el de la ley nº 24.018 -ya se trate de la asignación vitalicia del Capítulo I o de la ordinaria del Capítulo II (cfr. art. 8 y anexo I, ley 24.018)- el que reviste características propias y que por estar destinado a agentes que desarrollan particulares tareas, debe ser diferenciado del general, impuesto por la ley 24.241 y sus modificatorias (*Fallos: 322:752 y 324:1177*).

Y a propósito del presunto sometimiento discrecional del actor, sin reservas, al régimen especial que ahora ataca, soy del criterio que el rigor de la directriz debe moderarse en casos en que se discuten derechos alimentarios y cuando, como aquí, el interesado pudo razonablemente considerarse al margen de la previsión del artículo 29 de la ley 24.018, con arreglo al matiz hermenéutico que postula fundado principalmente en los artículos 2 y 3 de la citada ley y 60 de la Ley Suprema, allende el estricto planteo constitucional (*Fallos: 330:2685 y 2696*).

- X -

Por lo expresado, opino que corresponde declarar procedente la presentación extraordinaria del actor e invalidar el pronunciamiento (v. ítem V del dictamen) y, con arreglo a lo previsto en el artículo 16 de la ley 48, revocar las decisiones administrativas y el decreto cuestionados y restablecer la vigencia de la resolución SDS 2558/98 (v. ítems VI y siguientes del dictamen).

Buenos Aires, 17 de mayo de 2012.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Moliné O'Connor, Eduardo José Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - resol. 3085/04, 219/05 (dto. 1319/05) s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

1º) Que contra la decisión de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que dispuso suspender el trámite de las actuaciones –en las que el actor solicita, en esencia, que se dejen sin efecto las resoluciones 3085/04 y 219/05 del Ministerio de Desarrollo Social y el decreto 1319/05, que revocaron la pensión vitalicia otorgada en los términos de la ley 24.018– hasta tanto se resuelva la denuncia planteada por aquél ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra su destitución por juicio político, el doctor Moliné O'Connor interpone el recurso extraordinario de fs. 435/452.

2º) Que para así resolver, el a quo destacó que el trámite de dicha denuncia podría culminar con un planteo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que la eventual deci-

sión de los organismos internacionales es susceptible de repercutir directamente en la procedencia de la pretensión entablada en autos.

Sostuvo, por ello, que "deviene aplicable 'mutatis mutandi' el principio general previsto por el artículo 1101 del Código Civil, ya que el planteo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] se traduce en una cuestión prejudicial del caso bajo análisis" (fs. 418 vta.)

3º) Que esta decisión motivó -por otra parte- el recurso de revocatoria de fs. 422/430, cuya denegatoria dio origen al recurso extraordinario que obra a fs. 455/475 vta.

Afirma el recurrente que la jurisdicción internacional no puede instituirse como un supuesto de prejudicialidad para los tribunales locales. Ello, según expresa, en razón de que el artículo 1101 del Código Civil es una norma de naturaleza excepcional, cuyo ámbito de aplicación no puede ser extendido analógicamente por el juez.

Sostiene, asimismo, que la interpretación promovida por el a quo es contraria a lo dispuesto por los artículos 18, 75 inc. 22, y 116 de la Constitución Nacional e incompatible con lo previsto por los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Manifiesta, por lo demás, que la pretensión esgrimida en el *sub lite* difiere substancialmente de la cuestión planteada ante el referido organismo internacional y no existe, por lo tanto, riesgo alguno de contradicción.

4º) Que si bien lo resuelto por el a quo en el *sub examine* no constituye, en sentido estricto, sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 322:2497; 327:3082; 329:1805 y 2620 y 330:5), debe -no obstante- equipararse a ésta por sus efectos, pues la decisión de suspender el trámite de las presentes actuaciones "hasta tanto se resuelva la

denuncia planteada [...] ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" (fs. 419), conlleva una injustificada postergación en la definición de la cuestión litigiosa y se erige, en la práctica, en un claro impedimento a la prosecución del proceso.

A este respecto, ha dicho el Tribunal que deben considerarse equiparables a definitivas aquellas resoluciones que, como en el caso, provocan al litigante un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior por dilatar infundada e innecesariamente la decisión de la causa (conf. arg. Fallos: 300:1097; 317:1397 y 330:1469), en detrimento de la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva al derecho que se aduce lesionado (cf. artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

5º) Que ello es particularmente así, por otra parte, en supuestos como el *sub examine* en el que la pretensión procura el restablecimiento de un beneficio previsional.

No es ocioso recordar, en tal sentido, que esta Corte ya ha puesto de relieve en otras ocasiones la necesidad de simplificar y de poner límites temporales a la decisión final en controversias de esa índole (doctrina de Fallos: 311:1644; 319:2151 y 328:566).

Concordemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que no basta con la existencia formal de recursos judiciales sino que éstos deben ser eficaces; es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención, no pudiendo considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión (cf. Corte Interamericana, caso "Tribunal Constitucional vs. Perú", sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo

93 y caso "Las Palmeras vs. Colombia", sentencia del 6 de diciembre de 2001, párrafo 58).

6º) Que, por lo demás, tampoco se verifica en el sub lite el supuesto al que alude el artículo 1101 y ccdtes. del Código Civil.

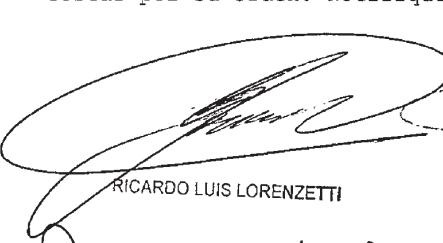
En efecto, en la causa que se ventila por ante el fuero contencioso administrativo federal, el recurrente pretende que se deje sin efecto lo resuelto en sede administrativa y, en consecuencia, se restablezca la percepción de la asignación prevista por la ley 24.018. De los propios términos de la resolución cuestionada en autos surge que en la denuncia formulada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el doctor Moliné O'Connor, en cambio, "*cuestiona[] su remoción por juicio político*" (fs. 418).

Lo expuesto pone de manifiesto que no existe posibilidad alguna de contradicción entre los eventuales pronunciamientos que podrían dictarse en ambos procesos, de modo tal que sustente la pretendida prejudicialidad a la que —por analogía— alude el a quo.

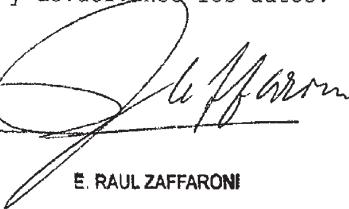
Por el contrario, la suspensión del trámite decretada de oficio en el caso solo constituye —tal como advierte el señor Procurador General (cf. fs. 545)— una dilación del proceso que lesiona el derecho de defensa y provoca una denegación de justicia (doctrina de Fallos: 287:248; 314:187; 321:1124; 330:2975) que no puede, por lo tanto, ser mantenida.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado a este respecto por el señor Procurador General, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revocan las resoluciones apeladas.

Costas por su orden. Notifíquese y devuélvase los autos.



RICARDO LUIS LORENZETTI

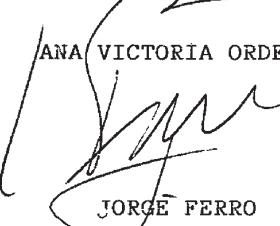


E. RAÚL ZAFFARONI

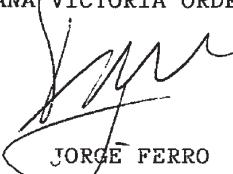


RENATO RABBI-BALDI

CABANILLAS



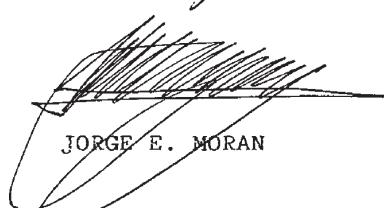
ANA VICTORIA ORDER



JORGE FERRO



SANTIAGO H. CORCUERA



JORGE E. MORAN

Recursos extraordinarios interpuestos por Eduardo José Antonio Moliné O'Conor, representado por el Dr. Gregorio Badeni, con el patrocinio letrado del Dr. Carlos José Laplacette.

Traslado contestado por el Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social, representado por el Dr. Sebastián Valentino, con el patrocinio del Dr. Cristián L. Dellepiane.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 4.

RECKITT BENCKISER ARGENTINA S.A.  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE  
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

*SALUD PUBLICA*

Cabe hace lugar a la demanda iniciada por una empresa elaboradora, comercializadora y exportadora de productos de uso doméstico denominados genéricamente “domisanitarios”, que son vendidos en cualquier punto del país, y declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Bs As -que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización-, pues, al tratarse de actividad comercial interjurisdiccional, las inscripciones y autorizaciones que deben obtener las empresas para comercializar sus productos han de quedar alcanzadas por la jurisdicción nacional, sostener lo contrario transgrediría las bases de nuestro sistema federal del modo en que fue concebido por el constituyente, por cuanto la interpretación de la Constitución Nacional debe tener en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad. -Del precedente C.721.XXXIX “Colgate Palmolive Argentina S.A y otros c/ Bs As, Pvcia de”, sentencia de la fecha, a la que la Corte remite-.

*SALUD PUBLICA*

Cabe hace lugar a la demanda iniciada por una empresa elaboradora, comercializadora y exportadora de productos de uso doméstico denominados genéricamente “domisanitarios”, que son vendidos en cualquier punto del país, y declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Bs As -que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización-, pues la petición deducida constituye una vía idónea para suscitar la intervención del Tribunal, ya que no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que procura prever los efectos de la aplicación de dicho decreto, a lo que la empresa actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto.

*SALUD PUBLICA*

Cabe desestimar la demanda iniciada por una empresa elaboradora, comercializadora y exportadora de productos de uso doméstico denominados genéricamente “domisanitarios”, que son vendidos en cualquier punto del país, y declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Bs. As. -que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización, la actora no ha probado la concurrencia de una actividad administrativa inequívocamente dirigida a ella y que pueda ser tomada seriamente como la ejecución del decreto cuestionado. -Disidencia de la jueza Carmen M. Argibay-.

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

RECKITT BENCKISER ARGENTINA S.A., quien se dedica a la elaboración, comercialización y exportación de productos destinados a la limpieza del hogar, comúnmente denominados "domisanitarios", cuyos establecimientos y productos se encuentran habilitados y registrados ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), creada por decreto del P.E.N. 1490/92, promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del decreto local 321/87 y sus modificatorios.

A fs. 22, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

- II -

La cuestión sometida a conocimiento del Tribunal en el sub-litio resulta sustancialmente análoga a la que fuera objeto de tratamiento por este Ministerio Público al expedirse el 4 de junio de 2003 in re C. 721, XXXIX, Originario "COLGATE-PALMOLIVE ARGENTINA S.A. C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD", que fue compartido por V.E. en su sentencia del 8 de septiembre de ese año.

En virtud de lo expuesto en dicho dictamen, que doy aquí por reproducido brevitatis causae, opino que esta

acción declarativa corresponde a la competencia originaria de la Corte, por ser demandada una Provincia en una causa de manifiesto contenido federal, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Buenos Aires 15 de marzo de 2005.-

RICARDO O. BAUSSET.-

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Reckitt Benckiser Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) Que a fs. 1/21 se presenta Reckitt Benckiser Argentina S.A. y promueve acción declarativa contra la Provincia de Buenos Aires a fin de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 321/87, y sus normas complementarias y modificatorias, por resultar contrarios a lo establecido en las resoluciones del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación 708/98 y 709/98, en las disposiciones de la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) 7292/98 y 7293/98, y en las 25/96 y 27/96 del Grupo Mercado Común del Mercosur.

Manifiesta ser elaboradora, comercializadora y exportadora de productos de uso doméstico denominados genéricamente "domisanitarios", que son vendidos en cualquier punto del país, en razón de lo cual sus establecimientos y productos se encuentran habilitados y registrados ante la autoridad federal bajo su régimen.

Explica que el decreto 321/87 establece un régimen

específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización, y que la demandada lo aplica a los productos elaborados por la empresa actora con destino al comercio interprovincial, tras haber derogado –mediante el dictado de la resolución 2829/02 del Ministerio de Salud– la disposición 504/99 de la Dirección del Laboratorio Central de Salud Pública local que la dispensaba de esa inscripción; y que de esa forma se vulneran preceptos constitucionales al avanzar sobre ámbitos de competencia exclusiva federal, entre las que también cabe incluir las del Mercosur de acuerdo a las resoluciones más arriba citadas.

Pide en virtud de lo expuesto, la concesión de una medida cautelar por la cual se ordene la suspensión de la aplicación del decreto 321/87 y se garantice el cumplimiento efectivo de lo establecido en las resoluciones nacionales 708/98 y 709/98, hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

II) A fs. 38, el Tribunal declaró que la presente causa corresponde a su competencia en instancia originaria, de conformidad con los términos del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante de fs. 27; decretó la prohibición de innovar solicitada y corrió traslado de la demanda.

III) A fs. 209/213, la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y solicita su rechazo.

Tras las negativas de rigor, afirma en primer lugar, que la pretensión de las actoras reviste carácter meramente consultivo y no configura un “caso” judicial, dado que –a su entender– no existe un estado de incertidumbre, ni un acto concreto del poder administrador que afecte de modo directo, actual y suficiente los derechos constitucionales que se dicen vulnerados.

En cuanto al fondo de la cuestión, argumenta que la normativa local que se pretende impugnar –y que fue dictada cuando no existía legislación nacional– tiende a tutelar la sa-

lud pública e individual de los habitantes de la provincia, por lo que han sido dictadas en el ámbito de su competencia constitucional referida al poder de policía de salubridad que por principio le corresponde ejercer dentro de su jurisdicción territorial (artículos 121 y siguientes de la Constitución Nacional).

Invoca el artículo 42 de la Constitución Nacional que confiere tutela a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, y argumenta acerca del deslinde de las órbitas de competencia entre la Nación y las provincias en materia de salud pública.

Sostiene, en consecuencia, que se trata de facultades concurrentes de la provincia con las atribuidas a la Nación, que no se aplican sobre los productos destinados al comercio interprovincial y, por lo tanto, no pueden ser tachadas de incompatibles, como se intenta.

Aduce que no es cierto que la parte actora se vea imposibilitada de comercializar sus productos, sino simplemente deberá observar la normativa provincial vigente, que procede de la Constitución provincial (fs. 213 vta.).

Pide en consecuencia el rechazo de la demanda con costas.

IV) A fs. 304/305, la Provincia de Buenos Aires presenta su alegato; Reckitt Benckiser Argentina S.A. hace lo propio a fs. 307/310.

V) A fs. 313, dictamina la señora Procuradora Fiscal sobre las cuestiones constitucionales comprometidas.

Considerando:

1º) Que la presente demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2º) Que la demanda deducida constituye una vía idónea para suscitar la intervención de este Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que procura prever los efectos de la aplicación del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires, a lo que la empresa actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206 y 327:1108 y 1034, entre otros).

Del examen de los antecedentes acompañados por Reckitt Benckiser Argentina S.A. se deduce que se ha dado cumplimiento a los recaudos de admisibilidad de la acción impetrada (v. fs. 308), sin que pueda tener favorable acogida el desconocimiento formulado a fs. 209 y 304 vta., con relación a la autenticidad de la documentación que se adjuntó a fs. 1/21.

En efecto, la negativa de la provincia al respecto, que intentó avalar con el informe agregado a fs. 202, no puede tener el alcance de neutralizar los extremos que se desprenden del instrumento obrante a fs. 32, el que no ha sido desconocido en los términos que cabía exigirle al Estado provincial por tratarse de una actuación de la Dirección Central de Laboratorio Central de Salud Pública de su jurisdicción.

Avala lo antedicho los certificados de reinscripción de determinados productos expedidos por la provincia (ver Anexo 2 y reserva realizada a fs. 22; y conf. arg. causa C.721.XXXIX "Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", considerando 4º, sentencia de la fecha).

3º) Que, con respecto al fondo del asunto, corresponde admitir la demanda, ya que la cuestión debatida en estos autos guarda sustancial analogía con la examinada y resuelta in re C.721.XXXIX "Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia de la fecha, a cuyos fundamentos y conclusión

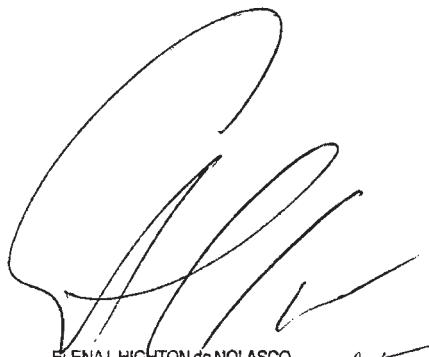
cabe remitirse en razón de brevedad.

En efecto, en dicho proceso se suscita el mismo conflicto que el que enfrentan las partes en el presente, por lo que la decisión resulta plenamente aplicable al *sub lite*, con relación a los productos domisanitarios que tienen certificado de inscripción nacional aprobado por el Instituto correspondiente.

4º) Que las costas del juicio deben ser soportadas por la Provincia de Buenos Aires, según lo establece el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que la conducta asumida por la demandada hizo necesaria la promoción de este proceso (*Fallos*: 332:66).

Por ello y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Hacer lugar a la demanda y declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires, con el alcance indicado en el considerando 3º precedente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Pro-

curación General de la Nación y, oportunamente, archívese.



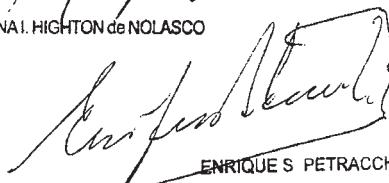
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



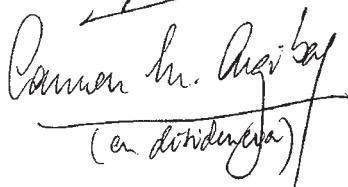
CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA  
DISI-/-



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY  
(en calidad de)

CARMEN M. ARGIBAY

-//--DENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Se da por reproducido el voto suscripto por la mayoría, hasta el considerando 1º, inclusive.

2º) Que es oportuno recordar que el artículo 116 de la Constitución Nacional establece que compete a la Corte Suprema y demás tribunales nacionales el poder de decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y las leyes dictadas por el Congreso. De ahí que, en la misma línea, el artículo 2º de la ley 27 expresa que la justicia nacional "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

Tales disposiciones han sido interpretadas por esta Corte asignándoles un efecto normativo orientado a excluir cierto tipo de planteos o peticiones dirigidas a los tribunales por el hecho de no corresponder al concepto de "causa" o "caso" utilizado en los textos citados; ello así, en el entendimiento de que éste último constituye al mismo tiempo el fundamento y límite de la jurisdicción propia de los tribunales nacionales en el marco de la distribución de poderes entre las tres ramas en que se organiza el gobierno nacional (Fallos: 242:353; 322:528; 326:1007, 2931, entre muchos otros).

3º) Con este punto de partida, en una primera etapa de su jurisprudencia, el tribunal entendió que debía negarse el carácter de causa a todas aquellas demandas que tuviesen por objeto principal obtener directamente una declaración judicial sobre la inconstitucionalidad de una norma legal (Fallos: 256:144) así como lo había hecho con las pretensiones genéricas o abstractas (Fallos: 2:253); de todo lo cual resultó en la práctica un control de constitucionalidad de carácter concreto e incidental.

Sin embargo, a partir del año 1988 esta Corte admitió la posibilidad de examinar demandas dirigidas de manera directa —y no sólo incidental— a obtener un pronunciamiento declarativo sobre la constitucionalidad de una determinada norma (Fallos: 307:1379), aunque preservando el requisito de que la pretensión tuviese relación con un interés concreto y definido que se encontrase inmediatamente afectado por la norma impugnada. Es lo que resulta del precedente "Lorenzo, Constantino" (Fallos: 307:2384) en que el tribunal desestimó la demanda por no configurarse una "causa", aunque aclarando que ello no se debía al carácter declarativo y directo de la pretensión (considerando 4º), sino a la ausencia de un interés inmediato y concreto. En el considerando 5º recordó que "la organización constitucional sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera "causa" o "caso" en justicia, fue una decisión consciente de

quienes dieron su estructura al poder judicial federal".

Con posterioridad y en relación con esto último, el Tribunal fue estableciendo los criterios para decidir si en el marco de tales acciones directas estaba presente o no un interés concreto e inmediato. El primero de tales criterios (sentado en el precedente de Fallos: 307:1379) entendió que ello así sucedía cuando la acción "busca preaver los efectos de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad al régimen constitucional federal-". La mencionada regla fue luego utilizada en Fallos: 310:606 para admitir una demanda dirigida contra normas de naturaleza tributaria que habían dado ya lugar a una intimación por parte del fisco.

En otras decisiones, el Tribunal consideró que correspondía admitir formalmente la demanda y que por lo tanto se configuraba una "causa" aún cuando no se hubiera verificado una actividad administrativa orientada inequívocamente a aplicar la ley en perjuicio de la parte actora; es lo que sucedió en los casos de Fallos: 310:977; 2812 y 322:1253, entre otros, puesto que por las características del planteo y de las normas impugnadas estaban dadas las condiciones para concluir que no se trataba de una petición con carácter "simplemente consultivo" o que importase una "indagación meramente especulativa". En el mismo sentido, cabe mencionar el caso "Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional", publicado en Fallos: 331:1412.

En particular, se ha entendido que no cabe exigir la concurrencia de una actividad administrativa de aplicación, cuando los intereses de la parte actora se ven directamente afectados por la vigencia misma de la ley. En este plano, resulta relevante para decidir el punto, la precisión con que la ley provincial define el universo de sujetos alcanzados por las restricciones que introduce y el carácter directamente operativo que ellas tienen, todo lo cual hace que los efectos antes mencionados sobre los intereses de la parte actora se produzcan de manera directa y concreta con total independencia de cualquier

actividad administrativa de aplicación (Fallos: 333:1088, 1107, voto de la jueza Argibay.)

4º) En el caso, la parte actora no ha probado la concurrencia de una actividad administrativa inequivocamente dirigida a ella y que pueda ser tomada seriamente como la ejecución del decreto 321/87.

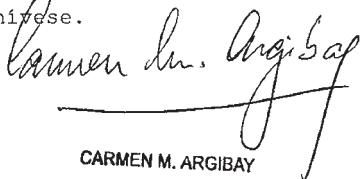
Esa falencia no se ve subsanada por la comunicación que dirigiera el Laboratorio Central de Salud Pública de la Provincia de Buenos Aires a la firma actora para que reemplace el componente denominado "paradichlorobenceno", presente en algunos de los productos que comercializa (fs. 32), puesto que el texto de dicho documento no muestra referencia alguna al decreto 321/87, ni a la resolución 2928/2002 que extendió su exigibilidad a las empresas que contaban con habilitación expedida por las autoridades nacionales para la elaboración y comercialización de artículos domisanitarios.

Por otra parte, tampoco puede extenderse a esta causa lo decidido en los expedientes que se resuelven en la fecha (U.32.XXXIX "Unilever de Argentina y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y C.721.XXXIX "Colgate Palmolive S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad)", puesto que en ellas se consideró justiciable la pretensión declarativa en virtud de que la demanda se dirigía contra la exigencia de que las firmas actoras y sus productos fuesen registrados bajo las condiciones establecidas en el decreto 321/87, la cual se había materializado en intimaciones e inspecciones de la administración local concretas y probadas en el expediente.

Por lo tanto, no habiéndose demostrado que la provincia haya iniciado ningún procedimiento dirigido a imponer el cumplimiento integral del decreto 321/87 a la empresa accionante, ni mediando tampoco demostración de que este régimen ocasione de manera directa, sin necesidad de actos ejecutorios de la administración, una alteración en sus derechos e intereses, cabe

concluir que la presente demanda ha sido deducida de manera prematura, es decir, cuando todavía no están dadas las condiciones para la configuración de un caso judicial.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:  
Rechazar la demanda. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.



CARMEN M. ARGIBAY

NOMBRE DEL ACTOR: Reckitt Benckiser Argentina S.A.

NOMBRE DEL DEMANDADO: Provincia de Buenos Aires.

PROFESIONALES INTERVINIENTES: Dres. Gabriel R. Macchiavello y Pedro L. Zambrano; Alejandro Fernández Llanos y Luisa M. Petcoff.

---

STIEBEN, LUIS MANUEL Y OTROS  
C/ EN – M° DE SEGURIDAD – GN – DTOS. 1104/05 Y 752/09  
S/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG.

### DIFERENCIA SALARIAL

Ni el consentimiento dado por las partes a una determinada manera de calcular las diferencias salariales, ni la aprobación judicial ulterior -hecha en cuanto hubiere lugar por derecho- impiden volver sobre la liquidación practicada en tanto se compruebe la existencia de errores que evidencien apartamiento de la sentencia que se procura ejecutar, por lo que, si bien en la sentencia se declaró el carácter de "remunerativo" y "bonificable" de determinados conceptos y se condenó al Estado Nacional a liquidar y pagar las diferencias resultantes, no se estableció en dicha oportunidad cuál debía ser el método de cálculo a seguir, circunstancia que permitió a la jueza rever la liquidación aprobada al advertir que arrojaba resultados alejados de la recta interpretación que cabía atribuir a la sentencia, ya que ésta se había sustentado en el precedente "Salas" (Fallos: 334:275) y su alcance había quedado precisado en el caso "Zanotti" (Fallos: 335:430), en el que se establecieron pautas de cálculo distintas a las seguidas en aquella liquidación.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 133/134, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV), al rechazar el recurso de apelación deducido por la actora, confirmó el pronunciamiento de la jueza de primera instancia por el que se había ordenado que la Gendarmería Nacional practicara una nueva liquidación del crédito de los coactores de acuerdo con el criterio sentado por el Tribunal en la causa "Zanotti, Oscar Alberto c/ M° Defensa - Dto. 871/07 s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg." (sentencia del 17 de abril de 2012).

Para así decidir, luego de reseñar los fundamentos del citado fallo de V.E., consideró que las liquidaciones eran susceptibles de ser rectificadas si había mediado error al practicarlas ya que ese hecho no podía convertirse en fuente de indebidos beneficios para ninguna de las partes, y que dicha facultad podía ser ejercida aun de oficio e incluso cuando hubiera mediado aprobación judicial, hasta el momento del pago.

- II -

Disconforme, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 138/152, que fue concedido a fs. 163 en cuanto en él se cuestionaba el alcance y la interpretación de normas de carácter federal y expresamente rechazado en cuanto a la arbitrariedad atribuida a la decisión, sin que se planteara queja alguna.

Se agravia porque, a su criterio, el rechazo del pedido de libranza judicial, la revocación del auto aprobatorio de la liquidación y la remisión de los autos a la Gendarmería Nacional para que practique una nueva de acuerdo con las pautas fijadas por V.E. en el caso "Zanotti" lesionan su derecho de propiedad.

Señala que la liquidación aprobada en la causa fue realizada según el procedimiento vigente en la fuerza, y que la

demandada acompañó la boleta de depósito, dio en pago las sumas en cuestión y consintió el retiro de los fondos, lo que fue aceptado al pedir la libranza judicial y ello —a su entender— determinó la incorporación al patrimonio de los coactores e importó poner un límite temporal para la impugnación u observación de la liquidación.

Sostiene que, al haber sido emitido el fallo "Zanotti" con posterioridad a que la sentencia de autos quedara firme, se aprobara la liquidación y se solicitara la libranza judicial, existían derechos adquiridos que no podían ser vulnerados por una decisión posterior basada en el criterio fijado en aquel caso por la Corte, cuyos pronunciamientos no tienen carácter vinculante más allá de la causa concreta en que son dictados.

Finalmente, aduce que la decisión recurrida afecta la cosa juzgada y la preclusión.

- III -

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues si bien es un principio asentado que las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando, como ocurre en autos, lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior (Fallos: 323:3909 y sus citas).

- IV -

Ante todo, cabe señalar que en la sentencia de primera instancia de fs. 59/61 (que quedó firme por no haber sido apelada por la demandada), luego de declararse el carácter remunerativo y bonificable de las sumas otorgadas en concepto de adicionales transitorios por los decretos 1246/05, 1126/06, 861/07, 884/08 y 752/09 con base en lo resuelto por el Tribunal en las causas "Salas" (Fallos: 334:275) y "Borejko" (sentencia del 12 de julio de 2011), se condenó al Estado Nacional (Gendarmería Nacional) a incorporar dichos adicionales al sueldo

de los coactores, como así también a reliquidar y abonar las diferencias salariales adeudadas por todos los conceptos que correspondieran, con más sus intereses.

A fs. 72/104, el Estado Nacional (Gendarmería Nacional) acompañó la liquidación practicada por el Servicio Administrativo Financiero de la fuerza según las pautas aprobadas por la disposición 1012/11 del Director Nacional de Gendarmería, que fue aprobada en cuanto hubiere lugar por derecho a fs. 109.

Con posterioridad, la demandada acompañó la boleta de depósito de las sumas liquidadas en autos en concepto de capital e intereses (v. fs. 112/113), ante lo cual la parte actora solicitó que se libraran los cheques correspondientes (v. fs. 115), petición que no prosperó pues la jueza de primera instancia dispuso que se adecuara la liquidación al método de cálculo dispuesto por el Tribunal en la causa "Zanotti" (v. fs. 118).

- V -

Sentado lo anterior, en cuanto al modo en que deben ser liquidadas las sumas reconocidas a la parte actora, considero —al igual que lo hicieron los magistrados de las instancias inferiores— que la cuestión encuentra adecuada respuesta en la sentencia dictada por V.E. el 17 de abril de 2012 *in re Z.115, L.XLVI, "Zanotti, Oscar Alberto c/ M° Defensa - Dto. 871/07 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg."*, donde precisó —luego de remitir a los fundamentos del precedente "Salas" (Fallos: 334:275)— que “*la liquidación de las sumas que en autos se reconocen no puede partir de la aplicación literal y estricta de los decretos en cuestión [en referencia a los decretos 1104/05, 1095/06, 871/07, 1053/08 y 751/09] pues su estructura y fórmula de cálculo ha sido descalificada por este Tribunal. De manera que, con el objeto de compatibilizar la finalidad de las normas involucradas con el modo de calcular las retribuciones establecido en la ley 19.101, y evitar resultados que carecerían de una razonable relación con los incrementos*

*salariales otorgados y desvirtuarían aun más la proporción que debe existir entre los grados de todo escalafón, corresponde fijar las pautas de tal liquidación*", que son las que mandó aplicar la jueza de primera instancia en la resolución que confirmó la cámara.

A mi modo de ver, nada impide aplicar en el *sub lite* la metodología de cálculo de las diferencias salariales derivadas del reconocimiento del carácter remunerativo y bonificable de los incrementos otorgados por los decretos 1104/05, 1095/06, 871/07, 1053/08 y 751/09 que fijó la Corte en el pronunciamiento reseñado, ya que la sentencia de mérito dictada en autos (v. fs. 59/61) no estableció pauta alguna para practicar la liquidación, lo que hace que pierda sustento el planteo de la actora referente a una supuesta afectación de la cosa juzgada.

No obsta a lo expuesto, según mi punto de vista, el hecho de que en la causa existiera otra liquidación –practicada por la Gendarmería Nacional de acuerdo con los criterios que había adoptado su Director General por medio de la disposición 1012/11– que fue aprobada judicialmente en cuanto hubiere lugar por derecho a fs. 109.

Así lo pienso pues, como ha sostenido el Tribunal en Fallos: 317:1845 y sus citas, el hecho de que la liquidación haya sido consentida por las partes no obliga al magistrado a obrar en un sentido determinado (confr. art. 150, ap. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que no cabe argumentar sobre la preclusión del derecho a impugnar la liquidación, frente al deber de los jueces de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva; toda vez que la aprobación de las liquidaciones sólo procede en cuanto hubiere lugar por derecho y excede los límites de la razonabilidad pretender extender el resultado de una liquidación obtenida sobre la base de operaciones matemáticamente equivocadas a pesar de encontrarse dicha situación puntualmente evidenciada durante el trámite de ejecución.

En el mismo pronunciamiento, V.E. señaló que el art.

166, inc. 1º, último párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha receptado el principio jurídico según el cual los errores aritméticos o de cálculo en que incurra una decisión deben ser necesariamente rectificados por los jueces, sea a pedido de parte o de oficio, principio que se sustenta en el hecho de que el cumplimiento de una sentencia informada por vicios semejantes, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada, de inequívoca raigambre constitucional, pues aquélla buscó amparar, más que el texto formal del fallo, la solución real prevista en él; y que si los jueces, al descubrir un error de esa naturaleza no lo modificasen, incurrirían con la omisión en grave falta, pues estarian tolerando que se generara o lesionara un derecho que sólo reconocería como causa el error.

Las consideraciones que anteceden descartan, a mi modo de ver, la existencia en cabeza de los coactores de un derecho adquirido que habría sido afectado por la decisión de la jueza de primera instancia -confirmada por la cámara- de adecuar la liquidación del crédito reconocido por la sentencia de mérito a las pautas sentadas por la Corte *in re "Zanotti"*.

- VI -

Opino, por tanto, que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la actora y confirmar el pronunciamiento apelado.

Buenos Aires, 2 de julio de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Stieben, Luis Manuel y otros c/ EN - Mº de Seguridad - GN - dto. 1104/05 y 752/09 Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.".

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que no hizo lugar a la apelación interpuesta por la actora y, por ende, confirmó la resolución de la jueza de primera instancia que había dejado sin efecto la aprobación de la liquidación de la condena y mandado que se la adecue a lo decidido por esta Corte en el caso "Zanotti" (sentencia del 17 de abril de 2012, publicada en Fallos: 335:430), aquella parte dedujo el recurso extraordinario que fue concedido.

2º) Que el hecho de que la liquidación haya sido consentida por las partes, como ocurre en autos, no obliga al magistrado a obrar en un sentido determinado (conf. art. 150, apartado 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que no cabe argumentar sobre la preclusión del derecho a impugnar la liquidación, frente al deber de los jueces de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva; toda vez que la aprobación de las liquidaciones solo procede en cuanto hubiere lugar por derecho, de modo que excede los límites de la razonabilidad pretender extender el resultado de una liquidación obtenida sobre la base de operaciones matemáticamente equivocadas (Fallos: 317:1845). A ello cabe agregar que los errores aritméticos o de cálculo en que incurra una decisión deben ser necesariamente rectificados por los jueces, sea a pedido de parte o de oficio (conf. art. 166, inc. 1º, último párrafo, del código citado), principio que se sustenta en el hecho de que el cumplimiento de una sentencia informada por vicios semejantes, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada, de inequívoca raigambre constitucional (conf. fallo citado).

3º) Que esta Corte ha sostenido, además, que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia; de modo que si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma -según las

circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes— nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo (Fallos: 330:4216 y sus citas).

4º) Que los jueces de la causa han observado tales principios, de modo que no vulneraron la cosa juzgada ni afectaron los derechos constitucionales de propiedad y de defensa en juicio de la apelante. Ello es así, pues, como se señaló, ni el consentimiento dado por las partes a una determinada manera de calcular las diferencias salariales, ni la aprobación judicial ulterior —hecha en cuanto hubiere lugar por derecho— impiden volver sobre el punto, en tanto se compruebe, como en el caso ocurrió, la existencia de errores que evidencien apartamiento de la sentencia que se procura ejecutar.

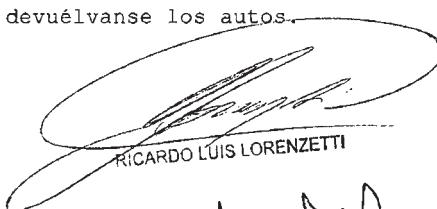
5º) Que, en efecto, si bien en la sentencia se declaró el carácter "remunerativo" y "bonificable" de determinados conceptos y, en consecuencia, se condenó al Estado Nacional (Gendarmería Nacional) a liquidar y pagar las diferencias resultantes, no se estableció en dicha oportunidad cuál debía ser el método de cálculo a seguir. Tal circunstancia permitió a la señora juez rever la liquidación aprobada al advertir que arrojaba resultados alejados de la recta interpretación que cabía atribuir a la sentencia, ya que ésta se había sustentado en el precedente "Salas" de esta Corte (Fallos: 334:275) y su alcance había quedado precisado en el caso "Zanotti" (Fallos: 335:430), en el que se establecieron pautas de cálculo distintas a las seguidas en aquella liquidación.

6º) Que, como recordó la cámara, en este último fallo se confirmó la sentencia por remisión al precedente "Salas" y se fijaron, además, los lineamientos de la liquidación a practicar con el objeto de compatibilizar la finalidad de las normas involucradas con el modo de calcular las retribuciones establecidas en la ley 19.101, y evitar así resultados que carecerían de una razonable relación con los incrementos salariales otorgados y desvirtuarían aún más la proporción que debe existir entre los

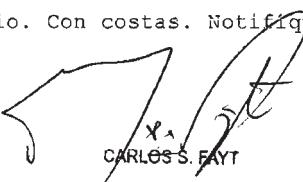
grados de todo escalafón.

7º) Que, en tales condiciones, el recurrente no ha demostrado que exista relación directa e inmediata entre lo decidido y los derechos constitucionales que dice vulnerados, tal como lo exige el art. 15 de la ley 48, por lo que procede declarar inadmisible su recurso.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y devuélvanse los autos.



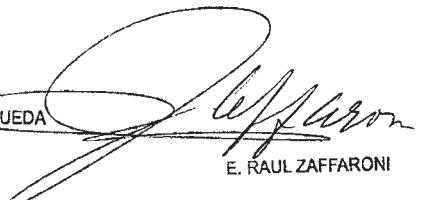
RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por Luis Manuel Stieben y otros, representados por la Dra. María Silvia Catterino.

Traslado contestado por el Estado Nacional, representado por el Dr. Fabio Nelson Acedo.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 11.

---

**UNILEVER DE ARGENTINA S.A. Y OTROS  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE  
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

***COMERCIO INTERPROVINCIAL***

Cabe admitir la demanda interpuesta por la actora -elaborador, importador y comercializador de productos cosméticos, de higiene personal y perfumes, y declarar la inconstitucionalidad del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires- que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización de tales productos, pues la norma impugnada no puede conciliarse en su aplicación simultánea con la regulación nacional expresada en la resolución 155/98 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, al manifestarse una repugnancia efectiva entre una y otra facultad, por cuanto el decreto 321/87 incluye entre sus disposiciones no solo productos que se producen y consumen dentro del ámbito provincial sino también a aquellos que certificados por la autoridad federal de aplicación son objeto de comercialización en todo el territorio de la Nación.

***COMERCIO INTERPROVINCIAL***

Cabe admitir la demanda interpuesta por la actora -elaborador, importador y comercializador de productos cosméticos, de higiene personal y perfumes-, y declarar la inconstitucionalidad del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización de tales productos, pues las disposiciones provinciales establecen requisitos específicos a cumplir en recipientes y envases (capítulo IV, decreto 321/87), que se superponen con la reglamentación nacional (Disposición ANMAT 1110/99), y en consecuencia los productos fabricados en jurisdicción nacional o en cualquier otra provincia que sigan los lineamientos de la ANMAT no podrían ser comercializados y distribuidos en la Provincia de Buenos Aires al no cumplir con los recaudos exigidos por la normativa provincial, a riesgo de ser pasible las empresas de las sanciones previstas en el capítulo V del decreto 321/87.

***COMERCIO INTERPROVINCIAL***

Cabe admitir la demanda interpuesta por la actora -elaborador, importador y comercializador de productos cosméticos, de higiene personal y perfumes-, y declarar la inconstitucionalidad del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización de tales productos, dado que se pretende superar los límites de la provincia para trascender la regulación local en la esfera del comercio interprovincial, extremo que interfiere con la norma nacional y afecta la existencia de un mercado único de bienes y servicios en todo el territorio nacional, sin que el reproche que se formula al decreto 321/87 implique desconocer el legítimo derecho de las provincias a regular, en el ámbito de su competencia, la materia en debate, en la medida que no invada y exceda el marco normativo federal.

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión debatida en autos guarda sustancial analogía con la examinada en mi dictamen del día de la fecha en los autos L.87, L.XXXVI —Originario— “Lovel S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, cuyos fundamentos soy por reproducidos por razones de brevedad, en cuanto fueren aplicables al presente.

Por lo expuesto, entiendo que este proceso resultaría excluido de la competencia originaria del Tribunal.

Buenos Aires, 17 de agosto de 2007.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de octubre de 2013.

Vistos los autos: “Unilever de Argentina y otros c/ Buenos Aires Prov. de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

I) A fs. 388/409 se presenta Unilever de Argentina S.A. y otras dieciséis empresas y promueven una acción declarativa contra la Provincia de Buenos Aires a fin de que se dicte la inconstitucionalidad del decreto 321/87 de ese estado local, por resultar contrario a lo establecido en la resolución del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación 155/98.

Manifiestan ser elaboradoras, importadoras y exportadoras, entre otros, de productos cosméticos, para la higiene personal y perfumes de primera marca que son vendidos en cual-

quier punto del país, y contar con fábricas y centros de distribución en distintas regiones del territorio nacional, en razón de lo cual sus establecimientos y productos se encuentran habilitados y registrados ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), bajo el régimen de la resolución 155/98 y sus normas reglamentarias y complementarias.

Aducen que las autoridades de la Provincia de Buenos Aires han venido ejecutando diversos actos dirigidos a someter a la actividad y a los productos de las empresas actoras, a las disposiciones del decreto 321/87, y que, mediante el dictado de la resolución 2829/02 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, se derogó la disposición 504/99 de la Dirección del Laboratorio Central de Salud Pública, que dispensaba del registro provincial a aquellos productos inscriptos ante la ANMAT en razón de su destino al comercio interprovincial.

Sostienen que el decreto provincial 321/87, al establecer un régimen específico en materia de autorización y registro de establecimientos y productos, así como una estructura de fiscalización y control encabezada por el Ministerio de Salud local, colisiona con el ordenamiento previsto en la resolución 155/98 y lo torna incompatible.

Argumentan que la aplicación simultánea de ambas normas genera una contradicción y superposición evidentes que da lugar a un conflicto normativo que solo pudo ser zanjado en favor de la preeminencia de la regulación federal.

Explican que ambas normas son manifestaciones del poder de policía, que si bien corresponde como principio general a las provincias, reconoce una importante excepción constituida por todo lo referente a la regulación del comercio interprovincial, que es facultad de la Nación en virtud de lo reglado en el artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional.

Dicen tener interés en el proceso dado que existen

acciones concretas de las autoridades públicas provinciales tendientes a someter a las actoras a dicho régimen sanitario local y, ante su incumplimiento, la posibilidad de que les sean impuestas las sanciones allí establecidas, lo cual produce un gran estado de incertidumbre acerca del alcance del decreto 321/87.

Añaden a ello, las actas de inspección labradas por las autoridades locales a los supermercados e hipermercados que comercializan sus productos, y que fueron inscriptos ante la ANMAT, los pedidos de información requeridos y las notificaciones cursadas a tales clientes, tendientes a obtener el cumplimiento de aquel sistema.

Ponen de resalto que el decreto cuestionado también contraría el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento suscripto entre la Nación y las provincias, que fue ratificado por ley local 11.463, en cuanto ha importado el compromiso de las provincias adheridas de dejar sin efecto los controles que graven la circulación interjurisdiccional de bienes.

Piden que se decrete una medida cautelar de no innovar, a fin de que se suspenda la aplicación del decreto impugnado hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estas actuaciones.

II) A fs. 788/789, el Tribunal declaró que la presente causa corresponde a su competencia en instancia originaria, de conformidad con los términos del dictamen del señor Procurador General de fs. 531, decretó la prohibición de innovar solicitada y corrió traslado de la demanda.

III) A fs. 524/529 y 783/787, se adhieren a la demanda las empresas allí presentadas; a fs. 865/867, comparece The Value Brands Company de Argentina, S.C.A. denuncia transferencia de Fondo de Comercio que acreditan con la pertinente escritura y adhiere a la pretensión deducida.

IV) A fs. 869, las actoras amplian la demanda en los términos del artículo 331 del Código Procesal Civil y Comercial

de la Nación, y agregan como prueba documental las constancias de inscripción de los productos cosméticos, para higiene personal y perfumes por ellas elaborados, expedidas por las autoridades nacionales (Anexos 1 a 52).

V) A fs. 892/896, la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y solicita su rechazo.

Tras las negativas de rigor, afirma en primer lugar, que la pretensión de las actoras debe ser desestimada pues no configura un "caso" judicial, dado que -a su entender- no existe un estado de incertidumbre, ni un acto concreto del poder administrador que afecte de modo directo, actual y suficiente los derechos constitucionales que se dicen vulnerados.

En cuanto al fondo de la cuestión, argumenta que la normativa local que se pretende impugnar -y que fue dictada cuando no existía legislación nacional- tiende a tutelar la salud pública e individual de los habitantes de la provincia, por lo que ha sido dictada en el ámbito de su competencia constitucional referida al poder de policía de salubridad que por principio le corresponde ejercer dentro de su jurisdicción territorial (artículos 121 y siguientes de la Constitución Nacional).

Invoca el artículo 42 de la Constitución Nacional que confiere tutela a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, y argumenta acerca del deslinde de las órbitas de competencia entre la Nación y las provincias en materia de salud pública.

Sostiene, por ende, que se trata de facultades concurrentes de la provincia con las atribuidas a la Nación, que no se aplican sobre los productos destinados al comercio interprovincial y, por lo tanto, no pueden ser tachadas de incompatibles, como se intenta.

Aduce que no es cierto que la parte actora se vea imposibilitada de comercializar sus productos, sino simplemente deberá observar la normativa provincial vigente, que procede de

la Constitución provincial (fs. 598 vta.). Pide en consecuencia el rechazo de la demanda con costas.

VI) A fs. 922/931 y 933/934, las empresas actoras y la Provincia de Buenos Aires presentan sus respectivos alegatos.

VII) A fs. 937, dictamina la señora Procuradora Fiscal sobre la cuestión debatida.

Considerando:

1º) Que la presente demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2º) Que el *thema decidendum* consiste en determinar si el decreto local 321/87, en su aplicación a los productos cosméticos, para la higiene personal y perfumes denunciados, resulta o no compatible con el régimen federal, instaurado por la resolución 155/98, emitida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. En efecto, la discusión central en el sub jude dice gira en torno a la concordancia, en el aspecto discutido en autos, entre la regulación federal vigente en la materia y la pretensión de la provincia demandada de someter a las actoras al régimen de inscripción, aprobación, fiscalización y control de productos ya autorizados por la autoridad nacional, al referido decreto, en ejercicio del poder de policía local.

3º) Que con respecto a la naturaleza de la acción intentada cabe recordar la tradicional doctrina de esta Corte con arreglo a la cual su procedencia está condicionada a que la situación planteada en la causa supere la indagación meramente especulativa o el carácter simplemente consultivo, para configurar un "caso" que busque prever los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal (Fallos: 327:1108, considerando 2º).

Desde esta premisa y dado que no se requiere un daño efectivamente consumado, el Tribunal tiene dicho que para que

prospere la acción de certeza es necesario que medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo, que el grado de afectación sea suficientemente directo, y que aquella actividad tenga concreción bastante (*causa "Elyen"* (Fallos: 328:502) y sus citas, y 332:66).

Del examen de los antecedentes acompañados por Unilever Argentina, y las demás actoras partes en el proceso, surge que se ha dado cumplimiento a los recaudos enunciados en orden a la admisibilidad de la acción impetrada. En efecto, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires ha ejecutado varios actos administrativos tendientes a someter a las impugnantes al régimen sanitario instaurado por el decreto local 321/87, que reputan ilegítimo, cuyo incumplimiento dará lugar a la aplicación de las sanciones allí previstas; ello las sitúa en un "estado de incertidumbre" sobre "la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica", entendiéndose por tal a aquella que es "concreta" al momento de dictarse el fallo (Fallos: 310:606; 311:421), por existir un interés legítimo suficiente y por carecer aquéllas de otras vías procesales aptas para resguardar su derecho (v. fs. 414 y ss.).

4º) Que no empece a lo expuesto que la representación provincial haya desconocido la autenticidad de la documentación acompañada en la demanda (v. fs. 892 y el alegato de la demandada a fs. 933 vta.). A esta altura no resulta ocioso recordar que los expedientes administrativos tienen valor de prueba por sí mismos (Fallos: 259:398; 263:425; 268:475), doctrina que es aplicable a las actuaciones de entidades descentralizadas y empresas estatales (Fallos: 262:130; 264:120; 271:96; 275:436). Si bien ese valor de prueba no impide su impugnación por la parte oponente, para ello no bastan las meras impugnaciones genéricas (Fallos: 281:173 y causa C.721.XXXIX "Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia de la fecha).

Por lo demás, la prueba documental que se adjuntó en

ocasión de la ampliación de la demanda –anexos 1 a 52–, a fs. 869, contiene –entre otros elementos– copias certificadas de las constancias de inscripción expedidas por parte de las autoridades nacionales respectivas con relación a los productos elaborados por las empresas actoras (v. fs. 925 vta. del alegato de la actora).

5º) Que, con respecto al fondo del asunto cabe señalar que la cuestión debatida en estos autos guarda sustancial analogía con la examinada y resuelta *in re "Baliarda S.A. y otros c/ Mendoza, Provincia de"* (Fallos: 321:1705) y causa “Abbott Laboratories S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad” (Fallos: 323:1705), a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitirse en razón de brevedad.

En efecto en aquellos procesos se suscitó el mismo conflicto que el que enfrentan las partes en el presente, por lo tanto la decisión resulta plenamente aplicable al sub lite.

6º) Que en el caso de autos, la importación, exportación, elaboración, envasado y depósito de los productos cosméticos, para la higiene personal y perfumes, y las personas físicas o jurídicas que intervengan en dichas actividades, quedaron sometidos, para su comercialización en todo el país, a lo dispuesto en la resolución 155/98 (artículo 1º). Dichas actividades solo pueden realizarse con productos registrados en la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, elaborados o importados por establecimientos habilitados por la misma, que cuenten con la dirección técnica de un profesional universitario debidamente matriculado ante el Ministerio de Salud y Acción Social y de acuerdo con las normas de su competencia (artículo 3º).

A su vez, en la elaboración de los listados de productos que se ordena por el artículo 4º, de dicha norma, se deberá tener en cuenta los armonizados en el ámbito del Mercado Común del Sur, que fueron confeccionados a partir de listas similares vigentes en la Unión Europea (Cosmetic Directive 76/768

E.E.C. Anexos y Actualizaciones) y no prohibidas por la *Food and Drug Administration* de los EE.UU.

La ANMAT queda asimismo facultada a efectuar la revisión periódica de los listados e introducir las modificaciones que estime convenientes.

Todo ello es indicativo del control que lleva a cabo la autoridad nacional (ANMAT), a fin de establecer un mecanismo ágil para los trámites de las solicitudes de inscripción correspondientes, y que al mismo tiempo posibilite la debida fiscalización por su parte (v. considerando segundo de la resolución *sub examine*).

7º) Que, al igual que en los precedentes citados en el considerando 5º anterior, la norma local impugnada no se puede conciliar en su aplicación simultánea con la regulación nacional expresada en la resolución 155/98, al manifestarse una repugnancia efectiva entre una y otra facultad, óbice que el Tribunal reconoció en numerosos precedentes (entre ellos: Fallos: 239:343; 300:402; 321:1705 y 323:1705, ya citados). Ello es así por cuanto el decreto 321/87 incluye entre sus disposiciones no solo productos que se producen y consumen dentro del ámbito provincial sino también a aquellos que certificados por la autoridad federal de aplicación son objeto de comercialización en todo el territorio de la Nación.

Al respecto cabe mencionar que las disposiciones provinciales establecen requisitos específicos a cumplir en recipientes y envases (capítulo IV, decreto 321/87), que se superponen con la reglamentación nacional (Disposición ANMAT 1110/99), como consecuencia de ello los productos fabricados en jurisdicción nacional o en cualquier otra provincia que sigan los lineamientos de la ANMAT no podrían ser comercializados y distribuidos en la Provincia de Buenos Aires al no cumplir con los recaudos exigidos por la normativa provincial, a riesgo de ser pasible las empresas de las sanciones previstas en el capítulo V del decreto 321/87 (v. también artículos 3º, 6º, 8º, 12 y 16 de ese

decreto).

De ese modo, se pretende superar los límites de la provincia para trascender la regulación local en la esfera del comercio interprovincial, extremo que interfiere con la norma nacional y afecta la existencia de un mercado único de bienes y servicios en todo el territorio nacional (conf. causa "Molinos", considerandos 11 y 12, Fallos: 332:66).

8º) Que el reproche que se formula al decreto 321/87, no implica desconocer el legítimo derecho de las provincias a regular, en el ámbito de su competencia, la materia en debate, en la medida que no invada y exceda el marco normativo federal (v. causa C.721.XXXIX. "Colgate Palmolive S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia de la fecha).

9º) Que las costas del juicio deben ser soportadas por la Provincia de Buenos Aires, según lo establece el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que la conducta asumida por la demandada hizo necesaria la promoción de este proceso (Fallos: 332:66, ya citado).

Por ello y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Hacer lugar a la demanda, y en consecuencia, declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires, con el alcance indicado en el considerando 8º precedente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración

General de la Nación y, oportunamente, archívese.

ELENA I. RIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

DISI-///-

ENRIQUE S. PETRACCHI

  
*Carmen M. Argibay  
(en su calidad parcial)*

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

-//--DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M.  
ARGIBAY

Considerando:

1º) Se da por reproducido el voto suscripto por la mayoría, hasta el considerando 1º, inclusive.

2º) El *thema decidendum* consiste en determinar si el decreto local 321/87, en su aplicación a los productos cosméticos, para la higiene personal y perfumes denunciados, excede las facultades regulatorias con que cuentan las provincias según la distribución de competencias entre el gobierno central y los estados locales establecida por la Constitución Nacional.

3º) Que con respecto a la naturaleza de la acción intentada cabe recordar la tradicional doctrina de esta Corte con

arreglo a la cual su procedencia está condicionada a que la situación planteada en la causa supere la indagación meramente especulativa o el carácter simplemente consultivo, para configurar un "caso" que busque prever los efectos de un acto en cierres al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal (Fallos: 327:1108, considerando 2º).

Desde esta premisa y dado que no se requiere un daño efectivamente consumado, el Tribunal tiene dicho que para que prospere la acción de certeza es necesario que medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo, que el grado de afectación sea suficientemente directo, y que aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 328:502, causa "Elyen" y sus citas, y 332:66).

Del examen de los antecedentes acompañados por Unilever Argentina, y las demás actoras partes en el proceso, surge que se ha dado cumplimiento a los recaudos enunciados en orden a la admisibilidad de la acción impetrada. En efecto, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires ha ejecutado varios actos administrativos tendientes a someter a las impugnantes al régimen sanitario instaurado por el decreto local 321/87, que reputan ilegítimo, cuyo incumplimiento dará lugar a la aplicación de las sanciones allí previstas; ello las sitúa en un "estado de incertidumbre" sobre "la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica", entendiéndose por tal a aquella que es "concreta" al momento de dictarse el fallo (Fallos: 310:606; 311:421), por existir un interés legítimo suficiente y por carecer aquéllas de otras vías procesales aptas para resguardar su derecho (v. fs. 414 y ss.).

4º) Que no empece a lo expuesto que la representación provincial haya desconocido la autenticidad de la documentación acompañada en la demanda (v. fs. 892 y el alegato de la demandada a fs. 933 vta.). A esta altura no resulta ocioso recordar que los expedientes administrativos tienen valor de prueba por sí mismos (Fallos: 259:398; 263:425; 268:475), doctrina que es aplicable a las actuaciones de entidades descentralizadas y em-

presas estatales (*Fallos: 262:130; 264:120; 271:96; 275:436*). Si bien ese valor de prueba no impide su impugnación por la parte oponente, para ello no bastan las meras impugnaciones genéricas (*Fallos: 281:173 y causa C.721.XXXIX. "Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de constitucionalidad"*, sentencia de la fecha).

Por lo demás, la prueba documental que se adjuntó en ocasión de la ampliación de la demanda –anexos 1 a 52–, a fs. 869, contiene –entre otros elementos– copias certificadas de las constancias de inscripción expedidas por parte de las autoridades nacionales respectivas con relación a los productos elaborados por las empresas actoras (v. fs. 925 vta. del alegato de la actora).

5º) Esta Corte, desde sus primeros tiempos, ha establecido que, en virtud de la reserva hecha por las provincias de todo poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, “los actos de la Legislatura de una Provincia, no pueden ser invalidados, sinó en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, ó en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido á las Provincias, ó cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas; fuera de cuyos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso” (*Fallos: 3:131, 136 [1865]; "Mendoza, Domingo y otro c/ Provincia de San Luis s/ derechos de exportación"; 137:212, "Griet"; Fallos: 239:343, "Gimenez Vargas Hnos."*)

Quedó así delineado un criterio de tres niveles para decidir en qué situaciones las normas o los actos provinciales impugnados desconocen la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, a saber: a) cuando avanzan sobre una atribución exclusiva del gobierno central; b) cuando infringen una prohibición expresa de que ciertas decisiones sean tomadas por los gobiernos provinciales o c) la posible incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones concurrentes, es decir

que, nominalmente, están dentro de los poderes de ambos gobiernos.

Estas pautas deben entenderse orientadas a preservar la órbita de competencias no solo del Estado nacional, sino también de las provincias. Así lo dejó expuesto esta Corte al decir, en Fallos: 147:239, que el "Gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias en el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegarse a anularlos por completo. Y recíprocamente, es igualmente cierto que las provincias, a su turno, no pueden restringir o limitar los poderes que expresa o implícitamente le han sido conferidos al gobierno de la Nación" (Fallos: 147:239, 251); expresión que fue reproducida en pronunciamientos posteriores mediante los cuales se convalidó el ejercicio por las autoridades provinciales del poder con que cuentan para regular el comercio interno de la provincia (Fallos: 239:343, 348), o el ejercicio de profesiones liberales (Fallos: 320:89, 100).

Es este el marco conceptual dentro del cual corresponde apreciar la procedencia o improcedencia de los diversos argumentos expuestos en el escrito de demanda para sostener la inconstitucionalidad del decreto 321/87 de la provincia de Buenos Aires.

6º) El principal fundamento propuesto por la parte actora supone que resulta aplicable al presente caso el criterio seguido en los precedentes "Baliarda" (Fallos: 321:1705 [1998]) y "Abbott" (Fallos: 323:1705 [2000]), es decir, que habría una incompatibilidad entre leyes nacionales y normas locales. Por consiguiente, se trataría de un conflicto del tipo que se acaba de individualizar con la letra "c".

En el caso, la norma nacional que, según se dice en la demanda, vendría a tener preeminencia sobre el decreto 321/87, es la resolución 155/1998, emitida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Sin embargo, la citada reso-

lución 155 no es equiparable a una ley a los efectos de invalidar actos dictados por autoridades provinciales en ejercicio de facultades propias que, en todo caso, pueden ser concurrentes con las del Congreso, pero no con las del Poder Ejecutivo Nacional.

En este aspecto, es oportuno recordar un importante señalamiento hecho por esta Corte, según el cual "el principio fundamental contenido en el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales; lo serán si han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implicitamente" (Fallos: 239:343, 346 -la bastardilla corresponde al original-). Es indudable que si la legislación del Congreso encuentra este límite, más aún debe aplicarse el mismo principio a las disposiciones dictadas por la administración pública nacional que carece de facultades constitucionales para imponer restricciones a los gobiernos locales en el ejercicio de sus propios poderes.

No suple la ausencia de una ley la mera referencia en los fundamentos de la res. 155/98 al artículo 23.15 de la Ley de Ministerios, en cuanto faculta al ministro de salud para asistir al Presidente en lo concerniente a "la fiscalización de todo lo atinente a la elaboración y distribución de los productos medicinales, biológicos, drogas, dietéticos, insecticidas, de tocador, aguas minerales, hierbas medicinales y del material e instrumental de aplicación médica, en coordinación con los Ministerios pertinentes;....". Dicha atribución de competencia, por su generalidad en cuanto al tipo de actos que autoriza y las bases dentro de las cuales debe ser ejercitada, sólo puede entenderse referida a los actos para los cuales el Presidente ya se encuentra previamente facultado por una ley del Congreso que, o bien demanda reglamentación (artículo 99.2), o bien hace una expresa delegación (artículo 76).

7º) Otro de los argumentos centrales en que se funda la demanda, se relaciona con el supuesto "a", esto es, que el decreto 321/87 avanza sobre atribuciones exclusivas del Congreso, en particular, la conferida a ese cuerpo por el artículo 75.13 para reglar el comercio de las provincias entre sí.

Sin embargo, es manifiesto que el decreto 321/87 se trata de una disposición de policía sanitaria que busca proteger a las personas contra los posibles efectos perjudiciales que podría ocasionarles la utilización de productos químicos de uso doméstico (limpieza, desinfección, erradicación de animales y vegetales dañinos o peligrosos), cosmético o industrial. No hay nada en el texto de este cuerpo normativo que discrimine o diferencie entre el comercio interior de la provincia y el comercio o la economía de otras provincias, ni disposición alguna que esté destinada a reglamentar la entrada o salida de bienes o factores de la producción, ni tampoco a tener efectos solamente sobre personas o cosas que se encuentran fuera del territorio bonaerense.

Por consiguiente, cae por su base este argumento contenido en la demanda: el decreto 321/87 no es una reglamentación del comercio interprovincial, sino un régimen dictado en uso del denominado "poder de policía en protección de la salud pública", o "policía de seguridad, moralidad y salubridad" que, según esta Corte lo ha reconocido, corresponde a los estados locales como regla (Fallos: 7:150, 153; 110:391, 408; 154:5, 17; 192:350, 353; 243:381, 383; 277:147, 162; 289:315, 319) y con carácter concurrente (322:2780, 2789-90). Si, como queda dicho, el decreto 321/87 ha sido dictado por el gobernador en función de intereses cuya protección corresponde a las autoridades locales, debe afirmarse, por lógica implicancia, que no se trata de una usurpación de las atribuciones que la Constitución reserva al Congreso.

8º) La parte actora, ha esgrimido, asimismo, una última línea de argumentación en contra de la validez del decre-

to 321/87 y que hace pie en la prohibición constitucional que pesa sobre las provincias de interferir en el comercio interprovincial, es decir, en el funcionamiento del sistema económico organizado por la Constitución Nacional en sus artículos 8 a 12. (El propósito y los límites de este sistema unificado, fueron abordados por esta Corte, entre otros, en *Fallos: 178:9, 22; sobre el alcance de los poderes del Congreso para reglamentar su funcionamiento, debe recordarse el pasaje de Fallos: 154:104, 112-113*). En este sentido, corresponde examinar –de acuerdo con la regla que en el considerando 5º es mencionada bajo la letra “b”– si el decreto 321/87 infringe la referida prohibición constitucional en alguna de las dos siguientes modalidades: a) porque se trata, en su letra o en sus fines, de un régimen proteccionista o b) porque, de algún otro modo, distinto del proteccionismo interno, ocasiona un entorpecimiento ilegítimo en el comercio inter o extraprovincial.

9º) Sobre el primer punto, esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de normas provinciales que estaban dirigidas a introducir políticas protectoras de su economía interna en perjuicio de la economía de otras provincias y que, por ese mismo carácter, resultaban contrarias a la Constitución (ver en este sentido, el expediente A.2043.XLI. “*Antonio Barillari S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, y los precedentes citados en el voto de la jueza Argibay, sentencia del 18 de septiembre de 2012).

A diferencia de casos como el aludido, el decreto 321/87 no ofrece flanco alguno a este tipo de ataques por cuanto su texto no contiene ninguna cláusula que introduzca discriminaciones de trato o restricciones al comercio que favorezcan a la propia economía y tampoco se ha demostrado que el proteccionismo económico haya estado en el propósito con el que se dictó en el año 1987, ni en el que motivó su restablecimiento en 2002. Por último, nada hay en la demanda sobre la posibilidad de que este régimen esté siendo aplicado por las autoridades competentes pa-

ra obtener un efecto similar al que se conseguiría con normas explicitamente proteccionistas.

10) Sin embargo, como ya se dejó dicho en el considerando 8º, estas trabas dirigidas a cerrar la economía local, no son las únicas alteraciones del comercio interprovincial que pueden ser descalificadas constitucionalmente. Además del texto y el propósito, también procede un análisis basado en ciertos efectos de las normas locales que se traducen en un entorpecimiento de dicho comercio. Sobre este aspecto de la cuestión, cabe hacer algunas aclaraciones preliminares.

El cumplimiento de determinada regulación económica, además de los efectos centrales sobre las actividades a las cuales está dirigida la medida, tiene, inevitablemente, un sinnúmero de consecuencias más o menos indirectas que impactan en otros procesos económicos. En vista de esta circunstancia, no puede descartarse la posibilidad de que regulaciones cuya materia es de resorte local causen, de todas maneras, graves perturbaciones en el sistema económico interjurisdiccional. Ahora bien, si cualquier efecto sobre el comercio interprovincial, por indirecto que sea, tuviese aptitud para servir de fundamento a la invalidación de sus actos, las autoridades locales se verían privadas prácticamente de todas sus facultades legislativas y reglamentarias.

En este sentido, es útil recordar el enfoque adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para resolver situaciones que, en aspectos relevantes, resultan similares. La jurisprudencia de ese tribunal, distingue entre leyes provinciales que tienen fines proteccionistas (lo que no ocurre en este caso, por las razones expuestas en el considerando 9º) y las que no hacen tal discriminación.

Si la regulación discrimina contra el comercio interestatal, "sea de manera expresa o en la práctica", resulta en principio constitucional a menos que el estado local demuestre que sirve a un legítimo propósito local y que ese propósito no

puede ser alcanzado por ningún otro medio que no incluya la discriminación. Por el contrario, si la disposición cuestionada no tiene un carácter proteccionista y sus efectos sobre el comercio interestatal son solo incidentales, dicha ley deberá ser, como regla, convalidada, a menos que introduzca un entorpecimiento sobre dicho comercio que resulte claramente excesivo en relación con los beneficios que se busca alcanzar. (Ver, Tribe, Laurence, Constitutional Law, third edition, volume one, New York, 2000, p. 1059 y 1062-3; también: Gunther, Gerald y Sullivan Kathleen, Constitutional Law, thirteenth edition, New York 1997, pp. 297-322 y Redlich, N., Attanasio, J. y Goldstein, J., Constitutional Law, fifth edition, 2008, p. 220-227).

En el caso *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970) y, más recientemente, en el caso *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982), la Corte invalidó leyes locales cuyo impacto sobre el comercio interjurisdiccional, si bien colateral, no se veía compensado por un beneficio concreto de esas leyes a favor del estado que las dictó. En el primero de esos pronunciamientos, ese tribunal declaró inválida una regulación del estado de Arizona que prohibía la salida de melones a granel, es decir, sin contar con un empaquetado en el que se consignase el origen del producto. El propósito de la restricción era el de facilitar el reconocimiento de los melones producidos en ese estado, evitar su confusión con los provenientes de otros lugares y mantener así el prestigio que los productores locales se habían ganado. Sin embargo, la Corte consideró que ese propósito, aún cuando era legítimo y estaba dentro de las atribuciones de la legislatura local, no servía como contrapeso del grave perjuicio que ocasionaba a los productores que se veían así impedidos de utilizar instalaciones de empaquetamiento ubicadas fuera del territorio del estado. En el caso "Edgar", declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Illinois mediante la cual se establecían exigencias muy rigurosas que debía cumplir una oferta pública para adquirir el capital accionario de una empresa con el propósito de tomar su control. El argumento que concitó

la conformidad de la mayoría de los jueces de la Corte fue el de que dicha ley local, si bien había sido sancionada en ejercicio de legítimas atribuciones del estado de Illinois, no generaba beneficios concretos que contrapesaran el entorpecimiento sustancial que causaba en el comercio interestatal. Se señaló que este entorpecimiento estaba dado por el alcance nacional que en los hechos tenía la ley, ya que el secretario de estado local tenía el poder de bloquear cualquier oferta para comprar empresas radicadas en Illinois sea cual fuere el lugar del que provinieran, mientras que, por otra parte, los mayores rigores de la ley local no otorgaban una protección sustancialmente mejor que la conferida por la ley nacional que regía el tema, por lo que sus beneficios resultaban meramente conjeturales.

11) La consideración de los hechos del caso, bajo los lineamientos expuestos precedentemente, revela que el decreto 321/87, si bien como se dijo antes, se trata de una disposición de policía sanitaria, tal como pretende ser aplicado por la Provincia de Buenos Aires, tiene un impacto sobre el comercio inter provincial, sin que la provincia haya alegado, ni mucho menos demostrado, que esta política le depare beneficio alguno.

De acuerdo con la prueba documental producida, puede afirmarse que las autoridades de la Provincia de Buenos Aires admitieron en su jurisdicción la fabricación y comercialización de productos cosméticos elaborados de acuerdo con las normas nacionales, los que, además, se encontraban registrados y habilitados por la autoridad respectiva (Administración Nacional de Materiales, Alimentos y Tecnología Médica - ANMAT). Sin embargo, en lo concerniente a los productos que no contaban con dicha habilitación nacional (elaborados en la provincia o producidos fuera de ella, pero comercializados en su territorio), se autorizó su registro de acuerdo con el decreto 321/87 (resolución 005486/99 del Ministerio de Salud provincial, confirmatoria de la disposición 504/99 de la Dirección de Laboratorio Central).

La situación descripta se mantuvo hasta el 26 de ju-

nio de 2002, fecha en que el mismo Ministerio de Salud dejó sin efecto este esquema que discriminaba entre productos con habilitación de ANMAT y productos que requerían habilitación provincial. La decisión fue tomada mediante el dictado de la resolución 2829/02, que derogó su anterior 005486/99. De sus fundamentos se desprende el propósito de "retomar la aplicación del Decreto 321/87 sin excepciones basadas en normas ajenas a esta jurisdicción". El itinerario y las expresiones seguidas por los actos públicos referidos, permiten inferir que la inscripción en el registro creado por el decreto 321 y, por lógica consecuencia, de los estándares de elaboración y rotulación en él fijados, sería exigido con independencia de que dicha elaboración o su posterior comercialización tenga lugar en la provincia o fuera de ella. Esto último se ve confirmado por actos de la propia demandada, como lo son las intimaciones dirigidas a firmas cuyas plantas y oficinas se encuentran ubicadas en otras jurisdicciones, según se desprende de la prueba documental (por ejemplo, fs. 367/377).

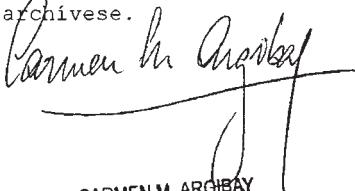
El motivo aducido por el ministerio provincial para volver sobre sus propios pasos fue que la regulación de las actividades relacionadas con los productos cosméticos es una competencia provincial no delegada a la Nación y que tampoco ha habido adhesión a las resoluciones nacionales. Nada se dice sobre la calidad sanitaria de los artículos cosméticos elaborados bajo la habilitación nacional, ni mucho menos que la salud pública se vea más protegida si se cumplen con los estándares requeridos por el decreto 321/87. Por el contrario, del comportamiento seguido por las autoridades locales es pertinente colegir que los estándares fijados en el decreto 321/87 no otorgan una mayor protección a la salud pública que los contenidos en las disposiciones nacionales, puesto que aquellos ya estaban vigentes al momento en que la provincia autorizó la comercialización y consumo en su jurisdicción de productos registrados y habilitados solamente por ANMAT.

Es significativo, en esta misma línea, que la provin-

cia demandada no haya alegado, ni intentado probar, deterioro alguno en la salud pública que se pretenda revertir mediante la reposición del régimen establecido en el decreto 321/87. De hecho, el motivo aducido para restablecer su aplicabilidad a estos productos es de carácter formal y no responde a variaciones en las circunstancias existentes durante el periodo previo.

Es decir, que la restauración del decreto 321/87, dispuesta por la resolución 2829/2002, no reporta ningún beneficio concreto para la salud pública, que sirva como contrapeso y justificación de las perturbaciones al comercio interprovincial de productos cosméticos que venian desarrollando las actoras en el marco de las normas nacionales y locales vigentes.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Hacer lugar a la demanda y declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires, con el alcance que resulta del considerando 11. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.



CARMEN M. ARGIBAY

Demanda promovida por: Unilever de Argentina y otros.

Parte demandada: Provincia de Buenos Aires.

Profesionales intervenientes: Doctores Pablo J. Piccoli, Walter Oscar Gatti, Juan Carlos Cassagne; Máximo J. Fonrouge, Pablo Perrino; Alejandro Fernández Llanos y Luisa M. Petcoff.

---

**UNION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES**  
**C/ EN SCI RESOL 175/07 SCT RESOL 9/04 Y OTRO**  
**S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO**

***DEFENSA DEL CONSUMIDOR***

Cabe confirmar la sentencia que desestimó la demanda y rechazó el pedido de la asociación actora para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones Nº 9/04 (SCT) y su modificatoria Nº 175/07 (SCI) que permiten -a su criterio- que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato de ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días, pues no resulta aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad, en tanto el apelante no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que le exige la jurisprudencia del Tribunal.

***DEFENSA DEL CONSUMIDOR***

Cabe confirmar la sentencia que desestimó la demanda en tanto la modificación unilateral del contrato reúna las condiciones fijadas en el Anexo I de la Res. 9/04 (SCT) y el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio -de 60 días a un término no menor a los 30 días-, no se exhibe per se como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

***DEFENSA DEL CONSUMIDOR***

Cabe confirmar la sentencia que desestimó la demanda y rechazó el pedido de la asociación actora para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones Nº 9/04 (SCT) y su modificatoria Nº 175/07 (SCI) pues aun cuando el raciocinio efectuado por el a quo acerca de los derechos que ante una alteración contractual les asistirían en forma individual a los consumidores, y a las asociaciones si se hallaran en juego derechos de incidencia colectiva, pueda considerarse erróneo puesto que podría llegar a vaciar de contenido la protección que brinda el artº 43 de la Constitución Nacional, se trata de expresiones obiter dicta que no integra la unidad lógico-jurídica que es la sentencia, dado que no constituyen la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito, ni podría ser impedido en el futuro el acceso de la actora a la justicia sobre la base de tales consideraciones, razón por la que no le causa un gravamen actual y concreto que pueda ser examinado por el Tribunal. -Voto del juez Enrique S. Petracchi-

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 158/163, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III), al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, desestimó la demanda entablada por Unión de Usuarios y Consumidores. En consecuencia, rechazó el pedido de esta última para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica (SCT) y su modificatoria 175/07 de la Secretaría de Comercio Interior (SCI), en cuanto permiten —a criterio de la asociación y en lo que aquí interesa— que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato en ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días.

Los magistrados, para resolver de aquel modo, entendieron que las resoluciones impugnadas no eran irrazonables si se ponderaban los recaudos impuestos en ellas como límites a la posibilidad de introducir modificaciones al contrato.

Por otra parte, si bien admitieron que la reducción del plazo —de 60 a 30 días de antelación para notificar los cambios a los usuarios y consumidores— existe, al igual que el innegable hecho de que estos últimos contarián con menos tiempo para decidir frente a la modificación adoptada por el proveedor del servicio, consideraron que ello era insuficiente para concluir en la existencia de un gravamen o perjuicio que tornara a la resolución SCT 9/04 en inconstitucional. Ello por cuanto —según estimaron— del propio texto de la citada resolución surgen las condiciones para introducir las modificaciones del contrato, impidiéndole al prestador que, mediante tales cambios, altere su objeto, afecte el equilibrio de la relación de las partes o provoque un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar.

Por lo expuesto, sostuvieron que la regulación en sí no presentaba los vicios atribuidos por la actora, siempre que las posibles modificaciones se ajustaran a los recaudos indicados y previstos en las resoluciones en cuestión, caso contrario, frente a cada supuesto en particular, debía ser el usuario perjudicado quien tenía que acudir a la justicia a fin de plantear la nulidad del acto provocador del daño.

En el considerando V, señalaron que la eventual existencia de consecuencias negativas o perjudiciales para los consumidores ante una probable modificación tendría que analizarse particularmente en cada caso, ya que más allá de verificar si tal cambio cumple con los recaudos antes referidos, también deben evaluarse la actitud de cada usuario y la afectación que le pudiera provocar a su patrimonio esa hipotética modificación.

– II –

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 166/186, el cual fue concedido en lo relativo a la aplicación del art. 43 de la Ley Fundamental por haberse interpretado (considerando V de la sentencia, fs. 161/163) en sentido adverso al sostenido por el apelante para sustentar su legitimación y denegado en lo principal que se decidió, por remitir a cuestiones de hecho referidas a las posibles modificaciones en la prestación de los servicios de medicina prepaga (fs. 191), sobre lo cual no se dedujo la respectiva queja. En ese sentido la jurisdicción de la Corte ha quedado limitada en la medida en que la concedió la Cámara.

Se agravia porque la resolución que impugna establece para las prestadoras del mencionado servicio un plazo de 30 días para poner en conocimiento de sus usuarios la modificación de cualquier condición contractual, el cual constituye un término mucho más breve que el de 60 días previsto para los servicios de telefonía móvil y bancarios, pese a que en estos últimos no se encuentran comprometidos derechos como la vida, la salud o la dignidad.

Alega, en ese sentido, que resulta muy difícil para el usuario

de la empresa de medicina prepaga adoptar la decisión de cambiar de prestador en el escaso plazo de 30 días, o de terminar un tratamiento médico en curso, limitando su posibilidad de elegir.

Aduce que no corresponde que se adopten medidas que tiendan a limitar los derechos constitucionales, toda vez que en caso de duda debe estarse a la protección del administrado, máxime cuando se trata de un usuario y consumidor cuyos derechos están garantizados en los arts. 42 de la Constitución Nacional y 3º de la ley 24.240.

Sostiene que el criterio de la Cámara en orden a que debe evaluarse individualmente el daño en cada supuesto colisiona con la jurisprudencia de la Corte en el caso “Halabi”, ya que —a su entender— no es necesario evaluar los efectos dañinos de una norma inconstitucional cuando afecta a una colectividad de sujetos.

Considera que en este caso la violación al derecho surge del mismo acto que repercute negativamente en el de la colectividad de usuarios y consumidores, toda vez que se disminuyó a la mitad el plazo para notificar aumentos en los precios de servicios y otras modificaciones contractuales.

– III –

Ante todo es necesario destacar que en este proceso se reconoció legitimación a la actora para cuestionar las resoluciones SCT 9/04 y SCI 175/07 (v. sentencia de fs. 127/131, considerando IX y reiterado en el pronunciamiento de fs. 158/163, considerando V, segundo párrafo), sin que, por lo demás, se le negara la posibilidad de acceder a la justicia o a otra sede cuando ellas provocaran un perjuicio particularizado.

Cabe poner de manifiesto que V.E. ha sostenido reiteradamente que no es recurrible el contenido de una sentencia mientras de él no se derive una decisión que cause un gravamen actual y concreto (v. Fallos: 312:916). Estimo que esta es la situación del *sub lite*, toda vez que la afirmación que efectúa la Cámara en el considerando V y que la actora cuestiona no le

produce gravamen alguno.

En efecto, las manifestaciones de los jueces en el sentido de que frente a "...la posibilidad de que pudiesen presentarse cambios negativos o perjudiciales para el consumidor o usuario" "tendría que analizarse... en cada supuesto en particular, ya que más allá de verificarce si el cambio cumple con los recaudos antes referidos, también debería evaluarse la actitud de cada usuario y la afectación que le pudiera provocar a su patrimonio la hipotética modificación" (v. fs. 161), no causa a la recurrente un gravamen actual, el que se produciría en el supuesto de que se le negara legitimación para cuestionar modificaciones contractuales efectuadas en contravención a la resolución 9/04 y perjudicara intereses homogéneos de los usuarios. Tal circunstancia, evidentemente no existe en autos. En consecuencia, la citada afirmación contenida en la sentencia apelada, no es más que un *obiter*, es decir, un razonamiento que no es relevante para la solución del caso y que, por ello, carece de todo efecto negativo para aquélla.

Cabe agregar que, si bien es cierto que el tema puntual de la reducción del plazo de 60 a 30 días para dar a conocer a los usuarios y consumidores las modificaciones contractuales no es meramente imaginaria sino real, la determinación de un plazo, cualquiera sea su duración, *per se* no beneficia ni perjudica, ya que estos efectos sólo pueden predicarse con relación a otro término, en el caso los efectos negativos o positivos sobre la prestación del servicio, y precisamente este aspecto fáctico fue el que tomó en cuenta la Cámara para resolver a fs. 158/163, materia que no puede examinarse en esta instancia, toda vez que la actora consintió la desestimación del recurso por arbitrariedad de la sentencia, sin que se dedujera la pertinente queja.

– IV –

Por lo expuesto, opino que el recurso extraordinario fue mal concedido por la Cámara y que corresponde confirmar la sentencia de fs. 158/163.

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2010.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

1º) Que esta Corte adhiere a lo expresado en los apartados I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que el recurso extraordinario deducido es formalmente admisible en cuanto se ha controvertido la interpretación de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que en aquéllas funda el apelante (art. 14, inciso 3º, de la ley 48).

3º) Que a los fines de resolver los planteos de la apelante resulta pertinente efectuar dos aclaraciones previas.

La primera de ellas, es que el juez de primera instancia consideró que la Unión de Usuarios y Consumidores se hallaba legitimada por las normas constitucionales y por la ley de defensa del consumidor para impugnar judicialmente las resoluciones cuestionadas y, en consecuencia, examinó la pretensión de fondo esgrimida por aquella asociación. Puesto que en este último aspecto, el pronunciamiento fue apelado por la parte actora, y el recurso que había deducido la demandada fue declarado desierto –sin que ésta, por lo demás, contestara la expresión de agravios de la actora–, es nítido que el punto relativo a la legitimación procesal de la mencionada asociación no fue sometido a la decisión de la alzada (fs. 127/131, 139/151 y 153).

La segunda es que, así lo ha entendido el tribunal a quo. En efecto, según resulta de la lectura de la sentencia, la cámara abordó la cuestión de fondo debatida en el pleito, y rechazó los agravios de la actora dirigidos contra la resolución

9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica y la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior, pues, según lo expresó, las modificaciones que aquellas normas permiten introducir en los contratos de larga duración o de plazo indeterminado, están sujetas al cumplimiento de estrictas condiciones que, básicamente, impiden "...al prestador que mediante los cambios pudiere alterar el objeto del contrato, afectar el equilibrio en la relación de las partes o provocar un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar...", a lo que añadió que la reducción del plazo para poner en conocimiento de los usuarios y consumidores los cambios contractuales introducidos antes de su entrada en vigencia, por sí sola, tampoco podía ser concebida como una afectación de los derechos que a aquéllos les reconoce la Constitución Nacional (ver considerando IV, de la sentencia de fs. 158/163). Dicho examen solo pudo ser llevado a cabo por la alzada en tanto se aceptó –de modo implícito pero no por ello menos claro– que la actora estaba legitimada procesalmente para accionar, tal como lo había dispuesto el juez de la instancia anterior.

En consecuencia, lo expresado a continuación por el a quo en el considerando V de aquella sentencia ha sido a modo *obiter dictum*, no integra la unidad lógico jurídica que es la sentencia en tanto no constituye la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito.

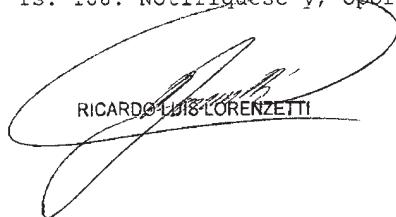
4º) Que, en cuanto a la impugnación constitucional del plazo fijado por la resolución 175/2007 (art. 1º), corresponde señalar que –como lo indicaron los jueces de la causa– en tanto la modificación unilateral del contrato reúna las condiciones fijadas en el Anexo I de la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio –de sesenta días a un término no menor a los treinta días–, no se exhibe *per se* como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto

y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

Por último, tampoco resulta aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad, en tanto el apelante no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que lo exige la jurisprudencia del Tribunal (doctrina de *Fallos*: 320:2145; 321:3542; 322:2701; 328:2829; 329:4349, entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado en la presente, y se confirma la sentencia. Sin costas, en atención a que la demandada no

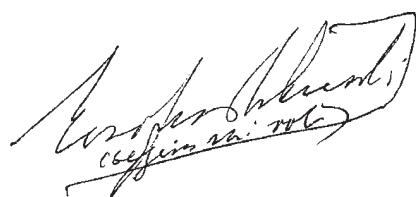
ha contestado el traslado del recurso extraordinario corrido a fs. 188. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



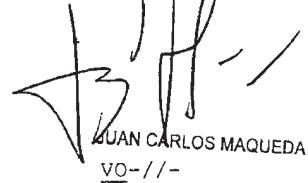
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA  
VO-/-



E. RAÚL ZAFFARONI

-//-/TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que esta Corte adhiere a lo expresado en los apartados I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que el recurso extraordinario deducido es formalmente admisible en cuanto se ha controvertido la interpretación de normas federales y la sentencia definitiva del superior tri-

bunal de la causa es contraria a los derechos que en aquéllas funda el apelante (art. 14, inciso 3º, de la ley 48).

3º) Que a los fines de resolver los planteos de la apelante resulta pertinente efectuar dos aclaraciones previas.

La primera de ellas, es que el juez de primera instancia consideró que la Unión de Usuarios y Consumidores se hallaba legitimada por las normas constitucionales y por la ley de defensa del consumidor para impugnar judicialmente las resoluciones cuestionadas y, en consecuencia, examinó la pretensión de fondo esgrimida por aquella asociación. Puesto que en este último aspecto, el pronunciamiento fue apelado por la parte actora, y el recurso que había deducido la demandada fue declarado desierto –sin que ésta, por lo demás, contestara la expresión de agravios de la actora–, es nítido que el punto relativo a la legitimación procesal de la mencionada asociación no fue sometido a la decisión de la alzada (fs. 127/131, 139/151 y 153).

La segunda es que, así lo ha entendido el tribunal a quo. En efecto, según resulta de la lectura de la sentencia, la cámara abordó la cuestión de fondo debatida en el pleito, y rechazó los agravios de la actora dirigidos contra la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica y la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior, pues, según lo expresó, las modificaciones que aquellas normas permiten introducir en los contratos de larga duración o de plazo indeterminado, están sujetas al cumplimiento de estrictas condiciones que, básicamente, impiden "...al prestador que mediante los cambios pudiere alterar el objeto del contrato, afectar el equilibrio en la relación de las partes o provocar un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar...", a lo que añadió que la reducción del plazo para poner en conocimiento de los usuarios y consumidores los cambios contractuales introducidos antes de su entrada en vigencia, por si sola, tampoco podía ser concebida como una afectación de los derechos que a aquellos les reconoce la Constitución Nacional (ver considerando IV, de la

sentencia de fs. 158/163). Dicho examen solo pudo ser llevado a cabo por la alzada en tanto se aceptó –de modo implícito pero no por ello menos claro– que la actora estaba legitimada procesalmente para accionar, tal como lo había dispuesto el juez de la instancia anterior.

En consecuencia, lo expresado a continuación por el a quo –considerando V de aquella sentencia– acerca de quiénes se hallarían legitimados para impugnar una eventual modificación del contrato que no se ajustase a los recaudos establecidos en la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, lo ha sido –como allí se señaló– para la hipótesis en que efectivamente se dispusiese dicha “probable modificación” (fs. 161), oportunidad en la que el planteo podría ser llevado a conocimiento de los jueces para examinar, en concreto, su contenido y la aptitud o no del nuevo plazo –no inferior a los treinta días– en el que deberá notificarse al usuario o consumidor el cambio contractual que se pretenda introducir (art. 1º de la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior).

4º) Que, por lo expuesto, aun cuando el raciocinio efectuado en el mencionado considerando V del fallo acerca de los derechos que ante una alteración contractual les asistiría en forma individual a los consumidores, y a las asociaciones si se hallaran en juego derechos de incidencia colectiva (fs. 161/163), pueda considerarse erróneo puesto que podría llegar a vaciar de contenido la protección que brinda el art. 43 de la Constitución Nacional (cf. voto del juez Petracchi, en el caso P.361.XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” sentencia del 21 de agosto de 2013), lo cierto es que se trata de expresiones *obiter dicta* que no integra la unidad lógico-jurídica que es la sentencia, pues no constituyen la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito, ni podría ser impedido en el futuro el acceso de la actora a la justicia sobre la base de tales consideraciones, razón por la que lo allí afirmado no le causa un gravamen actual y concreto que pueda ser examinado por el Tribunal.

5º) Que, en cuanto a la impugnación constitucional del plazo fijado por la resolución 175/2007 (art. 1º), corresponde señalar que –como lo indicaron los jueces de la causa– en tanto la modificación unilateral del contrato reúna las condiciones fijadas en el Anexo I de la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio –de sesenta días a un término no menor a los treinta días–, no se exhibe *per se* como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

Por último, tampoco resulta aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad, en tanto el apelante no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que lo exige la jurisprudencia del Tribunal (doctrina de Fallos: 320:2145; 321:3542; 322:2701; 328:2829; 329:4349, entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado en la presente, y se confirma la sentencia. Sin costas, en atención a que la demandada no –//–ha contestado el traslado del recurso extraordinario corrido a fs. 188. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



ENRIQUE S. PETRACCHI

Recurso extraordinario interpuesto por la **Unión de Usuarios y Consumidores**, **actora en autos**, representada por el **Dr. Horacio L. Bersten**, con el patrocinio letrado del **Dr. Flavio I. Lowenrosen**.

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° 12.**

---

## YPF SA (TF 27508-A) C/ DGA

### *DERECHOS DE EXPORTACION*

Corresponde revocar el pronunciamiento que, al dejar sin efecto la sentencia del Tribunal Fiscal, mantuvo el ajuste practicado, ya que la resolución 415/2009 dictada por el Administrador de la Aduana de Río Gallegos carece de motivación y también presenta un vicio en la causa, en tanto sus conclusiones no encuentran sustento fáctico suficiente en los dictámenes técnicos obrantes en el expediente administrativo, que no resultan suficientes para sustentar la decisión porque no determinan, con un método técnicamente válido, cuál es el valor real de mercado del gas natural, lo que impide evaluar si los precios de transacción de los contratos celebrados por la actora son bajos y, por ende, si constituyen una base imponible adecuada.

### *DERECHOS DE EXPORTACION*

El hecho de que se encuentre acreditado que YPF efectuó exportaciones de gas natural a Chile a precios similares a los que lo hicieron otras empresas del sector y la circunstancia de que el organismo de control -Secretaría de Energía- haya autorizado las exportaciones -lo que implica que verificó previamente los aspectos de mayor relevancia de las operaciones comerciales y que el precio y su fórmula de ajuste resultara comercialmente razonable y no discriminatorio, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6 de la ley 17.319 y la Res. S.E. 299/98-, permite afirmar que el organismo aduanero, para descartar el precio declarado por la actora y acudir a una base alternativa de valoración, debió haber extremado la prudencia y procedido de ese modo solo si hubiese contado con elementos irrefutables e inequívocos que sustentasen su criterio (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de octubre de 2013.

Vistos los autos: "YPF S.A. (TF 27.508-A) c/ DGA".

Considerando:

1º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación revocó la resolución 415/09 (AD RIGA) dictada por el Administrador de la Aduana de Río Gallegos, que había rechazado la impugnación deducida por YPF SA contra los cargos 116, 117, 118, 119, 120 y 121 –todos del año 2006– formulados a la mencionada empresa en concepto de diferencia de derechos de exportación, por el ajuste de valor de la mercadería declarada -gas natural- en los permisos de embarque nros. 05048EC01000577P, 05048EC01000646M; 06048EC01000055H, 06048EC01000274K, 06048EC000339M y 06048EC01000405G, por la suma de U\$S 1.090.393,06.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el mencionado tribunal señaló que el art. 747 del Código Aduanero autoriza a la Aduana a efectuar los ajustes previstos en el art. 748 solo cuando los antecedentes de los que dispusiere difirieran notoriamente del precio declarado por el exportador, en tanto que en el caso de autos la repartición aduanera no demostró que concurriera tal circunstancia.

Asimismo, sostuvo que los parámetros que tuvo en cuenta el Fisco para rechazar el valor declarado por la actora “revelan, en algunos casos, apartamiento del inc. b) del art. 748 del C.A., ya que computan la cotización de mercaderías distintas de las que debieron valorarse” (fs. 147). A ello agregó que el organismo aduanero no impugnó los valores declarados por la actora que surgen de los contratos respectivos, sino que elaboró una fórmula teórica de valor, en la que se tuvo en cuenta el indicador “Henry Hub” para establecer la cotización internacional de la mercadería exportada desde la Argentina. A juicio del mencionado tribunal, ese método no es aceptable pues el gas

natural argentino no reúne las características de un *commodity*.

Por otra parte, consideró que en virtud de lo dispuesto por el art. 6º de la ley 17.319, el art. 3º de la ley 24.076 y la resolución 299/98 de la Secretaría de Energía, los precios documentados por la empresa exportadora "debieron ser considerados como razonables" por la Secretaría de Energía y por la Dirección Nacional de Economía de los Hidrocarburos (fs. 149 vta.).

Sobre esa base afirmó en que si bien era cierto que la Secretaría de Energía, al autorizar las exportaciones, no aprobaba los contratos de exportación, para ello "debía verificar que los precios de exportación no fueran inferiores a los del mercado interno" (fs. 150 vta.). De tal manera, el Tribunal Fiscal juzgó que los precios acordados en los contratos entre el comprador y el vendedor eran razonables y no podían ser posteriormente impugnados por el servicio aduanero, "a fin de imposibilitar el escándalo jurídico por apreciaciones estatales distintas por los mismos hechos" (fs. 150 vta.). Asimismo, puso de relieve que de la compulsa de las exportaciones de gas natural efectuadas desde la Argentina, surge que en el período comprendido entre julio de 2004 y octubre de 2005, la actora exportó tal producto a los mismos precios unitarios FOB por metro, a los que también lo hicieron otras empresas exportadoras.

2º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal. En consecuencia, al así decidir, mantuvo el ajuste practicado por la Aduana.

3º) Que para llegar a esa conclusión, el tribunal de alzada sostuvo que la intervención de la autoridad de aplicación en el trámite de las autorizaciones de exportación de gas tuvo en miras asegurar el abastecimiento interno y que, con relación al precio, la información requerida tuvo como objetivo el "principio de no discriminación", para asegurar a los consumidores internos la posibilidad de adquirir gas en términos y condicio-

nes similares. Sobre esa base afirmó que las mencionadas autorizaciones de la autoridad estatal en materia de combustibles no obstaban a que el precio de transacción pudiera ser objetado por el servicio aduanero si éste consideraba que los valores documentados no se ajustaban a las pautas fijadas por el código de la materia (arts. 745 y sgtes.).

En síntesis, el a quo entendió que el servicio aduanero justificó adecuadamente la desestimación del valor de transacción documentado por la actora, y la aplicación del método establecido en el inc. b, del art. 748 del código de la materia.

4º) Que contra esa sentencia, la actora interpuso recurso ordinario de apelación a fs. 234/235, que fue concedido a fs. 236, y que resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 262/282 y su contestación por el organismo aduanero a fs. 286/292 vta.

5º) Que el Código Aduanero establece los principios generales y los métodos aplicables para determinar el valor en aduana de las mercaderías exportadas, que constituye la base de cálculo para la aplicación de los derechos de exportación *ad valorem* (confr. arts. 735 y siguientes).

La definición de valor que adopta el código, en materia de exportaciones, tiene por finalidad "permitir, en todos los casos, el cálculo de los derechos de exportación sobre la base del precio al que cualquier vendedor podría entregar la mercadería que se exportare, en los lugares a que se refiere el artículo 736, como consecuencia de una venta efectuada entre un vendedor y un comprador independientes uno del otro" (art. 745). Este concepto, según se expresa en la segunda parte del citado artículo 745, tiene un alcance general y es aplicable a todas las operaciones de exportación para consumo, aun en los supues-

tos en que no exista contrato de compraventa.

6º) Que el precio pagado o por pagar constituye la base principal de valoración (conf. arts. 735 y 746, ap. 1º, del Código Aduanero). La Exposición de Motivos del mencionado código muestra la clara preferencia de dicho ordenamiento por el empleo del precio de transacción que motiva la exportación como valor imponible, al expresar que "se ha procurado que las normas encuentren posibilidades de aplicarse en la mayor medida de lo posible, utilizando la documentación comercial que se presenta al despacho y las modalidades más frecuentes y habituales de venta". Por otra parte, los arts. 746, 747 y 748 del citado código establecen y regulan la facultad de la Aduana para apartarse del mencionado precio cuando éste no constituye una base idónea de valoración. Al respecto, la Exposición de Motivos puntualiza que tales artículos determinan dentro de un razonable equilibrio "cuándo un precio declarado puede ser sometido a justificación o prueba por parte del exportador y en qué casos está autorizado el servicio aduanero a valorar de conformidad con bases diferentes a la de dicho precio".

7º) Que si bien es cierto que la autoridad aduanera tiene un relativo margen de discrecionalidad para determinar el valor de las mercancías exportadas (Fallos: 286:225), ello no la exime de respetar los recaudos que el decreto-ley 19.549/72 exige para la validez de los actos administrativos, pues el ejercicio de facultades discretionales no implica en absoluto un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico (Fallos: 315:1361).

Al respecto, esta Corte tiene dicho que "la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discretionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se

ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias" (Fallos: 331:735 y sus citas; y causa M.53.XLIV. "Micheli, Julieta Ethel c/ EN - M° Justicia y DD.HH. - resol. 313/00 - s/ empleo público", Fallos: 332:2741).

8º) Que, para descartar el precio de la transacción como base para la valoración de la mercadería, la Resolución 415/2009 del Administrador de la Aduana de Río Gallegos expresó los siguientes fundamentos:

A) "Que las fluctuaciones sensibles de precios en el mercado internacional, que se producen entre el momento de concretarse la venta que motiva la exportación y el momento a que se refiere la norma de valoración autorizan a descartar el precio de transacción como base de valoración (...) si los precios varían sensiblemente hacia el alza o hacia la baja" (el resaltado no pertenece al texto original).

B) Que "el análisis realizado a los contratos de exportación de gas natural demuestra que sea cual fuere la metodología utilizada para el cálculo del precio de exportación, el resultado arroja un precio promedio que ronda en 1,50 U\$S/MMBTU, ello producto de las cláusulas contractuales (...) Que en el caso de las exportaciones de gas natural por ductos, sobre la base de la evolución de las cotizaciones, se interpreta que el precio pagado o por pagar no constituye una base idónea de valoración a los fines de la determinación del valor imponible por cuanto el mismo no reúne los requisitos exigidos por la definición de valor en materia de exportaciones en cuanto hace a los elementos 'momento' y 'precio'" (el resaltado no pertenece al texto original).

C) Que, por los motivos señalados, "se estimó conveniente tomar como base la prevista en el inciso b) [del artículo 748 del Código Aduanero] (...) formando el precio de las mercaderías en función de cotizaciones internacionales y demás paráme-

**tros de ajuste, en consideración a la modalidad de contrato de largo plazo celebrado (...) El precio del gas se formó (...) a partir de un precio 'base', computado desde el año 1999, período en que no se observan diferencias relevantes entre los precios de exportación de la República Argentina y las cotizaciones internacionales" (el resaltado no pertenece al texto original).**

**9º) Que, según la resolución mencionada, la demandada descartó el precio de la transacción porque consideró que el valor de mercado del gas por ductos -al momento de la valoración- era superior al precio promedio de 1,50 U\$S/MMBTU, que resultaba de la aplicación de las cláusulas contractuales.**

Ahora bien, para llegar a esa conclusión era necesario determinar -previamente y sobre la base de parámetros técnicamente fundados- cuál era el precio de mercado del gas por ductos.

Nada de esto dice la resolución impugnada. En su motivación se asume, sin dar explicaciones al respecto: a) que existe un precio del gas por ductos en el mercado internacional (aunque no se explicita cuál es), y b) que este precio internacional es sustancialmente superior al precio de transacción fijado por la empresa actora en sus contratos.

10) Que, además de la falencia señalada en su motivación, el acto impugnado presenta un vicio en la causa, ya que sus conclusiones no encuentran sustento fáctico suficiente en los dictámenes técnicos obrantes en el expediente administrativo.

En efecto, según los informes producidos por la Dirección Nacional de Economía de los Hidrocarburos, no es técnicamente correcto tomar precios internacionales de referencia para determinar el valor de mercado del gas natural por ductos exportado desde la República Argentina (ver fs. 179/195 de la Actuación Nro. 12779-428-2006/1).

Ello es así, pues "las condiciones de oferta y demanda

da del mercado de gas natural (...) determinan precios de equilibrio, pero solo son válidos a nivel regional, justamente porque las cantidades ofertadas y demandadas de este producto se encuentran acotadas geográficamente (...) Al tratarse de mercados regionales, las condiciones de oferta y demanda y los precios que se determinan de ellas, son independientes de los de un mercado no vinculado, no resultando razonable establecer referencias directas entre los precios de uno y otro, y menos aún considerar un solo precio a nivel mundial como precio de equilibrio de todos los mercados regionales que se mantienen aislados (...) La Argentina no está integrada al mercado de gas natural de América de Norte (...) Luego los precios que se determinan en EEUU, en particular en [el índice] Henry Hubb no fijan precios para el mercado local" (ver fs. 183 y 184 de la Actuación Nro. 12779-428-2006/1).

En tales condiciones, "en la actualidad, no existe un mercado de gas natural definido a nivel mundial, de cuyas transacciones surja un precio del gas natural que sea referencia internacional (...) En el caso específico del gas natural solo podrían ser considerados los mercados regionales que se encuentren adecuadamente integrados con vínculos físicos (...) En el mercado regional de gas natural del Cono Sur de América Latina (...) el mercado interno de la República Argentina es el preponderante en términos de escala a nivel absoluto y en términos relativos, tanto en producción como en consumo. En base a lo señalado, las condiciones imperantes en dicho mercado interno son las que se debería esperar que tuvieran la incidencia principal en la formación de los precios regionales" (ver fs. 186 de la Actuación Nro. 12779-428-2006/1).

11) Que tampoco da sustento al acto impugnado el informe técnico del Departamento Gestión Estratégica de Valor obrante a fs. 158/170 de la Actuación Nro. 12779-428-2006/1.

Ello es así, pues por un lado, coincide con los informes de la Dirección de Economía de los Hidrocarburos en cuan-

to a que no es válido comparar el precio del gas por ductos exportado desde la Argentina con el precio del gas en otros mercados regionales como, por ejemplo, el de los Estados Unidos (fs. 159 a 162).

Pero, por otra parte, toma como referencia esos valores internacionales y, sobre esa base, concluye que el precio fijado en los contratos celebrados por la actora es bajo y debe ser descartado (ver fs. 166, 167 de la Actuación Nro. 12779-428-2006/1 y Nota 107/2006 de fs. 1/6 de la Actuación Nro. 12834-95/2006).

En suma, los informes obrantes en las actuaciones administrativas tampoco resultan suficientes para sustentar la decisión de la Aduana porque no determinan, con un método técnicamente válido, cuál es el valor real de mercado del gas natural. Ello impide, evidentemente, evaluar si los precios de transacción de los contratos celebrados por la actora son bajos y, por ende, si constituyen una base imponible adecuada.

12) Que, sentado lo expuesto, cabe concluir que la resolución 415/2009 dictada por el Administrador de la Aduana de Río Gallegos carece de causa y motivación suficientes, lo que la torna ilegítima y nula, sin que quepa dispensar dichas falencias por haberse dictado en ejercicio de facultades discrecionales (Fallos: 324:1860).

Por ello, se revoca la sentencia. Con costas (artículos 68,

-//-primera parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENAI HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA

ENRIQUE S. PETRACCHI

CARMÉN M. ARGIBAY

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación revocó la resolución 415/09 (AD RIGA) dictada por el Administrador de la Aduana de Río Gallegos, que había rechazado la impugnación deducida por YPF SA contra los cargos 116, 117, 118, 119, 120 y 121 –todos del año 2006– formulados a la mencionada empresa en concepto de diferencia de derechos de exportación, por el ajuste de valor de la mercadería declarada –gas natural– en los permisos de embarque nros. 05048EC01000577P, 05048EC01000646M; 06048EC01000055H, 06048EC01000274K, 06048EC000339M y

06048EC01000405G, por la suma de U\$S 1.090.393,06.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el mencionado tribunal señaló que el art. 747 del Código Aduanero autoriza a la Aduana a efectuar los ajustes previstos en el art. 748 solo cuando los antecedentes de los que dispusiere difirieran notoriamente del precio declarado por el exportador, en tanto que en el caso de autos la repartición aduanera no demostró que concurriera tal circunstancia.

Asimismo, sostuvo que los parámetros que tuvo en cuenta el Fisco para rechazar el valor declarado por la actora "revelan, en algunos casos, apartamiento del inc. b) del art. 748 del CA, ya que computan la cotización de mercaderías distintas de las que debieron valorarse" (fs. 147). A ello agregó que el organismo aduanero no impugnó los valores declarados por la actora que surgen de los contratos respectivos, sino que elaboró una fórmula teórica de valor, en la que se tuvo en cuenta el indicador "Henry Hub" para establecer la cotización internacional de la mercadería exportada desde la Argentina. A juicio del mencionado tribunal, ese método no es aceptable pues el gas natural argentino no reúne las características de un *commodity*.

Por otra parte, consideró que en virtud de lo dispuesto por el art. 6º de la ley 17.319, el art. 3º de la ley 24.076 y la resolución nº 299/98 de la Secretaría de Energía, los precios documentados por la empresa exportadora "debieron ser considerados como razonables" por la Secretaría de Energía y por la Dirección Nacional de Economía de los Hidrocarburos (fs. 149 vta.).

Sobre esa base afirmó en que si bien era cierto que la Secretaría de Energía, al autorizar las exportaciones, no aprobaba los contratos de exportación, para ello "debia verificar que los precios de exportación no fueran inferiores a los del mercado interno" (fs. 150 vta.). De tal manera, el Tribunal Fiscal juzgó que los precios acordados en los contratos entre el comprador y el vendedor eran razonables y no podían ser poste-

riormente impugnados por el servicio aduanero, "a fin de imposibilitar el escándalo jurídico por apreciaciones estatales distintas por los mismos hechos" (fs. 150 vta.). Asimismo, puso de relieve que de la compulsa de las exportaciones de gas natural efectuadas desde la Argentina, surge que en el periodo comprendido entre julio de 2004 y octubre de 2005, la actora exportó tal producto a los mismos precios unitarios FOB por metro, a los que también lo hicieron otras empresas exportadoras.

2º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal. En consecuencia, al así decidir, mantuvo el ajuste practicado por la Aduana.

3º) Que para llegar a esa conclusión, el tribunal de alzada sostuvo que la intervención de la autoridad de aplicación en el trámite de las autorizaciones de exportación de gas tuvo en miras asegurar el abastecimiento interno y que, con relación al precio, la información requerida tuvo como objetivo el "principio de no discriminación", para asegurar a los consumidores internos la posibilidad de adquirir gas en términos y condiciones similares. Sobre esa base afirmó que las mencionadas autorizaciones de la autoridad estatal en materia de combustibles no obstaban a que el precio de transacción pudiera ser objetado por el servicio aduanero si éste consideraba que los valores documentados no se ajustaban a las pautas fijadas por el código de la materia (arts. 745 y sgtes.).

En síntesis, el a quo entendió que el servicio aduanero justificó adecuadamente la desestimación del valor de transacción documentado por la actora, y la aplicación del método establecido en el inc. b, del art. 748 del código de la materia.

4º) Que contra esa sentencia, la actora interpuso recurso ordinario de apelación a fs. 234/235, que fue concedido a fs. 236, y que resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus

accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 262/282 y su contestación por el organismo aduanero a fs. 286/292 vta.

5º) Que el Código Aduanero establece los principios generales y los métodos aplicables para determinar el valor en aduana de las mercaderías exportadas, que constituye la base de cálculo para la aplicación de los derechos de exportación *ad valorem* (confr. arts. 735 y siguientes).

La definición de valor que adopta el código, en materia de exportaciones, tiene por finalidad "permitir, en todos los casos, el cálculo de los derechos de exportación sobre la base del precio al que cualquier vendedor podría entregar la mercadería que se exportare, en los lugares a que se refiere el artículo 736, como consecuencia de una venta efectuada entre un vendedor y un comprador independientes uno del otro" (art. 745). Este concepto, según se expresa en la segunda parte del citado artículo 745, tiene un alcance general y es aplicable a todas las operaciones de exportación para consumo, aun en los supuestos en que no exista contrato de compraventa.

6º) Que el precio pagado o por pagar constituye la base principal de valoración (conf. arts. 735 y 746, ap. 1, del Código Aduanero). La Exposición de Motivos del mencionado código muestra la clara preferencia de dicho ordenamiento por el empleo del precio de transacción que motiva la exportación como valor imponible, al expresar que "se ha procurado que las normas encuentren posibilidades de aplicarse en la mayor medida de lo posible, utilizando la documentación comercial que se presenta al despacho y las modalidades más frecuentes y habituales de venta". Por otra parte, los arts. 746, 747 y 748 del citado código establecen y regulan la facultad de la Aduana para apartarse del mencionado precio cuando éste no constituye una base idónea de valoración. Al respecto, la Exposición de Motivos puntualiza que tales artículos determinan dentro de un razonable

equilibrio “cuándo un precio declarado puede ser sometido a justificación o prueba por parte del exportador y en qué casos está autorizado el servicio aduanero a valorar de conformidad con bases diferentes a la de dicho precio”.

7º) Que si bien es cierto que la autoridad aduanera tiene un relativo margen de discrecionalidad para determinar el valor de las mercancías exportadas –Fallos: 286:225–, ello no significa que pueda prescindir de las disposiciones que contiene el Código Aduanero sobre la materia y que delimitan dicha potestad (confr. arts. 746, 747 y 748).

8º) Que el servicio aduanero para apartárse del valor asignado por la actora a la mercadería exportada y considerar que correspondía valorarla sobre la base de lo dispuesto en el inc. b del art. 748, tuvo en cuenta en la resolución 415/2009 –que rechazó las impugnaciones formuladas contra los cargos– que las operaciones de gas natural se sustentan “en contratos de venta a largo plazo que contienen fórmulas de fijación de precios de compraventa, donde la evolución de precios entre las partes fueron acordados mediante una expresión matemática” (fs. 6 vta.), y que “las fluctuaciones sensibles de precios en el mercado internacional, que se producen entre el momento de concretarse la venta que motiva la exportación y el momento a que se refiere la norma de valoración autorizan a descartar el precio de transacción como base de valoración” (fs. 7). A su vez, se señaló que la evolución de las cotizaciones autoriza a interpretar que el precio de transacción declarado no constituye una base idónea de valoración a los fines de la determinación del valor imponible; por lo que “es necesario considerar el valor obtenido a partir de las cotizaciones internacionales de la mercadería flexibilizándolo para tener en cuenta las modalidades inherentes a la exportación y el mercado al cual la misma se ha de destinarse” (fs. 7 vta.).

Por otra parte, en la mencionada resolución se señala que las áreas con competencia en la determinación del valor im-

ponible, en el procedimiento previsto en la resolución general 620/99 (AFIP), descartaron el precio declarado y procedieron a determinar el valor imponible de conformidad con una de las bases supletorias previstas en el art. 748 del Código Aduanero –la contemplada en su inc. b– fijando el precio de las mercaderías “en función de cotizaciones internacionales y demás parámetros de ajuste, en consideración a la modalidad de contrato a largo plazo celebrado, sin tener en consideración la aplicación de valores ‘techo’ que distorsionen los efectos que producen la variación de la cotización internacional de otras fuentes de energía que resulten alternativas a las mercaderías objeto de exportación, es decir, el gas natural” (conf. fs. 7 vta./8 y, en el mismo sentido, el informe 107/06 a fs. 14 del expediente administrativo n° 12834-95-2006).

Como puede observarse, la Aduana ajustó el precio de las mercaderías –entre otras consideraciones– a partir de “cotizaciones internacionales”.

9º) Que el art. 748 del Código Aduanero establece que “cuando el precio pagado o por pagar no constituyere una base idónea de valoración a los fines de determinar el valor imponible en forma correcta, el servicio aduanero podrá apartarse del mismo en cuyo caso corresponderá utilizar como base de valoración la que mejor se adecue de las previstas a continuación:... b) el valor obtenido a partir de la cotización internacional de la mercadería, tomando en consideración las modalidades inherentes a la exportación”.

10) Que el mencionado inc. b autoriza al servicio aduanero a tomar como base supletoria de valoración la cotización internacional correspondiente a la misma mercadería cuyo valor es objeto de ajuste y no otra distinta, pues alude a “la cotización internacional de la mercadería”. En el caso de autos no corresponde la aplicación de ese método porque el gas natural argentino, al comercializarse en estado gaseoso a través de ductos, no constituye un commodity y, por tal motivo, carece de co-

tización internacional.

11) Que en este orden de ideas cabe poner de relieve que la propia Aduana admite en los informes técnicos producidos por la División Valoración de Exportación y el Departamento de Gestión Estratégica de Valor (conf. nota DV VEXP n° 1075/07 y nota n° 1500/07 -que comparte los términos de la nota 1075/07 (DV VEXP)-, obrantes a fs. 158/170 y 171/172, respectivamente, de las actuaciones administrativas 12779-428-2006/1) que el gas natural argentino no puede ser considerado un *commodity*. En efecto, en tales informes se expresó que para ello, sería preciso que su comercialización permita al mercado la libre oferta y demanda de aquél, que se desarrolle una infraestructura de transporte y de almacenamiento que comunique las fuentes de oferta con los distintos mercados, que las políticas energéticas adoptadas contribuyan a la determinación de precios competitivos que aseguren una rentabilidad suficiente y con ello promuevan la inversión de exploración y en explotación y que se admita la volatilidad propia de todo *commodity* y se cuente con un mercado ágil y dinámico; y se llegó a la conclusión de que "tales circunstancias no se verifican en la actualidad en la República Argentina, motivo por el cual el gas natural no puede ser concebido como un *commodity*".

A su vez, de la nota DNEH n° 358 obrante a fs. 179/180 de las mencionadas actuaciones administrativas surge que la Dirección Nacional de Economía de los Hidrocarburos dependiente de la Secretaría de Combustibles, de la Secretaría de Energía y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios coincide en que el gas natural no es un *commodity* porque "no se presentan con este producto, entre otras, las siguientes condiciones que interactúan entre sí: 1) Facilidad en el transporte y en el almacenamiento. 2) Interconexión física de los distintos mercados de demanda con los distintos mercados de oferta. 3) Operaciones de arbitraje entre los distintos mercados por inexistencia de barreras físicas, institucionales, etc. 4) Contrataciones regulares entre la oferta y

la demanda en base diaria. 5) Precios Internacionales de Referencia. 6) La no existencia de posibilidades físicas de realizar este intercambio se reflejan obviamente en que no se realizan transacciones en los mercados específicos de Estados Unidos sobre derivados financieros del mercado de gas natural, sobre Argentina".

12) Que en concordancia con ello, el Instituto Argentino de Petróleo y del Gas informó a fs. 51/53 que el gas natural argentino no reúne las características de un mercado de "commodities" en razón de que tal concepto "...refiere a bienes relativamente homogéneos, con altos volúmenes de comercialización, con mercados masivos, abiertos, tomadores de precios e impersonales, como el petróleo crudo, los combustibles, los granos y otros bienes fácilmente transables. Este fenómeno económico no acontece en el caso del gas natural argentino que solo accede a los mercados gasíferos de algunos países limítrofes como Chile, Uruguay y Brasil".

En similares términos, la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos afirma también que el gas natural no constituye un *commodity* (fs. 70/72).

13) Que, en síntesis, cabe concluir que dadas las particulares características de producción y comercialización del producto exportado, su valor no puede determinarse, como lo ha hecho la Aduana, sobre la base de una pretendida cotización internacional, pues el gas natural argentino carece de una cotización de esas características, como lo requiere el inc. b del art. 748.

14) Que, por último, el hecho de que se encuentre acreditado que YPF efectuó exportaciones de gas natural a Chile a precios similares a los que lo hicieron otras empresas del sector (conf. informe NOSIS agregado a fs. 62/102 de las actuaciones administrativas 12779-428/2006/1, elaborado por la consultoría Nosis S.A.), y asimismo, la circunstancia de que el organismo de control -Secretaría de Energía- haya autorizado las

exportaciones -lo que implica que verificó previamente los aspectos de mayor relevancia de las operaciones comerciales y, en lo que interesa al caso, que el precio y su fórmula de ajuste resultara comercialmente razonable y no discriminatorio, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6 de la ley 17.319 y la res. S.E. 299/98- permite afirmar que, en tales circunstancias, el organismo aduanero, para descartar el precio declarado por la actora y acudir a una base alternativa de valoración, debió haber extremado la prudencia y procedido de ese modo solo si hubiese contado con elementos irrefutables e inequívocos que sustentasen su criterio. En consecuencia, no resulta aceptable el ajuste realizado, como sucede en el caso, sobre la base de argumentos que no resultan concluyentes y cálculos que no se -//ajustan a los métodos alternativos previstos en el código de la materia.

Por ello, se revoca la sentencia. Con costas (arts. 68, primera parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

  
CARLOS S. FAYT

Recurso ordinario de apelación interpuesto por YPF SA, representada por el Dr. Juan Patricio Cotter.

Traslado contestado por la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas, representada por la Dra. Mara Valeria Drago.

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

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

CARBALLO DE POCHAT, VIOLETA SANDRA LUCIA  
C/ ANSES  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*

Cabe confirmar la sentencia que dejó sin efecto la decisión de la instancia anterior que había hecho lugar a la demanda y, en consecuencia, había ordenado el pago de una indemnización fundada en la responsabilidad atribuida al Estado Nacional por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar el homicidio de quien se desempeñaba como Gerente de Investigaciones Especiales, pues no se ha acreditado una falta de servicio imputable capaz de comprometer la responsabilidad del Estado Nacional.

*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*

La mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa, de modo que la obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar.

*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*

Cabe confirmar la sentencia que dejó sin efecto la decisión de la instancia anterior que había hecho lugar a la demanda iniciada, y en consecuencia, había ordenado el pago de una indemnización fundada en la responsabilidad atribuida al Estado Nacional por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar el homicidio de quien se desempeñaba como Gerente de Investigaciones Especiales, pues no se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la omisión endilgada al Estado y el perjuicio sufrido, ni se encuentra cumplido el recaudo de previsibilidad del daño, requisitos ineludibles para poder responsabilizar a aquél por un incumplimiento del deber de seguridad (Voto de los jueces Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi).

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1º) Que subsanadas las deficiencias relativas a la falta de intervención del Ministerio Público de la Defensa que señaló el Tribunal en su pronunciamiento de fs. 557/559, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó un nuevo fallo. Mediante éste dispuso revocar la decisión de la instancia anterior que había admitido la demanda iniciada contra la Administración Nacional de la Seguridad Social, y en consecuencia, había ordenado el pago de una indemnización fundada en la responsabilidad atribuida al Estado Nacional por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar el homicidio del doctor Alfredo María Pochat, ocurrido en la Delegación de la ciudad de Mar del Plata del mencionado organismo, en el que aquél se desempeñaba como Gerente de Investigaciones Especiales (fs. 635/641).

2º) Que, en lo que interesa, el tribunal a quo —en primer término— destacó que aun cuando las expresiones de agravios de ambas partes (fs. 595/604 y 608/609) contenían menciones de lo decidido en la anterior sentencia dictada por la Sala III del fuero —que fue anulada por el fallo del Tribunal indicado en el considerando 1º de la presente— y, en el caso de la actora, su escrito hacia referencia a los dictámenes emitidos por los defensores oficiales, ambas presentaciones, en cuanto contenían los agravios centrales generados por el decisorio apelado, reunían las condiciones mínimas para considerarlas debidamente fundadas.

Asimismo, tras efectuar una reseña de los principales hechos que dieron origen a esta causa, la cámara fijó el tema que debía dilucidar, en los siguientes términos: "...la cuestión

de fondo debatida en autos,...consiste en determinar el alcance del deber de seguridad a cargo del Estado Nacional a fin de atribuirle o no responsabilidad por falta de servicio por no haber tomado (según la imputación formulada por la parte actora como sustento de su pretensión indemnizatoria), las medidas de prevención necesarias para evitar el asesinato del Dr. Pochat". Dicha pretensión, según lo señaló aquel tribunal, fue fundada en el escrito de inicio de esta acción en las previsiones de los arts. 1112 y 1074 del Código Civil (ver considerandos VII a IX de la sentencia, a fs. 636 vta./637).

3º) Que, tras recordar que la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de sus órganos es directa y se encuentra fundada en la idea objetiva de falta de servicio (art. 1112 del Código Civil), la cámara acudió a la cita de reconocida doctrina para afirmar que cuando se pretende atribuir responsabilidad a algún órgano del Estado por sus omisiones, para medir la actuación irregular es cierto que no sólo deberán ser tenidas en cuenta "...las obligaciones establecidas en las leyes y reglamentos, sino también los denominados estándares de responsabilidad, en cada caso, sobre la base de las circunstancias inherentes a la naturaleza de los deberes de la administración y a las posibilidades concretas que hacen al incumplimiento irregular de las obligaciones que las normas legales y reglamentarias y, en su caso, los preceptos constitucionales imponen a los agentes públicos". Sin embargo, puso énfasis en que: "...para que proceda la responsabilidad contra un órgano del Estado se debe tratar de situaciones en las que estando la función o conducta supuestamente omitida en la órbita de su competencia, y siendo esperable que aquél actúe de un modo determinado, por una imposición legal o por ser ello inherente a sus funciones y razonablemente esperable, aquél incurra en una falta o ejercicio irregular del servicio" (fs. 637 vta./638).

Desde esta perspectiva, el tribunal a quo ponderó las siguientes circunstancias: a) que "...la ANSES no tiene a su cargo

el servicio público de la seguridad de los ciudadanos sino la función administrativa de la seguridad social de los jubilados y pensionados...”, dicho más claramente, “...que ningún funcionario de la ANSES pudo haber cumplido de manera irregular sus obligaciones legales respecto de la seguridad del Dr. Pochat, dado que jamás ningún funcionario o agente de la ANSES tuvo sobre sí la obligación legal de atender a la seguridad personal de aquél”; b) que “la ANSES es una oficina pública, con acceso libre e irrestringido de cualquier persona, donde no existen controles respecto de los elementos que aquéllas pudieran ingresar entre sus efectos personales a dicho edificio y que pudieran representar cierta peligrosidad para los empleados y el público en general” (fs. 638); c) que si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, “...no es razonable asignar a ese deber genérico un alcance de tal amplitud que lleve a la absurda consecuencia de convertir a éste en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito extraño a su intervención directa...”, ni corresponde convertir al Estado en un “...asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder”, afirmaciones que basó en la cita de los fallos dictados por la Corte Suprema en los casos “López Casanegra”, el 15/8/2006, y “Cohen”, el 30/5/2006 (fs. 638 vta.).

En este orden de ideas, consideró que aun teniendo en cuenta la personalidad del señor Andreo (autor del homicidio del doctor Pochat, y esposo de quien se desempeñaba como Jefa de la Delegación de la ANSES en la ciudad de Mar del Plata), y el clima de tensión que –según se adujo– se vivía en dicha dependencia, tales extremos no resultaban suficientes para responsabilizar al Estado puesto que se trató de “...un hecho a todas luces impredecible, cuyo resultado lesivo en modo alguno hubiera podido ser evitado...”, en especial, teniendo en cuenta que conforme a las manifestaciones hechas al personal de la repartición, el señor Andreo había concurrido con la única finalidad de hacer entrega de un certificado médico tendiente a justificar la ausen-

cia de su esposa, de manera tal que "...mal podía presumirse o suponerse por parte del personal de la ANSES, que en el momento de su ingreso a la dependencia el autor del hecho portaba un arma de fuego, con intención de agredir al Dr. Pochat..." (fs. 638 vta. y 639 vta., último párrafo). En el concepto de la cámara, a lo antes relatado debía sumarse el hecho de que "...el Dr. Pochat por su propia voluntad recibió a Andreo en su despacho el día del fatídico suceso...cuando podía haber eludido dicho encuentro con cualquier excusa a través de sus secretarías, en caso de haber temido alguna reacción violenta de aquél frente a la decisión tomada por su parte de separar a la Sra. Albanesi de la Jefatura" (fs. 638 vta./639).

Asimismo, puso especial énfasis en señalar la ausencia de un nexo causal entre la conducta que habría sido omitida y el daño sufrido, recaudo cuya concreta demostración resulta ineludible para tener por configurado un supuesto de responsabilidad estatal, puesto que es preciso constatar si los daños ocurridos fueron una consecuencia directa e inmediata de la actuación de los órganos de poder. Al respecto, según lo expresó, de la prueba colectada resultaban varias circunstancias que -sumadas a las anteriormente relatadas- habrían interferido en dicha relación de causalidad, a saber: el hecho de que la Delegación de la ANSES Mar del Plata disponía de un agente policial; que a nadie le constaba que el doctor Pochat hubiera sufrido amenazas a raíz de la investigación que estaba llevando a cabo, ni que tuviera algún temor fundado por lo que le podría ocurrir a él, a sus allegados, o bienes; que el doctor Pochat no solicitó a las autoridades de la ANSES custodia personal o refuerzos del personal de seguridad (fs. 639/639 vta.).

El tribunal a quo también descartó la responsabilidad que, con invocación del art. 1074 del Código Civil, se le imputa al personal del organismo demandado por haber omitido advertir al doctor Pochat que se hallaba en una eventual situación de peligro. Al respecto, en la sentencia se señaló que: "...el personal de la repartición demandada no omitió el cumplimiento de una

conducta debida o exigible en función de su cargo, incumbencias y situación dentro de la entidad [art. 512 del Código Civil]; pues aparte de no encontrarse en el ámbito de sus obligaciones el impedir el ingreso del señor Andreo a las dependencias del ente o de verificar los elementos que portaba (en el caso, el arma empleada para consumar el homicidio), tampoco resultaba razonable ni prudencialmente exigible que advirtieran al auditor la existencia de una supuesta situación de peligro para su persona -de carácter meramente conjetural-, que por lo demás tampoco era distinta de cualquier otra resultante de la actuación de un funcionario con las instrucciones y cometidos de un auditor o interventor, que fue contratado precisamente para investigar la real existencia de conductas ilícitas en el ámbito de la reparación pública" (fs. 640/640 vta.).

4º) Que, por último, la cámara al examinar la argumentación introducida en el escrito de ampliación de la demanda (fs. 90/92) acerca de la supuesta responsabilidad contractual del Estado como consecuencia del contrato de locación de servicios suscripto con el doctor Pochat, afirmó que no surgía de "...su espíritu ni de su letra...la asunción de una específica obligación de seguridad por parte de la ANSES..." hacia aquél en el cumplimiento de su función, razón por la que correspondía atender a los principios de orden general ya expuestos en la sentencia que descartaban la existencia de responsabilidad del ente demandado.

A ello agregó que correspondía desestimar el planteo contenido en la aludida ampliación de demanda, pues carecía de toda "...fundamentación seria y concreta en extremos fácticos conducentes y relevantes..." para sustentar el reclamo (fs. 641).

5º) Que contra la sentencia la parte actora interpuso el recurso ordinario de apelación de fs. 643/644, que fue concedido por el a quo mediante el auto de fs. 646. Obra a fs. 652/669 el memorial de agravios presentado por aquélla, y a fs. 672/677, la contestación de la parte demandada.

6º) Que el recurso ordinario interpuesto es formalmente admisible, pues se dirige contra una sentencia definitiva dictada en una causa en la que la Nación es parte y el valor disputado en último término, supera el monto mínimo previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708, y la resolución 1360/91 de esta Corte.

7º) Que la parte actora ha traído a conocimiento del Tribunal los agravios que a continuación se reseñan:

a) Aduce que la sentencia trató de un modo dogmático y tangencial su planteo relativo a que el recurso de apelación de la demandada debió ser declarado desierto (art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues presentaba diversas deficiencias (ausencia de una crítica concreta y razonada; remisión a presentaciones anteriores de la parte, y a la sentencia de la Sala III del fuero que había sido dejada sin efecto por el Tribunal) -fs. 657/658-;

b) Sostiene que "LA CAMARA NO CONSIDERÓ LA ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA POR MI PARTE DESDE EL INICIO DEL PLEITO EN EL SENTIDO DE QUE EL ANSES ERA LOCATARIO DE SERVICIOS, POR LO QUE POSEÍA UN DEBER DE SEGURIDAD...". En este sentido, reseña la opinión de cierta doctrina acerca de la obligación tácita de seguridad que se hallaría comprendida en todo contrato de locación de servicios -fs. 658 vta./659-, y agrega: "Podemos aseverar -en el orden de ideas al que nos estamos refiriendo-...que, en rigor, todo aquel que recibe trabajo de terceras personas está obligado a brindarle a éstos seguridades mínimas, debe asumir un deber de seguridad, de protección física hacia esas personas". Según lo expresa, dicho deber de seguridad atañe tanto al empleo privado como al público, aseveración que funda en la ley de contrato de trabajo (art. 75 de la ley 20.744), en la ley de accidentes de trabajo (art. 1º de la ley 9688 y sus modificaciones), y en las opiniones de la doctrina que transcribe -fs. 659 vta./661-;

c) Afirma que de la abundante prueba reunida en estos autos y en la causa penal puede colegirse que: "**ERA PÚBLICO PARA**

LAS AUTORIDADES DEL ANSES...QUE ANDREO SIEMPRE PORTABA ARMAS Y TENÍA LIBRE ACCESO A LAS INSTALACIONES. EL DÍA DEL HECHO NADIE IMPIDIÓ SU INGRESO A PESAR DE LOS DESPIDOS DISPUESTOS, ENTRE LOS CUALES SE ENCONTRABA EL DE SU ESPOSA Y DE LAS AMENAZAS DE MUERTE QUE EL HOMICIDA HABÍA PROFERIDO" -fs. 662 vta.-.

Según refiere, el homicida del doctor Pochat, si bien no formaba parte de la estructura laboral de la ANSES, "...entraba en el organismo y sus dependencias internas con más libertad que un funcionario, formaba parte del sistema del organismo, en especial del sistema corrupto que allí reinaba", y "...ejercía su poder dentro del mismo...", sin que nadie se lo impidiera ni se tomara ninguna medida de precaución al respecto, pese a que "...la peligrosidad de ANDREO, su carácter de malviviente, pendenciero y de partícipe de los actos de corrupción..." eran circunstancias de público conocimiento en el organismo demandado -fs. 662 vta./663 y 663 vta.-.

Sostiene, que el ente demandado no puede ser exonerado de responsabilidad por el hecho de que se tratara de una oficina pública de libre acceso, puesto que lo que se reprocha es el "...libre acceso al despacho..." asignado al doctor Pochat, quien por las peculiares funciones que cumplía debió haber contado "...con alguna medida adicional de seguridad" -ver fs. 663 vta.-.

Asimismo, afirma que en ningún momento se le ofreció al doctor Pochat "...la opción de tener custodia personal, ni de intensificar los operativos de seguridad". "El Dr. Pochat accedió a ver a ANDREO el día en que éste terminara con su vida, no porque no considerara que éste no fuera peligroso, sino porque no tenía otra opción, ya que nadie del organismo habría tomado las medidas tendientes a obligarlo a retirarse del establecimiento" -fs. 664-.

Manifiesta que los precedentes del Tribunal citados por la sentencia son inadecuados para resolver el caso puesto que se trata de situaciones fácticas notoriamente diferentes -fs. 664/665-.

Por último, expresa que la sentencia debe ser anulada porque no ha ponderado la prueba rendida en la causa –en especial, la testimonial– relativa a la peligrosidad del señor Andreo, la libertad con la que se conducía en las oficinas de la demandada a las que concurría armado, el clima atemorizante que se vivía en la ANSES durante la investigación realizada por el doctor Pochat, y la admisión por parte de los propios empleados de la demandada, en el sentido de que hubo un incumplimiento en el deber de seguridad. En este sentido, destaca las expresiones vertidas en las declaraciones del entonces Director Ejecutivo de la ANSES, señor Alejandro Bramer; del señor Bernardo Solá, a cargo de la Oficina de Investigaciones Especiales, y de la testigo Nora Graciela Iturraspe –fs. 666/669–.

8º) Que, en primer término, corresponde señalar que los agravios referidos en los apartados a y b del considerando anterior deben ser desestimados.

El primero, porque traduce una mera discrepancia con el criterio del tribunal a quo que, en el ejercicio de facultades privativas de los jueces de la causa, consideró suficientemente fundado el recurso de apelación de la demandada. En efecto, la decisión recurrida –pese al desarrollo argumental escuetto– no presenta los vicios que el apelante le endilga, pues en aquélla se ponderó que la presentación examinada permitía tomar conocimiento de los agravios expuestos y, se expresó que no obstaba a la procedencia del recurso el hecho de contener la mención de actuaciones anteriores obrantes en la causa, pues ambas partes acudieron en sus escritos (fs. 595/604 y 608/609) a dicha clase de menciones.

El segundo, porque la afirmación de que la sentencia no consideró que en el contrato de locación de servicios suscripto entre las partes se hallaba insito un deber de seguridad, no se compadece con el expreso tratamiento que sobre el particular contiene su considerando XV.

Efectivamente, por una parte, allí se expresó que ni de la letra ni del espíritu del acuerdo firmado surgía la asunción de un específico deber de seguridad por parte de la ANSES (ver contrato agregado a fs. 47/49), razón por la que correspondía acudir a los deberes ordinarios y normales de seguridad y custodia según el estándar vigente para la época de los hechos examinados.

Por la otra, en la sentencia se hizo una expresa alusión a que la ampliación de demanda en la que se pretende introducir el tema carece de una mínima fundamentación seria y concreta, hecho que resulta con claridad de la sola lectura del escrito de fs. 90/92.

A ello cabe agregar que las simples manifestaciones de la apelante en el sentido de que el deber de seguridad que debía brindar el Estado se funda en la relación laboral que unía a las partes –además de su notoria insuficiencia–, traducen la variación de la postura asumida en el transcurso del pleito. Así, en un principio, aquélla pretendió fundar su derecho en la alegación del art. 16, inciso 1º, de la ley de empleo público 25.164 (fs. 486 vta.); posteriormente, se limitó a citar el “...art. 75 de la ley 20.744, hoy reemplazado por el régimen del riesgo del trabajo” (fs. 536 vta.), y finalmente, en el recurso que aquí se examina, además de mencionar la última norma, adujo que el deber de seguridad resultaba de las previsiones contenidas en el art. 1º de la ley de accidentes de trabajo 9688 y sus modificatorias (fs. 661).

9º) Que, aclarados estos aspectos, según resulta de los restantes agravios expuestos en el memorial, la cuestión que debe resolver el Tribunal consiste en establecer si se halla comprometida la responsabilidad extracontractual del Estado por la falta de servicio que se imputa, razón por la que es pertinente recordar el criterio que, al respecto, establece la jurisprudencia de esta Corte.

En este sentido, reiteradamente se ha expresado que

cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación, esto es, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. En efecto, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (*Fallos: 321:1124; 330:2748 y 333:1623*).

Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio ha sido definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular y, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En consecuencia, el factor de atribución genérico deberá ser examinado en función de los elementos antes mencionados, mediante los que será posible aplicar en el caso concreto aquella regla general (considerando 6º, del caso "Mosca", registrado en *Fallos: 330:563*).

Con particular referencia al deber de seguridad, el Tribunal ha sostenido que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (*Fallos: 312:2138; 313:1636; 325:1265 y 3023; 326:608, 1530 y 2706*). Asimismo, expresó que la "...obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar..." (*Fallos: 321:1124*, considerando 7º).

También es pertinente recordar que el Tribunal con frecuencia ha admitido la responsabilidad derivada de las acciones estatales, aunque no ha ocurrido lo mismo con las omisiones.

En efecto, sobre la base de distinguir los supuestos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que se puede identificar una clara falta de servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible, esta Corte ha expresado que la responsabilidad estatal por la omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un **juicio estricto** y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (considerando 6º, del citado caso "Mosca").

Por último, y como recaudos de orden genérico, esta Corte ha mantenido en forma constante que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio de los órganos estatales requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular y que ello importa la carga de demostrar la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al órgano estatal (Fallos: 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699, entre muchos otros).

10) Que, en el caso, la responsabilidad que se le imputa a la Administración Nacional de la Seguridad Social por el incumplimiento en el deber de seguridad, consiste –en palabras del propio apelante– en que pese a las peculiares condiciones en que el doctor Pochat cumplió sus funciones como Gerente de Investigaciones Especiales en la sede de la ciudad de Mar del Plata, no se instrumentó ninguna medida adicional de seguridad; existía un "...libre acceso al despacho..." en el que aquél desempeñaba su actividad; no se le ofreció "...la opción de tener custo-

día personal, ni de intensificar los operativos de seguridad" y, si bien, el día en que se produjo el homicidio el doctor Pochat había recibido al señor Andreo, ello no obedeció a que no considerara a éste como un individuo peligroso, sino a que "...no tenía otra opción, ya que nadie del organismo habría tomado las medidas tendientes a obligarlo a retirarse del organismo" (fs. 663 vta. y 664).

11) Que puesto que el apelante cita en apoyo de sus manifestaciones, en especial, los testimonios brindados por el señor Alejandro Bramer -Director Ejecutivo de la ANSES- (fs. 248/252), por el señor Bernardo Solá -a cargo de la Oficina de Investigaciones Especiales- (fs. 317/318) y por la testigo Nora Graciela Iturraspe (fs. 377), antes de examinar la procedencia o no de sus agravios, resulta pertinente repasar el contenido de dichas declaraciones.

De la primera de ellas, se desprende que el servicio de seguridad estaba a cargo de la Policía Federal -Área Especial de Seguridad-, dependencia que coordinaba la seguridad de las distintas delegaciones y oficinas de la ANSES (fs. 251); dicha seguridad era brindada generalmente por un policía para toda la delegación -aunque algunos testimonios han hecho alusión a dos efectivos policiales-, y el día del homicidio se hallaba cumpliendo el servicio en la sede de la ANSES de la Ciudad de Mar del Plata, un policía, el cabo Daniel Adolfo Artieda (ver también los testimonios de fs. 265 vta., 377 vta., y 378 de estas actuaciones y de fs. 52 de la causa penal acompañada). Ello concuerda con lo expresado por el señor Bernardo Solá en el sentido de que "Generalmente en todas las delegaciones del país por tratarse de organismos nacionales había un policía de la Policía Federal en la puerta. Era la regla". Asimismo, no se efectuaba en estas dependencias ningún control del ingreso o egreso de las personas que concurrián ni de los efectos que ellas portaban (fs. 317 vta./318), pues como lo expresó el Interventor Normalizador de la ANSES, por tratarse de oficinas en las que se atiende al público en general para la realización de trámites admis-

nistrativos, cualquier ciudadano tenía libre acceso a las Delegaciones de la ANSES (fs. 266).

Con respecto a si por el hecho de que se investigaran hechos de corrupción era de práctica adoptar alguna medida especial de seguridad, o si esto último había ocurrido a partir del homicidio del doctor Pochat, el Director Ejecutivo de la ANSES, respondió que "...en el ANSES se visitaron muchas Delegaciones, tuvieron casos de corrupción en varios lugares y en general, quienes debían actuar tenían siempre la instrucción precisa de tomar ciertas precauciones que significaban el poder pedir la colaboración en cada caso de la Policía Federal, la intervención del Área de Seguridad de la ANSES y la actuación de los juzgados y fiscales en cada una de las jurisdicciones...", y que con posterioridad a la muerte del doctor Pochat, lo que hicieron "...fue recordar y reformular estas recomendaciones que debían cumplirse estrictamente" (fs. 249 vta./250).

Asimismo, expresó que si quienes intervenían en esta clase de investigaciones consideraban que era necesario adoptar medidas especiales o distintas a las habituales, no se requerían al Director Ejecutivo de la ANSES, sino que era una "decisión particular de aquéllos que intervenían en los hechos como consecuencia de las investigaciones", quienes disponían de la posibilidad de acceso a las autoridades judiciales y policiales a fin de pedir su intervención. Con particular referencia a si el doctor Pochat había solicitado alguna medida especial de seguridad, respondió que no le constaba que eso haya sucedido (fs. 251; ver en el mismo sentido, lo testimoniado a fs. 266/266 vta.), y en cuanto a si por las funciones que aquél desempeñaba en la ANSES estaba obligado a recibir personalmente al señor Andreo, contestó terminantemente: "la respuesta es no" (fs. 251 vta.).

Por otra parte, atendiendo a las argumentaciones de la apelante, corresponde señalar que no es un hecho controvertido en la causa que el señor Andreo -esposo de la Jefa de la Delegación en que ocurrieron los hechos- concurría "muy asiduamen-

te" a dicha sede de la ANSES, y según las manifestaciones del personal –además de su carácter agresivo–, pese a ser un tercero ajeno al organismo administrativo, se comportaba “como si tuviera funciones dentro de la delegación...”, incluso, dando órdenes de manera autoritaria. También resulta de la declaración brindada por la testigo Iturraspe que una sola vez ésta había visto en forma directa que el señor Andreo llevaba un arma, “...pero su esposa comentaba que las portaba permanentemente”, hecho que fue admitido por el señor Andreo en sede penal (ver fs. 377/377 vta. y 249/249 vta. de estas actuaciones, y fs. 98; 99/101; 415; 772 y 1199 vta. de la causa penal acompañada).

Por último, como lo puso de relieve el tribunal a quo, no hay constancia alguna de que el doctor Pochat haya denunciado haber sufrido amenazas, ni informalmente hizo saber a las autoridades de la ANSES algún hecho puntual que pudiera poner en riesgo su vida. Avala esta última aseveración, lo manifestado por el testigo Bernardo Solá acerca de que las habituales conversaciones que mantuvo con aquellas autoridades y con el doctor Pochat versaron –de modo genérico– sobre la tranquilidad que suponía en este caso, y en otros anteriores, el hecho de poder afectar con las investigaciones llevadas a cabo distintos intereses económicos (fs. 317/318). Tampoco se ha invocado ni hay indicios que permitan concluir que estaba en el conocimiento de las autoridades del organismo demandado, lo manifestado por la testigo Iturraspe, en el sentido de que luego de ocurridos los hechos recordó con sus compañeros de trabajo la frase que en una oportunidad, en su presencia, había pronunciado la esposa del señor Andreo en el sentido de que “si a ella la despedían se iba a llevar a unos cuantos con ella...y que Armando iba a ir a matarlos” (fs. 99 vta. de la causa penal; ver también, a fs. 249 vta. de estas actuaciones, la contestación dada por el testigo Alejandro Bramer a la pregunta DÉCIMO TERCERA obrante a fs. 246 vta.).

12) Que, en cuanto a la solución del caso concierne, corresponde ponderar el cúmulo de testimonios obrantes en la

causa penal, acerca de que el día en que se produjo el homicidio del doctor Pochat, el señor Andreo ingresó a la sede de la ANSES y en todo momento se lo vio "tranquilo", "muy calmo", estableció un diálogo con el personal "hablando en forma normal y natural", y con el objeto de hacer entrega de un certificado médico de su esposa, esperó ser atendido, primero, por el señor Interventor, y luego, por el doctor Pochat, quien "invita a pasar" al señor Andreo al despacho en el que ambos mantuvieron la reunión que culminó con los disparos efectuados por el señor Andreo con un arma que llevaba oculta bajo sus ropas (ver en especial, fs. 96/98; 170/171 y 1197/1212 de la causa penal).

13) Que a la luz de los principios jurisprudenciales reseñados en el considerando 9º de esta sentencia, y de los hechos relatados precedentemente, cabe concluir que no se ha acreditado en autos una falta de servicio imputable capaz de comprometer la responsabilidad del Estado Nacional.

En efecto, la participación del doctor Pochat en investigaciones anteriores de similar tenor llevadas a cabo en otras sedes de la ANSES (ver fs. 250 y 317/318), y la existencia –no controvertida– de una instrucción o recomendación en el sentido de que quienes intervenían en aquéllas debían tomar ciertas precauciones, unido al hecho de que el organismo demandado funcionaba como una oficina pública de acceso irrestringido, permiten afirmar que conforme a un obrar prudente y con el pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil), quien llevaba adelante esta peculiar tarea debía evaluar, y de ser necesario, solicitar las medidas adicionales de seguridad que estimara pertinentes (vgr. contar con una custodia personal, o con la presencia policial en el acceso a su despacho).

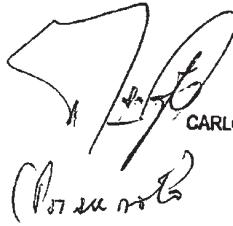
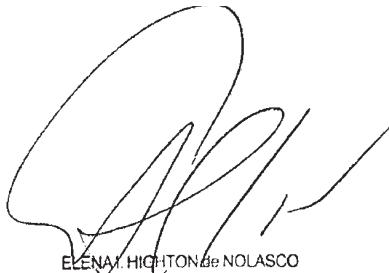
De aquí se sigue que se pueda afirmar que no existe en el caso de autos una omisión por parte del demandado al deber de seguridad; antes bien, como se manifestó, la víctima no había solicitado una custodia policial adicional que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado

en una obligación preexistente. Tal como surge de la doctrina recordada *ut supra* cuando la responsabilidad del Estado se funda en mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (conf. doctrina del precedente "Mosca" ya citado).

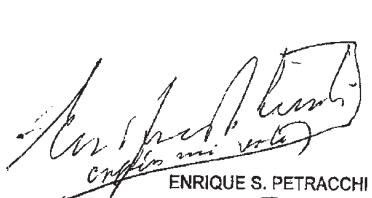
14) Que, lo hasta aquí expuesto, es decisivo para mantener el pronunciamiento de la instancia anterior en cuanto consideró incumplidos los recaudos precedentemente examinados, a los fines de responsabilizar al Estado por la falta de servicio imputada.

15) Que, como consideración final, es pertinente poner de relieve que las razones expuestas en la sentencia para descartar un supuesto de responsabilidad del Estado en los términos del art. 1074 del Código Civil, por la omisión que se le endilgó al personal de la repartición demandada en el sentido de no haber advertido al doctor Pochat sobre la situación de peligro en la que se hallaría (ver lo reseñado en el considerando 3º de la presente, último párrafo), no han merecido ninguna clase de réplica en el memorial presentado ante el Tribunal.

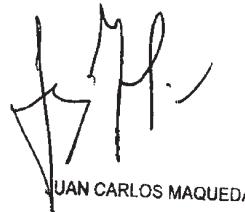
-//Por ello, se rechaza el recurso ordinario interpuesto y se confirma la sentencia. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención a las particularidades del caso. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



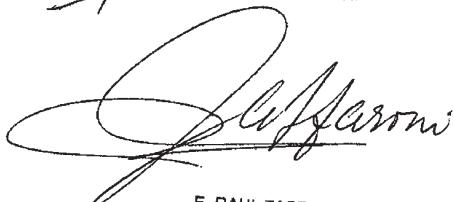
ELENAY HIGHTON DE NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
*(R) su voto*



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



VO-//

E. RAÚL ZAFFARONI

-//TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y  
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los suscriptos comparten los fundamentos expresados en los considerandos 1º al 8º del voto que antecede.

9º) Que, aclarados estos aspectos, según resulta de los restantes agravios expuestos en el memorial, la cuestión que debe resolver el Tribunal consiste en establecer si se halla comprometida la responsabilidad extracontractual del Estado por la falta de servicio que se imputa, razón por la que es pertinente recordar el criterio que, al respecto, establece la jurisprudencia de esta Corte.

En este sentido, reiteradamente se ha expresado que cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación, esto es, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. En efecto, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (*Fallos: 321:1124; 330:2748 y 333:1623*).

Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio ha sido definida por esta Corte como una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular y, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En consecuencia, el factor de atribución genérico deberá ser examinado en función de los elementos antes mencionados, mediante los que será posible aplicar en el caso concreto aquella regla general (considerando 6º, del caso "Mosca", registrado en *Fallos: 330:563*).

Con particular referencia al deber de seguridad, el Tribunal ha sostenido que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (*Fallos: 312:2138; 313:1636; 325:1265 y 3023; 326:608, 1530 y 2706*). Asimismo, expresó que la "...obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar..." (*Fa-*

llos: 321:1124, considerando 7º).

También es pertinente recordar que el Tribunal con frecuencia ha admitido la responsabilidad derivada de las acciones estatales, aunque no ha ocurrido lo mismo con las omisiones.

En efecto, sobre la base de distinguir los supuestos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que se puede identificar una clara falta de servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible, esta Corte ha expresado que la responsabilidad estatal por la omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (considerando 6º, del citado caso "Mosca").

Por último, y como recaudos de orden genérico, esta Corte ha mantenido en forma constante que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio de los órganos estatales requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular y que ello importa la carga de demostrar la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al órgano estatal (Fallos: 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699, entre muchos otros).

10) Que, en el caso, la responsabilidad que se le imputa a la Administración Nacional de la Seguridad Social por el incumplimiento en el deber de seguridad, consiste –en palabras del propio apelante– en que pese a las peculiares condiciones en que el doctor Pochat cumplió sus funciones como Gerente de Investigaciones Especiales en la sede de la ciudad de Mar del Plata, no se instrumentó ninguna medida adicional de seguridad;

existía un "...libre acceso al despacho..." en el que aquél desempeñaba su actividad; no se le ofreció "...la opción de tener custodia personal, ni de intensificar los operativos de seguridad" y, si bien, el día en que se produjo el homicidio el doctor Pochat había recibido al señor Andreo, ello no obedeció a que no considerara a éste como un individuo peligroso, sino a que "...no tenía otra opción", ya que nadie del organismo habría tomado las medidas tendientes a obligarlo a retirarse del organismo" (fs. 663 vta. y 664).

11) Que puesto que el apelante cita en apoyo de sus manifestaciones, en especial, los testimonios brindados por el señor Alejandro Bramer -Director Ejecutivo de la ANSES- (fs. 248/252), por el señor Bernardo Solá -a cargo de la Oficina de Investigaciones Especiales- (fs. 317/318) y por la testigo Nora Graciela Iturraspe (fs. 377), antes de examinar la procedencia o no de sus agravios, resulta pertinente repasar el contenido de dichas declaraciones.

De la primera de ellas, se desprende que el servicio de seguridad estaba a cargo de la Policía Federal -Área Especial de Seguridad-, dependencia que coordinaba la seguridad de las distintas delegaciones y oficinas de la ANSES (fs. 251); dicha seguridad era brindada generalmente por un policía para toda la delegación -aunque algunos testimonios han hecho alusión a dos efectivos policiales-, y el día del homicidio se hallaba cumpliendo el servicio en la sede de la ANSES de la Ciudad de Mar del Plata, un policía, el cabo Daniel Adolfo Artieda (ver también los testimonios de fs. 265 vta., 377 vta., y 378 de estas actuaciones y de fs. 52 de la causa penal acompañada). Ello concuerda con lo expresado por el señor Bernardo Solá en el sentido de que "Generalmente en todas las delegaciones del país por tratarse de organismos nacionales había un policía de la Policía Federal en la puerta. Era la regla". Asimismo, no se efectuaba en estas dependencias ningún control del ingreso o egreso de las personas que concurrian ni de los efectos que ellas portaban (fs. 317 vta./318), pues como lo expresó el Interventor Normali-

zador de la ANSES, por tratarse de oficinas en las que se atiende al público en general para la realización de trámites administrativos, cualquier ciudadano tenía libre acceso a las Delegaciones de la ANSES (fs. 266).

Con respecto a si por el hecho de que se investigaran hechos de corrupción era de práctica adoptar alguna medida especial de seguridad, o si esto último había ocurrido a partir del homicidio del doctor Pochat, el Director Ejecutivo de la ANSES, respondió que "...en el ANSES se visitaron muchas Delegaciones, tuvieron casos de corrupción en varios lugares y en general, quienes debían actuar tenían siempre la instrucción precisa de tomar ciertas precauciones que significaban el poder pedir la colaboración en cada caso de la Policía Federal, la intervención del Área de Seguridad de la ANSES y la actuación de los juzgados y fiscales en cada una de las jurisdicciones...", y que con posterioridad a la muerte del doctor Pochat, lo que hicieron "...fue recordar y reformular estas recomendaciones que debían cumplirse estrictamente" (fs. 249 vta./250).

Asimismo, expresó que si quienes intervenían en esta clase de investigaciones consideraban que era necesario adoptar medidas especiales o distintas a las habituales, no se requerían al Director Ejecutivo de la ANSES, sino que era una "decisión particular de aquéllos que intervenían en los hechos como consecuencia de las investigaciones", quienes disponían de la posibilidad de acceso a las autoridades judiciales y policiales a fin de pedir su intervención. Con particular referencia a si el doctor Pochat había solicitado alguna medida especial de seguridad, respondió que no le constaba que eso haya sucedido (fs. 251; ver en el mismo sentido, lo testimoniado a fs. 266/266 vta.), y en cuanto a si por las funciones que aquél desempeñaba en la ANSES estaba obligado a recibir personalmente al señor Andreo, contestó terminantemente: "la respuesta es no" (fs. 251 vta.).

Por otra parte, atendiendo a las argumentaciones de la apelante, corresponde señalar que no es un hecho controvertido en la causa que el señor Andreo -esposo de la Jefa de la De-

legación en que ocurrieron los hechos— concurría “muy asiduamente” a dicha sede de la ANSES, y según las manifestaciones del personal —además de su carácter agresivo—, pese a ser un tercero ajeno al organismo administrativo, se comportaba “como si tuviera funciones dentro de la delegación...”, incluso, dando órdenes de manera autoritaria. También resulta de la declaración brindada por la testigo Iturraspe que una sola vez ésta había visto en forma directa que el señor Andreo llevaba un arma, “...pero su esposa comentaba que las portaba permanentemente”, hecho que fue admitido por el señor Andreo en sede penal (ver fs. 377/377 vta. y 249/249 vta. de estas actuaciones, y fs. 98; 99/101; 415; 772 y 1199 vta. de la causa penal acompañada).

Por último, como lo puso de relieve el tribunal a quo, no hay constancia alguna de que el doctor Pochat haya denunciado haber sufrido amenazas, ni informalmente hizo saber a las autoridades de la ANSES algún hecho puntual que pudiera poner en riesgo su vida. Avala esta última aseveración, lo manifestado por el testigo Bernardo Solá acerca de que las habituales conversaciones que mantuvo con aquellas autoridades y con el doctor Pochat versaron —de modo genérico— sobre la tranquilidad que suponía en este caso, y en otros anteriores, el hecho de poder afectar con las investigaciones llevadas a cabo distintos intereses económicos (fs. 317/318). Tampoco se ha invocado ni hay indicios que permitan concluir que estaba en el conocimiento de las autoridades del organismo demandado, lo manifestado por la testigo Iturraspe, en el sentido de que luego de ocurridos los hechos recordó con sus compañeros de trabajo la frase que en una oportunidad, en su presencia, había pronunciado la esposa del señor Andreo en el sentido de que “si a ella la despedían se iba a llevar a unos cuantos con ella...y que Armando iba a ir a matarlos” (fs. 99 vta. de la causa penal; ver también, a fs. 249 vta. de estas actuaciones, la contestación dada por el testigo Alejandro Bramer a la pregunta DÉCIMO TERCERA obrante a fs. 246 vta.).

12) Que, en cuanto a la solución del caso concierne,

corresponde ponderar el cúmulo de testimonios obrantes en la causa penal, acerca de que el día en que se produjo el homicidio del doctor Pochat, el señor Andreo ingresó a la sede de la ANSES y en todo momento se lo vio "tranquilo", "muy calmo", estableció un diálogo con el personal "hablando en forma normal y natural", y con el objeto de hacer entrega de un certificado médico de su esposa, esperó ser atendido, primero, por el señor Interventor, y luego, por el doctor Pochat, quien "invita a pasar" al señor Andreo al despacho en el que ambos mantuvieron la reunión que culminó con los disparos efectuados por el señor Andreo con un arma que llevaba oculta bajo sus ropas (ver en especial, fs. 96/98; 170/171 y 1197/1212 de la causa penal).

13) Que a la luz de los principios jurisprudenciales reseñados en el considerando 9º del voto que antecede, y de los hechos relatados precedentemente, cabe concluir que el apelante no logra controvertir lo sostenido por el tribunal a quo en el sentido de que -conforme al estricto estándar de responsabilidad que es exigible en el caso- no se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad **directa e inmediata** entre la omisión endilgada al Estado y el perjuicio sufrido, ni se encuentra cumplido el recaudo de previsibilidad del daño, requisitos ineludibles para poder responsabilizar a aquél por un incumplimiento del deber de seguridad.

En efecto, la participación del doctor Pochat en investigaciones anteriores de similar tenor llevadas a cabo en otras sedes de la ANSES (ver fs. 250 y 317/318), y la existencia -no controvertida- de una instrucción o recomendación en el sentido de que quienes intervenían en aquéllas debían tomar ciertas precauciones, unido al hecho de que el organismo demandado funcionaba como una oficina pública de acceso irrestricto, permiten afirmar que conforme a un obrar prudente y con el pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil), quien llevaba adelante esta peculiar tarea debía evaluar, y de ser necesario, solicitar las medidas adicionales de seguridad que estimara pertinentes (vgr. contar con una custodia personal, o con la pre-

sencia policial en el acceso a su despacho).

Más allá de que el doctor Pochat no requirió tal clase de medidas, nada avala la afirmación en el sentido de que el día de los hechos "**no tenía otra opción**" que recibir al señor Andreo, puesto que el cúmulo de testimonios brindados en la causa son contestes en que aquél *motu proprio* franqueó el acceso del señor Andreo a la dependencia en la que ambos mantuvieron la reunión ["lo invita a pasar"; "...el Dr. Pochat...le extiende su mano, se saludan y lo invita a entrar al despacho"], cuando ninguna obligación pesaba sobre éste de recibir al esposo de una funcionaria del organismo demandado que, precisamente, era objeto de la investigación sobre los hechos ilícitos que aquél llevaba adelante como Gerente de Investigaciones Especiales (ver en especial, fs. 170 vta. y 184 vta. de la causa penal). Máxime si, como lo expresa el apelante, el doctor Pochat no ignoraba ciertas características personales del señor Andreo (fs. 664, párrafo quinto; ver también a fs. 249 vta., la respuesta brindada por el Director Ejecutivo de la ANSES a la pregunta Décimo Quinta), y el día anterior en una reunión mantenida con el personal de la Delegación, había comunicado la decisión de despedir de su empleo, entre otras personas, a la esposa del señor Andreo (fs. 1199 de la causa penal).

La concurrencia de estos hechos ajenos a la omisión estatal achacada, impiden considerar que el daño sufrido haya sido la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del deber de seguridad que atañe al Estado.

Por otra parte, tampoco aparece refutado el raciocinio del tribunal a quo en cuanto a la imprevisibilidad del homicidio del doctor Pochat, puesto que de acuerdo con el desarrollo de los hechos relatados en el considerando 12 de la presente, no era exigible —ni esperable— que el día del suceso que se examina la demandada adoptara "...las medidas tendientes a obligarlo [al señor Andreo] a retirarse del establecimiento" (fs. 664).

En efecto, aun ponderando las condiciones negativas

de la personalidad de aquél, o que en su asidua concurrencia al organismo demandado en ocasiones anteriores haya portado un arma, tales circunstancias no convertían en previsible —según el curso normal y ordinario de las cosas— el desenlace fatal, pues el señor Andreo había ingresado a la sede de la ANSES, con la actitud calma y normal que relatan todos los testigos con los que aquél había mantenido un diálogo, y con el declarado propósito de hacer entrega del certificado médico —que exhibió— relativo a la enfermedad de su esposa. Con esa misma finalidad pidió ser recibido por algún funcionario del organismo demandado, esperó brevemente que esto ocurriera, y tras una reunión de corta duración, primero, con quien se desempeñaba como Interventor, e inmediatamente después, con el doctor Pochat, este último encuentro culminó abruptamente, en pocos minutos, con la muerte ocasionada por el señor Andreo utilizando un arma que llevaba oculta.

14) Que, lo hasta aquí expuesto, es decisivo para mantener el pronunciamiento de la instancia anterior en cuanto consideró incumplidos los recaudos precedentemente examinados, a los fines de responsabilizar al Estado por la falta de servicio imputada.

15) Que, como consideración final, es pertinente poner de relieve que las razones expuestas en la sentencia para descartar un supuesto de responsabilidad del Estado en los términos del art. 1074 del Código Civil, por la omisión que se le endilgó al personal de la repartición demandada en el sentido de no haber advertido al doctor Pochat sobre la situación de peligro en la que se hallaría (ver lo reseñado en el considerando 3º de la presente, último párrafo), no han merecido ninguna clase de réplica en el memorial presentado ante el Tribunal.

Por ello, se rechaza el recurso ordinario interpuesto y se confirma la sentencia. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, pues en atención a las particularidades del caso, el apelante razonablemente pudo creerse con derecho a litigar

(art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI

Recurso ordinario interpuesto por Santiago Alfredo, Camila María y Sofía Belén Pochat, actores en autos, representados por el Dr. David Andrés Halperin.

Traslado contestado por la Administración Nacional de la Seguridad Social, demandada en autos, representada por el Dr. Jorge Américo Hermida, en calidad de apoderado.

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 nº 5.

---

### FOREXCAMBIO SA (TF 27070-I) C/ DGI

#### *IMPUESTO A LAS GANANCIAS*

Cabe dejar sin efecto la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo impugnado y confirmar la decisión del Tribunal Fiscal que admitió la determinación de oficio -efectuada por la AFIP- e impuso a la actora la obligación de ingresar retenciones del impuesto a las ganancias sobre los giros de divisas al exterior realizadas por cuenta y orden de una cooperativa, pues aquél resolvió con apoyo en el material probatorio reunido en la causa y sobre la base de atinadas consideraciones en cuanto a que la accionante no justificó su omisión de efectuar tales retenciones dado que no acreditó que los cheques cobrados por la cooperativa de crédito hubiesen sido obtenidos por sociedades extranjeras.

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Forexcambio S.A. (TF 27.070-I) c/ DGI".

Considerando:

1º) Que la Administración Federal de Ingresos Públicos determinó de oficio e impuso a Forexcambio S.A. la obligación de ingresar retenciones del impuesto a las ganancias sobre los giros de divisas al exterior que realizó por cuenta y orden de la Cooperativa de Crédito Mega Limitada entre los meses de enero de 2000 y marzo de 2001, ambos inclusive, liquidó intereses resarcitorios y le aplicó una multa equivalente al 80% del importe de las retenciones presuntamente omitidas (art. 45 de la ley 11.683, t.o. en 1998 y modificaciones) (resolución AFIP-DGI 245/2005, fs. 10/199).

2º) Que sobre la base del principio de la realidad económica (art. 2º de la ley 11.683, t.o. en 1998), el organismo recaudador señaló que Forexcambio había utilizado la figura de la mencionada cooperativa de crédito para girar rentas de fuente argentina a beneficiarios del exterior, bajo una operatoria simulada y omitiendo efectuar las pertinentes retenciones de los pagos realizados según lo dispuesto por los arts. 91, 92 y 93, inciso h, de la ley de impuesto a las ganancias. Para llegar a esa conclusión, la AFIP desechó los argumentos que Forexcambio alegó en su descargo, consistentes en que cuatro sociedades uruguayas asociadas a la cooperativa de crédito le habrían entregado cheques obtenidos en el Uruguay, fruto de operaciones realizadas en ese país, a fin de llevar a cabo su gestión de cobro en la Argentina y remitir su producto a esas sociedades mediante sucesivas compras de giros de divisas a través de aquélla, y que luego se acreditarían en la cuenta de una entidad bancaria del exterior abierta a nombre de otra sociedad uruguaya. Al respecto, el organismo recaudador tuvo en cuenta que Forexcambio S.A. no exhibió los registros ni la documentación exigida por la co-

municación BCRA 'A' 3094 y por el art. 35 de la ley 11.683, en especial, las instrucciones que habría recibido de la cooperativa de crédito con relación al destino de las sumas que alegó recibir de cada una de las sociedades uruguayas y de donde surgiera, como mínimo, el número de cuenta, banco y beneficiarios de esas transferencias. Al respecto, desestimó el argumento de la casa de cambios relativo a que le resultaba imposible aportar las pruebas demostrativas de esa operatoria por tratarse de terceros ajenos a ella, dada la íntima vinculación que -según constató- tenían los integrantes con poder de decisión de Forexcambio y de la mencionada cooperativa de crédito.

3º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó, con costas, la determinación de oficio practicada por el organismo recaudador (fs. 526/533 vta.). En lo que aquí interesa juzgó, en concordancia con el criterio expuesto por la AFIP, que la actora no había demostrado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 158 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, que "no le correspondía actuar como agente de retención". Al respecto señaló que si bien Forexcambio S.A. "ha manifestado que no efectuó retención alguna por tratarse de remesas de capital de las empresas del exterior", sin embargo "no ha respaldado dicha manifestación con elemento probatorio alguno". Así, en lo atinente a la falta de demostración del modo en que las sociedades uruguayas habrían obtenido los cheques cobrados por la cooperativa puntualizó que del informe contable practicado en las actuaciones preliminares 2709 'Forexcambio S.A. s/ acción pública' surgía que "de las declaraciones de los libradores y/o endosantes de los cheques y del análisis de la documentación respaldatoria aportada por los mismos" no se podía "determinar la forma en que las sociedades uruguayas se hacen de los valores que le entregan a la Cooperativa para su cobro" y que "aquellos desconocen a dichas empresas extranjeras" (conf. considerando VIII, 1º, 2º, 3º y 4º párr., fs. 532). Y precisó que la casa de cambios -Forexcambio S.A.- no había observado las exigencias previstas en la comunicación "A" 3094 del B.C.R.A., relativas al

mantenimiento de los registros necesarios para la reconstrucción de transacciones nacionales e internacionales ni los deberes establecidos en los arts. 33 y 35 de la Ley de Procedimiento Tributario, referentes a la conservación de los comprobantes respaldatorios de las operaciones propias y de terceros vinculadas a la materia imponible. En consecuencia, concluyó que los agravios de la actora –sobre quien pesaba la carga de probar sus afirmaciones– eran meras consideraciones dogmáticas que no lograban alterar las conclusiones de la determinación de oficio, al no encontrarse “sustentados por actividad probatoria idónea” según la pauta del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (considerando VIII, fs. 532 vta.).

En cuanto a la falta de demostración del efectivo beneficiario de las transferencias realizadas al exterior consideró que “si bien la actora había informado en la base de datos LAVDIN a la empresa Nitros S.A.”, no se encontraba “acreditado que los fondos fueran efectivamente recibidos por aquélla ni que el destino final de los mismos hayan sido sociedades uruguayas para quienes supuestamente habría efectuado las gestiones de cobro la Cooperativa Mega” (fs. 532, considerando VII, 3º párr.).

Por otra parte consideró que no resultaba “entendible ni atendible” la imposibilidad invocada por la accionante para acreditar la operatoria alegada en su defensa, en razón de su especial vinculación con la cooperativa de crédito. Respecto de la aludida relación, puso de relieve las circunstancias advertidas en la fiscalización. La primera, que “el domicilio de la citada cooperativa a la fecha de su constitución y que luce en las Actas de Asamblea y del Consejo de Administración correspondientes a los períodos involucrados en autos coincide con [el de] las oficinas comerciales de Forexcambio S.A.” (conf. fs. 531 vta., considerando VII, 1º párr.). La segunda, la influencia dominante que los accionistas de la casa de cambios tenían en las decisiones de la cooperativa, en tanto la conformación de su consejo directivo como la mayoría en sus asambleas se encontraba integrada por accionistas, directores, empleados, sindicos y au-

ditores de Forexcambio S.A. En ese sentido reprodujo las conclusiones de la inspección fiscal que hizo suyas con respecto a que "a)...las empresa[s] Embassy Tour SRL y Forexfin SA participaban en las asambleas de la Cooperativa con voz y voto. b)...la empresa Embassy Tour SRL estaba compuesta en el año 1999 a la fecha por Ángel De Carlo y Olga De Carlo. c)...el Sr. Ángel De Carlo con Guido De Carlo tenían el paquete accionario de Forexcambio S.A. y Forexfin S.A. d)...dichas personas votaban, además, como asociadas de la Cooperativa. e) La Directora Suplente de Forexcambio S.A., Andrea Rita Ceballos, era fundadora y tesorera de la Cooperativa Mega. f) Edgardo Osvaldo Spinelli, asociado fundador de la Cooperativa y Contador certificante y auditor de sus Estados Contables, es auditor de Forexcambio S.A. y Forexfin S.A. g) Jorge Guillermo Hardenack, asociado fundador y Síndico titular de Mega, es Síndico suplente de Forexcambio S.A. h) Alejandro Ceballos, asociado, es Presidente de Forexcambio S.A." (fs. 531 vta., considerando VII, 3º párr.). En tercer lugar, la particular relación comercial de las entidades, caracterizada por la circunstancia de que "sobre un total de 557 operaciones efectuadas con la Cooperativa Mega en el transcurso del período involucrado en autos" la actora había llevado a cabo el 86,71% de ellas "a un tipo de cambio de U\$S 1 = \$ 1, no generando rentabilidad alguna para la entidad cambiaria, circunstancia que carece de justificación económica y que la apelante no evidenció con el resto de sus clientes, lo que habla a las claras de una especial vinculación" (fs. 531 vta., considerando VII, 4º párr.).

Finalmente confirmó la liquidación de los intereses resarcitorios y la multa aplicada (fs. 533 y 533 vta.).

4º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación, y al así hacerlo, declaró la nulidad del acto administrativo impugnado (fs. 649/657 vta.). Para así resolver consideró -en síntesis- que la Administración Federal de Ingresos Públicos no había dado ade-

cuando tratamiento a las distintas manifestaciones, defensas y pruebas aportadas por Forexcambio S.A. durante el procedimiento de determinación de oficio a fin de demostrar que no tenía ningún vínculo ni constituía ningún grupo económico con la Cooperativa de Crédito Mega Limitada, que no se servía de esta última para efectuar las operaciones que se le imputaban y que las operaciones no involucraban ganancias de fuente argentina sino devoluciones de cobranzas de capital de empresas uruguayas. Por último, señaló que para el caso de considerarse que las operaciones involucraban ganancias de fuente argentina, tampoco se habían examinado las notas emitidas de conformidad con el art. 14 de la resolución general 739/99, que respaldarían esas operaciones.

5º) Que contra dicho pronunciamiento la Administración Federal de Ingresos Pùblicos - Dirección General Impositiva interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 663/663 vta.) que fue concedido a fs. 665. El memorial de agravios obra a fs. 671/695 vta. y su contestación por la actora a fs. 700/708. La apelación planteada es formalmente admisible puesto que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, excede el mínimo legal previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

6º) Que la representante del Fisco Nacional aduce que la sentencia es nula por cuanto la cámara: a) abrió su competencia invocando la excepción prevista en el último párrafo del art. 86 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) a fin de llevar a cabo una nueva evaluación de los hechos de la causa aunque sin hacer referencia, como lo exige expresamente esa norma, a los errores en que habría incurrido el Tribunal Fiscal en la apreciación de los hechos y de la prueba, b) declaró la nulidad de la resolución determinativa de oficio al expedirse sobre cuestiones que fueron resueltas en contra de la actora por el Tribunal Fiscal y que quedaron firmes como conse-

cuencia de la falta de expresión de agravios por esa parte, y c) incurrió en graves errores en la apreciación de los hechos y la prueba reunida en la causa. En lo que atañe al fondo de la controversia, solicita la revocación de la sentencia apelada por cuanto sostiene que el tratamiento asignado en la determinación de oficio a los giros de divisas al exterior es correcto. Sobre el particular aduce, en síntesis, que la actora no acreditó que los fondos transferidos consistieran en remesas de capital de las sociedades uruguayas y que tampoco demostró quién resultó ser su efectivo beneficiario.

7º) Que dada la correspondencia de los agravios planteados en torno a los vicios que afectarían la validez de la sentencia apelada y los desarrollados respecto de la decisión que en ella finalmente se adopta, corresponde que esta Corte los trate en forma conjunta, máxime en atención a que el recurso ordinario de apelación comprende al de nulidad por defectos de la sentencia (conf. arts. 253 y 255 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

8º) Que, en primer lugar, cabe poner de relieve que el art. 86, inc. b, de la ley 11.683 otorga carácter limitado a la revisión de la cámara y, en principio, queda excluido de ella el juicio del Tribunal Fiscal respecto de los extremos de hecho (Fallos: 300:985). Si bien no se trata de una regla absoluta y, por consiguiente, la cámara debe apartarse de las conclusiones del mencionado organismo jurisdiccional cuando éstas presentan deficiencias manifiestas (Fallos: 326:2987, considerando 9º), tal situación dista de presentarse en el caso de autos, no obstante la dogmática aseveración formulada por el a quo en la sentencia recurrida (conf. considerando IV, 2º párrafo, fs. 651 vta. y 652). En efecto, la cuestión que se pretende traer a conocimiento y decisión de esta Corte -que atañe principalmente a la valoración de circunstancias de hecho y prueba- fue resuelta por el Tribunal Fiscal con apoyo en el material probatorio reunido en la causa y sobre la base de atinadas consideraciones en cuanto a que Forexcambio S.A. no justificó su omisión de efec-

tuar las retenciones pertinentes porque no acredito que los cheques cobrados por la cooperativa de crédito hubiesen sido obtenidos por las sociedades uruguayas por operaciones realizadas en el Uruguay, sin que resulte entendible ni atendible la alegada imposibilidad de demostrar las circunstancias invocadas por ella en su descargo, en razón de la estrecha vinculación comprobada entre los integrantes con poder de decisión de la casa de cambios y de la cooperativa; y porque tampoco demostró quien resultó ser el efectivo beneficiario de los giros de divisas al exterior adquiridas con el producto de esos valores.

9º) Que, sin embargo, el a quo admitió la posición de la actora en cuanto a que no se hallaba configurada su vinculación con la cooperativa de crédito, sin dar razones válidas para dejar de lado la conclusión del tribunal administrativo sobre la efectiva existencia de esa relación. En lo referente a tal extremo la cámara afirmó que "la coincidencia en el domicilio de constitución de la cooperativa y [de] Forexcambio S.A. no resulta suficiente por sí sola para demostrar la vinculación económica o la existencia de un grupo económico como pretende el Fisco" (conf. considerando VI, fs. 653 vta., 4º párr.).

A juicio de esta Corte, tal argumento resulta ineficaz para desvirtuar la aludida vinculación, ya que el Tribunal Fiscal no aludió únicamente a la identidad del domicilio de constitución, sino al mismo lugar en que ambas entidades desarrollaron sus actividades durante el periodo fiscalizado en autos (vide fs. 531 vta., considerando VII, 2º párr.); además, cabe puntualizar que con la mención de ese indicio –unido a otros– el Tribunal Fiscal no tuvo por comprobada la conformación de un grupo económico, sino la existencia de una "relación" o "una especial vinculación" entre aquéllas (conf. fs. 531 vta., considerando VII, 1º y 4º párr.).

10) Que tampoco la alzada desarrolló razones de peso para descalificar la apreciación formulada por el Tribunal Fiscal en lo atinente a que el órgano de administración y la mayoría del órgano de gobierno de la cooperativa de crédito se

hallaban "integrado[s] por accionistas, directores, empleados, Síndicos y Auditores de la recurrente" (conf. fs. 531 vta., considerando VII, 2º párr.) y que "los accionistas de Forexcambio S.A. ejercen una influencia dominante en las decisiones de [la cooperativa]" (conf. fs. 532, considerando VII, 1º párr.). En efecto, la referencia efectuada por la cámara acerca de que el número de "miembros que se hallan vinculados con ambas firmas no alcanza a un diez por ciento (10%) de los integrantes" de la cooperativa, que "cuenta con 188 asociados" y que no es posible afirmar con algún grado de certeza que los miembros de Forexcambio tuvieran el control operativo de la cooperativa (conf. considerando VI, fs. 653 vta. in fine y 654 -1º y 2º párr.-), no atiende a la valoración efectuada por el organismo jurisdiccional en su sentencia respecto de la influencia que las personas físicas y jurídicas allí mencionadas tenían en la toma de decisiones de la cooperativa y es notoriamente insuficiente para desvirtuar la estrecha relación entre ambas entidades que se infiere de la evaluación del conjunto de elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal Fiscal, según fue precedentemente reseñado.

11) Que por otra parte, cabe poner de relieve que la sentencia del a quo tampoco logra desvirtuar el indicio –señalado por el Tribunal Fiscal– resultante de que la operatoria comercial entre la casa de cambios y la cooperativa de crédito carecía de justificación económica por el tipo de cambio aplicado en las transacciones. Sobre el particular la cámara afirma que ello "era usual en aquella época, en coincidencia con lo informado por el BCRA" y que ello se vería corroborado "preliminarmente" por las utilidades acreditadas por Forexcambio (conf. considerando VIII, fs. 655 vta. -3º y 4º párr.-). Sin embargo, del informe de inspección producido por el Banco Central –al que parece referirse el a quo– surge una conclusión que abona el juicio formulado por el Tribunal Fiscal y deja sin sustento a la aseveración de la alzada, ya que en ese dictamen se afirma que "...de la operatoria cursada con Cooperativa Mega

(557 operaciones en el periodo estudiado), el 86,71% se realizó a un tipo de cambio de U\$S 1 = \$1 lo cual, no obstante haberse producido durante el periodo de convertibilidad, no generaría rentabilidad alguna para la entidad cambiaria, careciendo por lo tanto de justificación económica"; y se destaca que esa circunstancia resulta llamativa "en virtud de los importantes volúmenes operados y fundamentalmente transferidos al exterior (EEUU)" en la medida en que "no se evidenció [el] mismo [tratamiento] con otros clientes" (conf. cuerpo principal nº XI de las actuaciones administrativas, informe final de verificación del BCRA, fs. 2090).

12) Que corresponde destacar, además, que de la sentencia apelada ante esta instancia no surgen elementos que desvirtúen el juicio del Tribunal Fiscal acerca de que Forexcambio S.A. no logró demostrar la operatoria alegada en su defensa pues no conservó los registros ni los elementos necesarios para proceder a su reconstrucción, exigidos por la comunicación BCRA "A" 3094 y por los arts. 33 y 35 de la ley 11.683. En ese sentido la apreciación de la cámara relativa a que "la negativa por parte de terceros intervenientes en el circuito de pagos desnaturaliza la imputación del demandado [AFIP] pues no es posible aseverar de forma objetiva la vinculación económica y operativa entre la Cooperativa y Forexcambio S.A." (conf. considerando VIII, fs. 655 in fine y 655 vta.) resulta ineficaz para dejar de lado las conclusiones del Tribunal Fiscal. En efecto, éste, tras examinar el informe contable consignó que "de las declaraciones de los libradores y/o endosantes de los cheques y del análisis de la documentación respaldatoria aportada por los mismos, no se puede determinar la forma en que las sociedades uruguayas se hacen de los valores que le entregan a la Cooperativa para su cobro" y que "aquellos desconocen a dichas empresas extranjeras" (conf. fs. 532, considerando VIII, 4º párr.), por cuanto el cruce de información realizado no tuvo por objeto comprobar la vinculación de las entidades sino el relato de la actora de que los cheques cobrados por la cooperativa provenían de sociedades uru-

guayas que los habían obtenido fruto de operaciones en el Uruguay. En línea con lo expuesto tampoco puede tenerse por acreditado el rol de la cooperativa mediante el reexamen de la cuestión que hace la cámara al señalar que el organismo recaudador "no ha objetado en sustancia la prueba referida a las actuaciones de la Cooperativa donde se acredita la existencia de gestiones de cobro" con sustento en que del "cuerpo de rendiciones de IVA de la Coop. de Crédito Mega se verifican declaraciones juradas donde se consigna aquél impuesto, facturado por servicios de cobranza" (conf. fs. 655, considerando VIII, 1º párr.), porque como bien lo señala la representante fiscal en el memorial de agravios presentado ante esta Corte, "la autodeclaración o declaración jurada de los contribuyentes no define 'per se' a la relación jurídico tributaria sustancial" o porque, "en otros términos, la operación simulada...no se convalida a partir de la presentación de la declaración jurada" (conf. fs. 689 vta., pto. 3.2., 2º párr.).

13) Que a la luz de las precedentes consideraciones, mal puede considerarse que las notas presuntamente emitidas por la cooperativa en los términos del art. 14 de la resolución general (AFIP) 739/99 resulten elementos hábiles para eximir a la casa de cambios de su obligación de retener (conf. fs. 655 vta., considerando IX, 1º párr. y 656, 3º párr.), si se tiene en cuenta que tales instrumentos, aparte de ser copias de originales cuyas certificaciones no dan cuenta de la fecha cierta de su confección ni de la identidad ni de la personalidad de quien las suscribió (conf. cuerpo administrativo principal VIII, IX y X, fs. 1549/1982; en especial fs. 1727, 1915 y 1983), no excluyen el ejercicio de las facultades de fiscalización y verificación que la ley confiere al organismo recaudador y que le permiten constatar la veracidad de su contenido.

14) Que, en línea con lo expuesto, tampoco puede considerarse debidamente acreditado el beneficiario de los fondos transferidos al exterior mediante la "contestación del American Express Bank, del mes de diciembre de 2005, que da cuenta de la

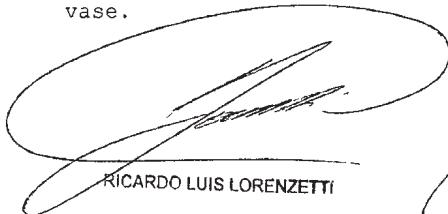
realización de doce (12) operaciones correspondientes al periodo fiscal investigado, donde se acreditan transferencias a la firma Nitros S.A. con sede en Montevideo - Uruguay" a la que alude la sentencia impugnada (conf. fs. 656 -4º párrafo-), por cuanto esa pieza exhibe una ostensible endeblez probatoria al ser copia simple de una carta escrita en idioma inglés, carente de certificación notarial alguna que se expida sobre la fidelidad de su contenido, ni que brinde certeza sobre la fecha ni el lugar de emisión, como tampoco de la personalidad de su firmante. A ello debe agregarse que la esquela se encuentra acompañada de una traducción libre sin firma de traductor público matriculado (conf. fs. 2459/2460 del cuerpo administrativo principal XIII).

15) Que, por último, y contrariamente a lo sostenido en la alzada, cabe hacer notar que el agregado de los "testimonios de los contratos de prestación de servicios firmados entre Nitros S.A. y Dismol SA, Eimor SA y Ulinal SA" no "robustece la defensa de Forexcambio S.A. en orden al 'circuito' de pagos de las operaciones investigadas" (conf. fs. 656 in fine y 656 vta.) porque, como acertadamente lo señala la representación fiscal en el memorial de agravios ante esta Corte, "la existencia de estos contratos no prueba 'per se' que los destinos finales de las remesas efectuadas al exterior hubieran tenido como destino final las cuentas bancarias de las empresas Dismol S.A., Eimor S.A. y Ulinal S.A." (conf. fs. 693 vta., 4º párr.).

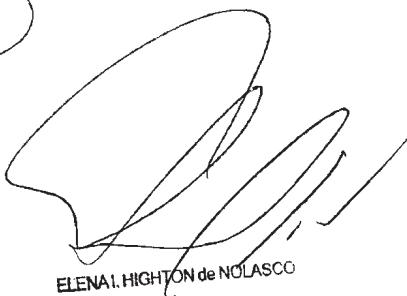
16) Que las consideraciones precedentes llevan a revocar la sentencia apelada y a confirmar lo decidido por el Tribunal Fiscal en cuanto a la obligación tributaria y sus intereses. Esto último, debido al carácter de accesorios que ellos revisten y de acuerdo con la doctrina de Fallos: 323:1315, considerando 10. En cambio, en lo relativo a la multa, al no haberse expresado agravios a su respecto en el memorial de fs. 671/695 debe concluirse que ha quedado firme lo resuelto por la cámara.

Por ello, se revoca la sentencia apelada en cuanto fue ma-

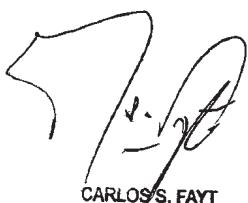
teria de agravios, según se expresa en el considerando 16 de la presente, y, en consecuencia, se confirma lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto al tributo y sus intereses. Con costas de todas las instancias a la actora vencida en lo que ha sido materia de agravios (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



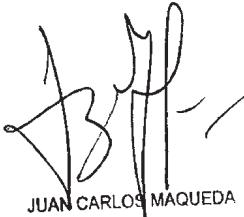
RICARDO LUIS LORENZETTI



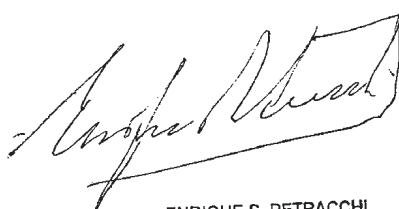
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



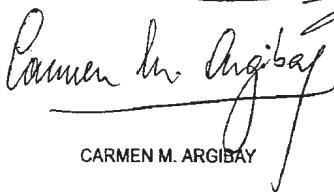
JUAN CARLOS MAQUEDA



ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por la **Dra. María Gabriela Mosqueira**, con el patrocinio letrado del **Dr. Marcelo José Malagón**.

Contestó el memorial de agravios: **Forexcambio S.A.**, representada por el **Dr. José María Nasra**, con el patrocinio letrado del **Dr. Carlos Fernando Lucuy**.

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

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

---

**GONZALEZ, LORENZO RAMON**  
**C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

***EMPLEO PUBLICO***

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda promovida por un ex agente del Banco de la Provincia de Buenos Aires a fin de que se declare la nulidad del acto que dispuso no renovar su contrato de empleo público luego de 23 años de su nombramiento, ya que las sucesivas renovaciones del contrato que vinculaba a las partes pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, y generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”.

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

-I-

A fs. 557/571 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en adelante), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda promovida por el actor –ex agente del Banco de la Provincia de Buenos Aires– a fin de que se declare la nulidad del acto que dispuso no renovar su contrato de empleo público y del acto que rechazó el recurso contra dicha decisión y, por lo tanto, tampoco hizo lugar a lo solicitado en cuanto a su reincorporación al cargo y la indemnización de los daños y perjuicios que habría

padecido.

Para así decidir, el tribunal consideró aplicable al caso el criterio constante adoptado en cuanto a que el personal de planta temporaria participa de un status de excepción y no posee más derechos que los previstos en el régimen jurídico que regula su incorporación y desempeño en la relación de empleo. Añadió que, debido a que todos los contratos suscriptos entre las partes contenían un plazo, la decisión de la demandada de no renovar el último acuerdo fue legítima, no correspondiendo su anulación.

Con relación al alegado perjuicio de índole previsional —consistente en la imposibilidad de obtener una jubilación por edad avanzada— entendió que tampoco se encuentra probado y señaló que, a diferencia de otros casos en los cuales se solicitó el depósito de los aportes previsionales adeudados a la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en el caso se invocó la existencia de un daño y se requirió la fijación de un prudente resarcimiento. En este sentido, destacó que si bien de la certificación de servicios se desprende que la demandada no efectuó aportes previsionales entre 1977 y 1993, ello no es suficiente, pues el actor debió demostrar que la prestación por edad avanzada le fue denegada en virtud de la falta de aportes mínimos requeridos, ni tampoco estimó cuál pudo haber sido el importe de la jubilación que pudo haber perdido.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 574/584 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, aduce que la sentencia es arbitraria pues efectuó una interpretación equivocada del texto aplicable y no tuvo en cuenta que las normas locales afectan el derecho del trabajador al haber mantenido por más de veintidós años una relación laboral bajo la modalidad de contrato, privándolo de la estabilidad y de los aportes a la seguridad social (arts. 14, 14 bis y 75, inc.

22, de la Constitución Nacional). Añade que el tribunal omitió aplicar las disposiciones pertinentes para la solución de la litis, no consideró que el vínculo laboral existente por las sucesivas renovaciones desde 1984 generó la posibilidad de conocer los motivos de la no renovación contractual y prescindió de efectuar un tratamiento objetivo del material probatorio. Por otra parte, sostiene que la sentencia omitió hacer prevalecer la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, por cuanto la ilegitimidad del accionar de la demandada está dado por el motivo real de la no renovación, cual es que había llegado a la edad de sesenta y cinco años y estaba en condiciones de jubilarse.

-III-

Ante todo, cabe recordar la jurisprudencia de la Corte según la cual lo relativo a las facultades de los tribunales provinciales, al alcance de su jurisdicción y a la forma en que ejercen su ministerio –por ser materias que se encuentran regladas por la Constitución y las leyes locales– escapan a la instancia del art. 14 de la ley 48, en virtud del debido respeto a las atribuciones de las provincias (Fallos: 318:1044, entre otros). Asimismo, 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 tribunal apelado a principios y normas de derecho público local 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).

Sobre la base de lo expresado, entiendo que el recurso interpuesto es inadmisible, pues los agravios que se plantean por su intermedio constituyen meras discrepancias con lo resuelto por el máximo tribunal local sobre materias regidas por el derecho público provincial y con fundamentos de igual

carácter que, al margen de su acierto o error, lo ponen a resguardo de la tacha que le endilga el recurrente.

Ello es así, toda vez que el apelante se limita a señalar que el máximo tribunal local se aparta de la normativa aplicable y que no efectúa una correcta apreciación de los hechos probados en la causa tendientes a demostrar que las sucesivas renovaciones durante más de veinte años habrían generado un vínculo laboral en relación de dependencia. Esta postura no basta para aseverar que se configura un supuesto de arbitrariedad, máxime cuando el tribunal fundó su pronunciamiento, precisamente, en el estatuto que rige al personal del banco demandado y en los actos administrativos que regularon la relación entre las partes para concluir que el actor no integraba la planta permanente y que ninguna de las circunstancias invocadas por él habilitan a tener por modificada su situación de revista, ni a ejercer los derechos que derivan de una relación de empleo estable.

En tales condiciones, las quejas planteadas sólo traducen la mera disconformidad del recurrente respecto de cuestiones de derecho público local, pues no se observan defectos graves de razonamiento o fundamentación que puedan merecer amparo en la doctrina de la arbitrariedad.

-IV-

Opino, por tanto, que la queja interpuesta es inadmisible.

Buenos Aires, 17 de mayo de 2012.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de octubre de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Lorenzo Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que, por sentencia del 6 de mayo de 2009, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda interpuesta por Lorenzo Ramón González contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que: a) se declarara la nulidad de las resoluciones por las que el banco demandado dispuso no renovar —a partir del 31/08/2000— el contrato de empleo público que desde el año 1977 lo vinculaba a la Institución, así como rechazar el recurso interpuesto contra esa decisión; b) se ordenara su reincorporación en el cargo; c) se le abonara una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de lo expuesto, más los intereses y la actualización monetaria correspondientes hasta el día del efectivo pago.

Contra esa decisión la parte actora interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que para decidir como lo hizo, el tribunal a quo consideró que de las constancias de la causa surge que entre el 17/1/1977 y el 6/8/2000 la entidad demandada celebró sucesivos contratos con el señor González a fin de que éste desempeñara tareas en el área de seguridad del Banco. Afirmó que el vínculo entre las partes se regía por el Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, según el cual la relación entre un contratado y la entidad bancaria comienza a partir de la firma del contrato y termina cuando expira el plazo acordado (arts. 6 y 9), por lo que entendió que el actor no formaba parte de la planta permanente de aquélla. En ese orden de ideas, se-

ñaló que ni la antigüedad en el nombramiento (23 años), ni la índole de las tareas realizadas en una situación idéntica a la del personal de planta permanente habilitan a tener por modificada la situación de revista del actor, pues es el acto de designación el que determina el régimen aplicable a la relación laboral. En razón de lo expuesto, y dado que todos los contratos firmados por González establecían un plazo de duración, consideró que la decisión del Banco de no renovar el último acuerdo por el mero vencimiento del término pactado resultaba legítima. La Corte local entendió, asimismo, que en el caso no se configuraba una situación de fraude a la ley, dado que los contratos fueron celebrados entre las partes de conformidad con lo establecido en los arts. 6 y 9 del Estatuto para el Personal del Banco, cuya validez no fue cuestionada por la actora. En tales condiciones, concluyó que en el caso la entidad demandada no desvió su conducta de la finalidad de la norma, en tanto al no asistir al empleado el derecho a la estabilidad, tampoco resultaba necesario instruir un sumario previo para disponer su ceso. Por último, afirmó que, al no haber demostrado que la jubilación por edad avanzada le fue denegada como consecuencia de la falta de pago por el empleador de los aportes correspondientes a los servicios prestados entre 1977 y 1993, ni estimado la cuantía del perjuicio alegado, el actor no acreditó el daño de índole previsional invocado.

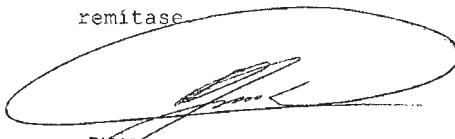
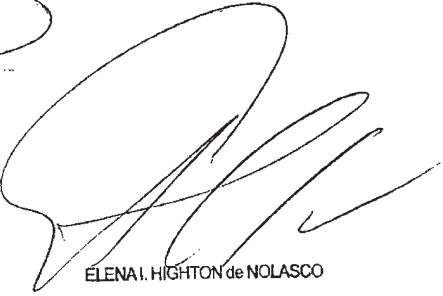
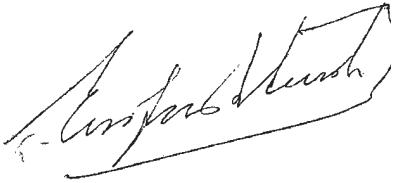
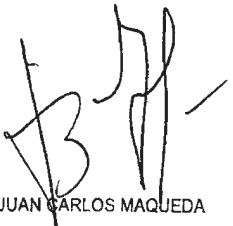
3º) Que el recurso extraordinario interpuesto suscita cuestión federal suficiente, en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Ello es así pues, si bien los agravios de la apelante remiten al examen de cuestiones de derecho público local, ajenas como regla a esta instancia, corresponde hacer excepción a tal principio cuando, como en el caso, el pronunciamiento impugnado no constituye una derivación razonada del derecho con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, pues asigna un sentido que desvirtúa y torna inoperantes a las normas aplicables a la solución del caso (Fallos: 317:1271; 318:1012, entre otros).

4º) Que, en efecto, el tribunal a quo funda su sentencia en que el Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires distingue entre personal permanente y personal contratado (arts. 1 y 6), especialmente en que, según lo dispuesto en su art. 9, este último es "aquél cuya relación de empleo público estará dada por un contrato de plazo determinado y presta servicios en forma personal y directa". De ese modo, la Corte local supone -implícitamente- que las normas mencionadas admiten la renovación sucesiva de los contratos a lo largo de 23 años, como ocurrió en el caso de autos, aunque sin dar razón alguna que justifique esa interpretación.

En efecto, la Corte provincial se limita a sostener a tal fin que "la mayor diferencia entre un régimen y el otro radica, justamente, en que el personal contratado tiene un vínculo sujeto a plazo cierto, mientras que el derecho a la estabilidad del personal de planta permanente consiste en la aptitud de perdurar en él toda la vida laboral". De ese modo, resta importancia a la antigüedad del actor en el empleo (23 años), y admite implícitamente que las categorías normativas de "personal permanente" y de "personal contratado", resultan indistintamente aplicables a las relaciones laborales que perduran en el tiempo, sin advertir que dicha finalidad no puede presumirse del Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, si se lo interpreta en armonía con lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

En tales condiciones, y toda vez que las sucesivas continuas y renovaciones del contrato que vinculaba a las partes pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, y generar en González una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el "despido arbitrario", (confr. "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.", Fallos: 333:311), corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada.

-///- Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI  
CARLOS S. FAYT  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por Lorenzo Ramón González, actor en autos, representado por el Dr. Francisco Daniel Santi, en calidad de apoderado.

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

LA PAMPA, PROVINCIA DE  
C/ FONDO FIDUCIARIO FEDERAL  
DE INFRAESTRUCTURA REGIONAL  
S/ INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

*EMERGENCIA ECONOMICA*

Corresponde hacer lugar a la demanda seguida por la Provincia de La Pampa contra el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (FFFIR) y el Estado Nacional con el fin de obtener el cumplimiento de lo pactado expresamente en los contratos de mutuo y declarar inaplicable al proceso el decreto 214/02 si, por sus características de emergencia, la norma es de interpretación restrictiva y las cuotas correspondientes a los saldos deudores fueron fijadas en pesos convertibles, entonces moneda de curso legal en el país, y así debía exigirse su cumplimiento, motivo por el cual no corresponde aplicar el reajuste equitativo previsto por la ley 25.561 y el decreto mencionado para las obligaciones de dar suma de dinero pactadas en moneda extranjera.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Provincia de La Pampa promovió demanda contra el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (en adelante FFFIR), a fin de obtener que cumpla con los términos de los contratos de mutuo oportunamente celebrados conforme a lo expresamente pactado y que se abstenga de aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) a las deudas originalmente convenidas en pesos convertibles, así como que se ordene al Banco de la Nación Argentina que deje de retener por tal concepto los fondos provenientes de la Coparticipación Federal de Impuestos.

Manifestó que suscribió con el FFFIR dos convenios, el primero de ellos tuvo por objeto el financiamiento de la “Estación Transformadora 500/132/33 KV Macachin e Interconexión en 132 KV” con la “Estación Transformadora de Santa Rosa” y el segundo consistió en la ampliación del financiamiento para esa obra.

Señaló que, si bien los contratos se pactaron en “pesos

convertibles”, el FFFIR consideró que ellos justifican un tratamiento equivalente a los convenios pactados en dólares estadounidenses y decidió unilateralmente, sobre la base de dispuesto en la resolución 172 del Consejo de Administración, aplicarles el CER, con fundamento en la ley 25.561 y en los decretos 214/02 y 1295/02.

Expuso que, sin perjuicio de mantener su posición en el sentido de que “pesos convertibles” equivale a pesos y que el decreto 214/02 no le es aplicable, ya que fue dictado para restablecer el desequilibrio de las obligaciones asumidas en dólares estadounidenses y no en pesos como sucede en el caso, el FFFIR retuvo de los recursos provenientes de la Coparticipación Federal de Impuestos las sumas resultantes de reajustar los montos adeudados aplicando el CER.

Asimismo, a fs. 105/114, solicitó la concesión de una medida cautelar a fin de obtener que el FFFIR se abstenga de ejecutar las garantías previstas en los contratos de mutuo celebrados y, en consecuencia, que el Banco de la Nación Argentina deje de retener sumas en concepto de CER de los fondos de coparticipación que le corresponden a la provincia.

Mediante el escrito de fs. 121/122, amplió la demanda contra el Estado Nacional, en su carácter de fideicomisario del FFFIR quien a través del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación designa y controla al Consejo de Administración que administra su patrimonio.

– II –

A fs. 132/133, el Tribunal declaró su competencia, corrió traslado de la demanda y rechazó la medida cautelar solicitada.

– III –

A fs. 150/177, el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional contestó demanda y solicitó su rechazo.

En primer lugar, manifestó que los contratos celebrados deben ser concebidos en términos financieros y económicos, es decir, a largo plazo y cuando varían las condiciones originales, como puede ser un cambio de régimen monetario, se halla implícita la facultad de modificar el sistema de financiamiento para readaptarlos a la nueva situación. Además, señaló que tanto en la ley 24.588, de creación del fondo, como en su decreto reglamentario 924/97 (ambos incluidos en el Reglamento Operativo y Manual de Procedimientos aprobado por resolución 427/97 de la Jefatura de Gabinete de Ministros) se fija un destino para el recupero de los préstamos otorgados y una tasa de referencia internacional (tasa Libor) para los intereses que aplique el FFFIR, lo que implica que se tuvieron en cuenta varios factores de corrección para supuestos en lo que se produzcan variaciones o cambios de las circunstancias originarias.

Por otra parte, expuso que si el FFFIR se hubiera ceñido a la pauta acordada en el marco de recomposición contractual y respetado los parámetros del art. 14, inc. g), del decreto 924/97, tendría derecho a retener un importe por encima de lo que efectivamente percibió de la provincia, computando las cuotas puras de amortización, más intereses, más la aplicación del CER a los saldos deudores.

En tales condiciones, añadió que el FFFIR no sólo respetó el principio de equivalencia de las prestaciones, sino que además actuó con arreglo al principio del esfuerzo compartido consagrado en la ley 25.561, sin afectar de modo alguno la economía provincial. Por ello, arguyó que la recomposición de los saldos deudores realizada por el FFFIR fue muy ventajosa para las jurisdicciones, muestra de ello fue que varias provincias aceptaron el reajuste del CER a los saldos deudores de los contratos de mutuo celebrados, anteriores a la crisis, con excepción de las provincias de La Pampa y Neuquén.

En este orden de ideas, concluyó que la decisión adoptada por el Consejo de Administración se fundó en las obligaciones y atribuciones impuestas por la ley 24.855 y su decreto reglamentario, con el fin de mantener incólume el patrimonio del FFFIR y como forma de asegurar a sus legítimos

beneficiarios el cumplimiento de los fines establecidos en esa norma.

Finalmente, indicó que el objetivo buscado es la recuperación de los montos redeterminados a fin de facilitar la realización de nuevas obras de igual categoría y magnitud con los nuevos precios, premisa que sería imposible cumplir si la recuperación de los créditos se efectuara a valores meramente nominales.

– IV –

A fs. 203/215, el Estado Nacional contestó la demanda y también solicitó su rechazo.

En primer término, opuso excepción de falta de legitimación pasiva por no ser parte en la contienda, en tanto no suscribió, modificó, ni negoció los términos de los convenios cuestionados, por lo que muchos menos pudo aplicar el CER a las sumas de dinero que la actora debía devolver.

Por otra parte, coincidió, en esencia, con la posición del FFFIR y también señaló que el objetivo que llevó a los contratantes, cuando se encontraba vigente la ley de convertibilidad, a utilizar la alusión “pesos convertibles” no fue otro que el de efectuar una clara mención al dólar como manera de mantener incólume el poder adquisitivo de las prestaciones realizadas.

– V –

Producida la prueba y clausurado el período a ella destinado, el FFFIR, la actora y el Estado Nacional presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fs. 1219/1234, 1236/1253 y 1255/1257, respectivamente.

A fs. 1260, V.E. dispuso correr vista a este Ministerio Público.

- VI -

Ante todo, pienso que V.E. sigue teniendo competencia para entender en el presente, a tenor de lo dictaminado a fs. 125/129.

Por otra parte, con relación a los argumentos que sustentan la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional, cabe señalar que, por tratarse de una cuestión procesal, su resolución es propia de los jueces de la causa y ajena a mi dictamen.

- VII -

Sentado lo anterior, en cuanto al fondo del asunto, es dable señalar que se encuentra fuera de discusión que los contratos suscriptos entre el FFFIR y la actora fueron pactados en pesos convertibles (v. cláusula cuarta de los contratos acompañados a fs. 73/82 y lo manifestado por las partes, incluso por el Estado Nacional). De ahí que lo determinante de este caso es establecer si el decreto 214/02 es aplicable a tales convenios, tal como lo pretende el FFFIR y resiste la actora por esta causa.

Ahora bien, al respecto corresponde destacar que el art. 4º del decreto 214/02 expresamente dispone que a las deudas referidas en su art. 8º se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central de la República Argentina. En ese orden de ideas, el art. 8º del decreto establece que las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U\$S 1) = un peso (\$ 1), a las cuales se les aplicará lo dispuesto en su art. 4º.

Asimismo cabe recordar que en otro caso en el que se pretendía la aplicación del mencionado decreto a una obligación exigible en pesos, tanto este Ministerio Público como V.E. concluyeron que ello no es posible, porque la cantidad a pagar no estaba “expresada en dólares” (arg. arts. 1º, 8º y cc. del decreto 214/02), sino que ya lo estaba en pesos (v. dictamen del 15 de

mayo de 2007, en la causa E. 222, L. XLII, “Editorial Perfil SA - T.F. 13.456-A c/ D.G.A.”, que la Corte compartió en su sentencia del 12 de agosto de 2008).

En tales condiciones, por aplicación del criterio que surge del precedente citado, cabe concluir que los contratos invocados en esta causa están excluidos del ámbito de aplicación del decreto 214/02, máxime cuando V.E. en reiteradas oportunidades ha dicho que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 308:1745; 312:1098; 313:254, entre otros) y que “*cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma*” (Fallos: 311:1042).

– VIII –

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la demanda.

Buenos Aires, 4 de marzo de 2010.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

*Buenos Aires, 8 de octubre de 2013.*

Vistos los autos: “La Pampa, Provincia de c/ Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional s/ incumplimiento de contrato”, de los que

Resulta:

I) A fs. 21/46, la Provincia de La Pampa promueve demanda contra el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional(en adelante el “FFFIR”), a fin de obtener el cumplimiento de lo pactado expresamente en los contratos de mutuo oportuna-

mente celebrados por las partes, según lo que verosímilmente entendieron al contratar, y que en consecuencia se abstenga de aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) a las deudas originalmente convenidas en pesos convertibles, y, que se ordene al Banco de la Nación Argentina que deje de retener por tal concepto las sumas provenientes de la coparticipación federal de impuestos de la Provincia de La Pampa (fs. 21 vta.).

Explica que en el año 1999 suscribió con el Fondo demandado dos convenios de préstamo que tuvieron por objeto el primero de ellos, el financiamiento de la "Estación Transformadora 500/132/33 KV Macachin e Interconexión en 132 KV" con la "Estación Transformadora de Santa Rosa" y el segundo consistió en la ampliación del financiamiento para esa obra.

Destaca que si bien ambos mutuos se pactaron en pesos convertibles, el FFFIR considera que ellos justifican un tratamiento equivalente a los contratos pactados en dólares estadounidenses, por lo que en su mérito "y frente a la pesificación de dichas obligaciones", el Consejo de Administración del FFFIR decidió unilateralmente aplicarle el coeficiente mencionado con fundamento en la ley 25.561 y en los decretos del PEN 214/02 y 1.295/02, resolución que le fue comunicada mediante nota nº 1.139/02 (v. fs. 68/69).

Manifiesta que denunció la invalidez de tal procedimiento por no ajustarse a lo previsto en los convenios y que intimó al FFFIR a entregar la liquidación definitiva y abstenerse de aplicar dicha medida (v. copia de cartas documento a fs. 70/72). Expone que frente a ello, el Fondo le comunicó por nota nº 1.476/02, que la transferencia fue tomada "a cuenta" y que la aplicación del CER se debe a que las sumas prestadas lo fueron en "pesos convertibles" en clara referencia al dólar. En dicho documento también se sostiene que la postura de la Provincia es violatoria de los artículos 1071 y 1198 del Código Civil y de la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional y que el

objeto de lo resuelto es el de preservar el patrimonio del Fideicomiso "en resguardo del legítimo derecho de las restantes jurisdicciones a acceder a créditos en idénticas condiciones que las oportunamente acordadas a esa jurisdicción" (fs. 24).

Relata las vicisitudes de la instancia negociadora abierta con el Gobierno Federal e indica que pese a ello, el Fondo intimó el pago de las sumas adeudadas como derivación de la aplicación del CER, bajo apercibimiento de hacer efectiva la garantía y de no conceder nuevos préstamos. Señala que no obstante hallarse en actividad la Comisión Conciliadora, y de la oposición de la Provincia, el Fondo ejecutó la garantía comprometida en los convenios y retuvo de los recursos provenientes de la coparticipación federal las sumas resultantes de dicha aplicación.

Arguye que a la luz de la normativa vigente, el FFFIR, al retener los fondos coparticipables de la Provincia, "incurrió en un claro y evidente INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, que alteró los términos de los contratos sin que exista norma alguna que avale tal accionar y, sin considerar, que de modo ninguno su parte puede aceptar tal posición por cuanto la actuación de la Provincia de la Pampa se debe ceñir a lo pactado y a lo aprobado por su legislatura" (fs. 29 vta.).

Explica las restricciones y condicionantes que impone la ley de presupuesto provincial en su ejecución, que la autoridad provincial debe respetar.

Argumenta que "pesos convertibles" equivale a pesos y que el decreto 214/02 no le es aplicable, ya que fue dictado para restablecer el desequilibrio de las obligaciones asumidas en dólares estadounidenses, y no en pesos como sucede en el caso.

Se agravia porque no obstante ello el FFFIR le retuvo de los recursos provenientes de la Coparticipación Federal de Impuestos los fondos de la Provincia de la manera indicada y pide su devolución.

Se agravia también porque el FFFIR, con su actuar, ha violentado el derecho constitucional de igualdad, dado que ante distintas circunstancias -Nación y Provincias contrataron con el Fondo- trató a todas de igual manera al aplicar el CER sin distinciones; a pesar de presentarse situaciones diferentes, tales como jurisdicciones deudoras, otras que requerían nuevos financiamientos, y las que, como la Provincia actora, cumplían regularmente lo pactado (fs. 42 vta.).

Peticiona, en consecuencia, que el Tribunal declare "que los créditos tomados por la Provincia de La Pampa, se satisfacen legalmente mediante el pago de las cuotas pactadas en pesos a valor nominal y no son alcanzados por el CER, mandando devolver las sumas mal retenidas" (fs. 43).

Funda su derecho en las cláusulas constitucionales y normas legales que cita, y ofrece prueba.

A fs. 105/114, solicita la concesión de una medida cautelar a fin de obtener que el FFFIR se abstenga de ejecutar las garantías previstas en los contratos de mutuo celebrados y, en consecuencia, que el Banco de la Nación Argentina deje de retener sumas en concepto de CER de los fondos de coparticipación que le corresponden a la provincia.

A fs. 121/122, amplia la demanda contra el Estado Nacional sobre la base de que "resulta ser fideicomisario de dicho Fondo y quien, a través del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, designa y controla al Consejo de Administración que administra su patrimonio" (fs. 121 vta.).

II) A fs. 132/133 el Tribunal declaró su competencia para conocer en el caso por vía de su instancia originaria, de conformidad con los términos del dictamen de fs. 125/129 del señor Procurador Fiscal subrogante, ordenó que se corriera traslado de la demanda y rechazó la medida cautelar pedida.

III) A fs. 150/177, el Fondo Fiduciario Federal de

Infraestructura Regional contesta la demanda y solicita su rechazo.

En primer lugar, describe las características especiales del FFFIR según la ley 24.855, a la que atribuye una naturaleza de ley especial e interjurisdiccional.

Sostiene que en la exégesis y aplicación de la ley 24.855 se encuentra directamente implicado el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, conocido como a cláusula del "nuevo progreso". Así arguye la complementariedad de esta ley con las finalidades expuestas en los objetivos de la cláusula constitucional que cita. Destaca al respecto el segundo apartado, "Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones", como también señala que el inciso 19 contiene una referencia a la "estabilidad monetaria", valor que -a su entender- se halla en juego en este expediente.

Aduce que "En línea con los comentarios transcritos al artículo 75, inciso 19, con sus parciales correlatos en los artículos 124 y 125 de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional ha fijado, con la sanción de la ley 24.855, una ley de desarrollo regional asociado a la generación de empleo, según resulta de su mismo título, que tiene características de una ley de bases [...] y que ha dado origen a un fondo de índole interjurisdiccional..." (fs. 152).

Seguidamente bajo la óptica de considerar que la ley 24.855, de creación del FFFIR, fijó explícitamente "un programa de alcance nacional", examina sus objetivos y el contenido y alcance de su articulado, como el de su decreto reglamentario 924/97.

Pasa luego a tratar en detalle las atribuciones del Consejo de Administración y las responsabilidades que le caben a sus miembros.

Sostiene, con respecto a los contratos celebrados, que deben ser concebidos en términos financieros y económicos, es decir, a largo plazo, y frente a la variación de las condiciones originales, como puede ser un cambio de régimen monetario, se halla implícita la facultad de modificar el sistema de financiamiento para readaptarlos a la nueva situación.

Indica, además, que tanto en la ley 24.588, como en su decreto reglamentario 924/97 –ambos incluidos en el Reglamento Operativo y Manual de Procedimientos aprobado por resolución 427/97 de la Jefatura de Gabinete de Ministros– se fija un destino para el recupero de los préstamos otorgados y una tasa de referencia internacional (tasa LIBOR) para los intereses que aplique el FFFIR, lo que implica que se tuvieron en cuenta varios factores de corrección para supuestos en lo que se produzcan variaciones o cambios de las circunstancias originarias.

Observa que si el FFFIR se hubiera ceñido a la pauta acordada en el marco de recomposición contractual y respetando los parámetros del artículo 14, inciso g), del decreto 924/97, tendría derecho a retener un importe por encima de lo que efectivamente percibió de la provincia, computando las cuotas puras de amortización, más intereses, más la aplicación del CER a los saldos deudores.

Entiende así que el FFFIR no sólo respetó el criterio de equivalencia de las prestaciones, sino que además actuó con arreglo al principio del esfuerzo compartido consagrado en la ley 25.561, sin afectar de modo alguno la economía provincial.

Por ello, aduce que la recomposición de los saldos deudores realizada por el FFFIR fue muy ventajosa para las jurisdicciones, razón por la cual señaló que varias provincias, 13 en total, aceptaron el reajuste del CER a los saldos deudores de los contratos de mutuo celebrados con anterioridad a la crisis, con excepción de las provincias de La Pampa y del Neuquén.

Pone de resalto que la resolución adoptada por el

Consejo de Administración se fundó en las obligaciones y atribuciones impuestas por la ley 24.855 y su decreto reglamentario, con el fin de mantener incólume el patrimonio del FFFIR y como forma de asegurar a sus legítimos beneficiarios el cumplimiento de los fines establecidos en esa norma; régimen normativo que, por lo demás, la Provincia no impugnó.

Puntualiza que el objetivo buscado fue la recuperación de los montos redeterminados a fin de facilitar la realización de nuevas obras de igual categoría y magnitud con los nuevos precios, premisa que sería imposible cumplir si la recuperación de los créditos se efectuara a valores meramente nominales. En definitiva, defiende la idea de que la redeterminación de los saldos de pospréstamos posibilita la continuidad del financiamiento de las obras públicas.

Efectúa más adelante un pormenorizado análisis de la teoría de la imprevisión *vis a vis* con las pautas fijadas en el artículo 8º del decreto 214/02, y concluye en que su aplicación al caso en el marco de recomposición buscada resulta más gravosa para el acreedor y por ende beneficiosa para las jurisdicciones deudoras, trasformándose así en una opción superadora.

IV) A fs. 203/215, el Estado Nacional contesta la demanda y también solicita su rechazo.

En primer término, se opone al requerimiento de la actora de ser traído a juicio, en tanto sostiene que no suscribió, modificó, ni negoció los términos de los convenios cuestionados, por lo que muchos menos pudo haber aplicado el CER a las sumas de dinero que la actora debía devolver. Argumenta que al no ser parte de los convenios de asistencia financiera celebrados entre el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional —que es un ente descentralizado— y la Provincia de La Pampa, resulta ajeno a la contienda y, por ende, se halla jurídica y materialmente imposibilitado de satisfacer el objeto de la pretensión que traduce la demanda (v. fs. 203/215, apartado 2º).

Con igual propósito señala las diferencias entre el rol del Estado Nacional y el del Consejo de Administración del FFFIR del cual forma parte junto a las demás Provincias.

En cuanto al fondo del asunto, tras examinar en detalle las normas de emergencia relativas a la pesificación, su excepcionalidad y plazo, y el régimen del CER y del CVS, avala la aplicación por vía analógica del decreto 214/02 al caso de autos, y coincide, en lo sustancial, con la posición del FFFIR.

Observa así que el objetivo que llevó a los contratantes, cuando se encontraba vigente la ley de convertibilidad, a utilizar la alusión "pesos convertibles" no fue otro que el de efectuar una clara mención al dólar como manera de mantener incólume el poder adquisitivo de las prestaciones realizadas.

Arguye que la tasa LIBOR prevista en los contratos era una manera de aplicar intereses a las obligaciones pactadas en dólares. Y que tal era la tasa de referencia aplicable antes de la modificación de la ley de convertibilidad; pero sancionada la ley 25.561, con base en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la fijación de esta tasa en la ley 24.855 quedó tácitamente derogada (fs. 213).

Por ende entiende que la actora no puede pretender que, dada la magnitud de los cambios operados, su contrato se mantenga inalterable, máxime frente a la situación de las demás jurisdicciones.

De allí que "al momento de reajustar el contrato a parámetros legales y reales, el Fondo aplicó el CER y no la tasa activa del Banco Nación, que hubiera acarreado un desembolso mucho mayor por parte de la actora" (fs. 213 vta.).

V) Producida la prueba y clausurado el periodo correspondiente, el FFFIR, la actora y el Estado Nacional presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fs. 1219/1234, 1236/1253 y 1255/1257, respectivamente.

VI) A fs. 1261/1263 obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal sobre los puntos constitucionales propuestos.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de esta Corte tal como se declaró a fs. 132/133.

2º) Que en este proceso la Provincia de La Pampa demanda al Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional, a fin de obtener que cumpla los contratos de mutuo, celebrados el 4 de febrero y el 6 de diciembre de 1999 (adjuntados a fs. 73/76 y 77/82, respectivamente), cuya inejecución le ocasiona un desequilibrio económico y financiero, según denuncia, dado que la priva de disponer de los fondos provenientes de la Coparticipación Federal de Impuestos, afectados a la realización de los fines establecidos en la ley de presupuesto provincial y cuya restitución solicita (fs. 105/114).

En lo sustancial, la controversia gira en torno a la pertinencia o no de aplicar el decreto 214/02 a las sumas devengadas como consecuencia del préstamo otorgado a la provincia en el marco de dichos convenios hasta su conclusión; frente a la abrogación de la paridad dispuesta por la Ley de Convertibilidad 23.928, mediante la ley 25.561 y el decreto 214/02. En ese contexto, la imposición por parte del Fondo al gobierno provincial de la aplicación del coeficiente de estabilización de referencia prevista en ese decreto, motiva el presente pleito.

De allí que, como bien señala la señora Procuradora Fiscal en el apartado VII de su dictamen, lo determinante de este caso es establecer si el decreto 214/02 es aplicable a tales convenios, tal como lo pretende el FFFIR y resiste la actora por esta causa (v. fs. 1261/1263).

3º) Que razones de orden lógico indican que el planteo del Estado Nacional de fs. 203 vta./207, sea tratado en primer lugar.

Para dilucidar el punto conviene recordar que el fundamento de la ampliación de la demanda efectuada por la Provincia de La Pampa a fs. 121/122, a fin de traer al Estado Nacional a juicio, radica en un doble orden de razones: su carácter de fideicomisario y, por ende, el destinatario final de los bienes del Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional; y el rol destacado que la Provincia le asigna como miembro del Consejo de Administración.

Al respecto, es dable sostener que si bien el Estado Nacional no es parte firmante del Contrato de Mutuo, sí mantiene un vínculo especial con el Fondo. En tanto parte obligacional activa, fue el Estado Nacional quien oportunamente lo constituyó, ello junto con la responsabilidad subsidiaria que conserva en el desenvolvimiento del Fondo en el marco de las facultades y limitaciones que surgen de la ley de creación 24.855 y de su decreto reglamentario 924/97, son aspectos que revelan un interés directo en el litigio y que surge manifiesto de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales usadas por las partes (*Fallos: 313:1681*).

En efecto, de las diversas normas aplicables, en especial del recordado decreto 924/97 (B.O. 19/09/97), resulta que el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional tiene las atribuciones conferidas por la ley 24.855 para ejecutar el Programa Nacional de Desarrollo Regional y Generación de Empleo, y que está representado por el Consejo de Administración, siendo su plazo de duración de treinta (30) años. El Banco de la Nación Argentina actúa como fiduciario, según la norma y el contrato de fideicomiso. El Estado Nacional será el fideicomisario, y los beneficiarios serán las jurisdicciones que adhieran (artículo 1º).

De acuerdo a la ley 24.441, los "beneficiarios" del fideicomiso son quienes perciben los frutos que produzca la propiedad fiduciaria, en tanto el "fideicomisario" es el destinatario de los bienes fideicomitidos.

En cuanto al origen de los recursos, más allá del modo de capitalización del Fondo en el contexto de la venta en subasta pública de los activos del Banco Hipotecario Nacional sujeto a privatización y de la actuación del Fondo de Asistencia (v. Anexo 3 de la documentación anexa a la contestación de la demanda), lo cierto es que fue la decisión del gobierno federal a su respecto la que posibilitó el flujo de fondos para su instalación y funcionamiento.

A su vez, el Estado Nacional también es el "fideicomitente", y además, en tanto parte del Consejo de Administración elige a su Presidente, según lo dispone el artículo 10 del decreto 924/97: "De entre los miembros del Consejo de Administración designados conforme el art. 5º de la ley 24.855, el Jefe de Gabinete de Ministros y servicios nombrará al Presidente de dicho cuerpo, quien ejercerá las funciones de representante legal", y el artículo 12 in fine de ese decreto determina que "El cese de cualquiera de los miembros del Consejo se producirá por renuncia o remoción, dispuesta por el Jefe de Gabinete de Ministros".

El Estado Nacional resulta así fiduciante, fideicomisario y beneficiario, bien que en este último caso, junto a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En consecuencia, no obstante los esfuerzos argumentativos de la Procuración del Tesoro de la Nación, vertidos en la Instrucción nº 195/AJ/06, cursada a la Dirección de Asuntos Jurídicos del entonces Ministerio de Economía y Producción, en orden a desvincular al Estado Nacional de la litis (fs. 1125/1129), es dable concluir en que éste no resulta ajeno al proceso, en el cual ha tomado la intervención que le compete en resguardo de sus derechos.

Por lo demás, según afirma el mismo Fondo en su responde a fs. 167 vta., la política seguida por el Consejo de Administración del FFFIR, al disponer la reestructuración con el CER de los préstamos en vigencia, fue conocida por la Jefatura

de Gabinete de Ministros y otras dependencias de la Administración (ver III.14), mediante los informes que se le enviaron, y además tuvo exteriorización presupuestaria, con arreglo a la normativa legal en vigor.

En tales condiciones, contrariamente a lo sostenido por el Estado Nacional, estos extremos determinan su condición de parte sustancial en el sub lite, y conducen a admitir su inclusión en los límites subjetivos de la sentencia y su correlativa posibilidad de ejecución.

4º) Que la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes impone la necesidad de examinar el caso en los estrictos términos en que fue planteado y dictar una decisión judicial que ponga fin a la controversia.

5º) Que de acuerdo con las constancias acompañadas por la actora y según surge de los elementos incorporados a estas actuaciones los hechos expuestos en los resultandos precedentes, las disposiciones que gobiernan el FFFIR y los términos de los contratos de mutuo no han sido controvertidos por las partes, por lo que se encuentra fuera de discusión que los contratos suscriptos entre el FFFIR y la actora fueron pactados en pesos convertibles (v. cláusula cuarta de los contratos acompañados a fs. 73/82 y lo manifestado por las partes, incluso por el Estado Nacional).

En cambio, lo que está en tela de juicio en este proceso —según se explicó— es la procedencia de la aplicación del decreto 214/02 a las sumas que se devengan y se deben pagar como consecuencia del empréstito otorgado a la provincia, tal como lo ha dispuesto el FFFIR, y ha procedido a debitar el Banco Nación de los recursos de coparticipación correspondientes.

6º) Que el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional fue creado por la ley 24.855, promulgada el 22 de julio de 1997, como el instrumento central del Programa de Desa-

rrollo Regional y Generación de Empleo.

Su carácter extrapresupuestario queda determinado en el artículo 4º de la ley, encuadrándose dentro del Sector Público Nacional no Financiero.

El Fondo es "un sujeto de derecho público, federal y de carácter interjurisdiccional, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones", debiendo interpretarse que la expresión fiduciario atribuible al Banco de la Nación Argentina "se emplea en el sentido de mandatario y no como propietario imperfecto".

Sus objetivos consisten en asistir a las Provincias y al Estado Nacional, incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la financiación de obras de infraestructura económica y social tendientes a la utilización de mano de obra intensiva, la integración nacional, la disminución de los desequilibrios socioeconómicos, el desarrollo regional y el intercambio comercial. El financiamiento se distribuye en partes iguales entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las 23 Provincias; los cupos provinciales se asignan conforme los determinados en la ley 23.548.

Las jurisdicciones provinciales garantizan sus créditos mediante la Coparticipación Federal, en tanto que los financiamientos a la Nación están autorizados en el Presupuesto Nacional, con Fuente de financiamiento 15 "Crédito Interno".

7º) Que el señor Procurador Fiscal subrogante realizó en su dictamen de fs. 125/129 una precisa descripción de las características propias del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional. Recordó así que por medio del artículo 5º de la ley 24.855, se dispuso que el Fondo funcionaría en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, pese a que luego pasó a actuar en la órbita de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación a partir del decreto 1.044/01, conformando su estructura organizativa como entidad descentralizada, conjuntamen-

te con el Comité Federal de Radiodifusión, la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Autoridad Regulatoria Nuclear.

Más tarde, el Fondo fue transferido al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios mediante el decreto 408/03, sin modificar su naturaleza jurídica, por lo que pareciera surgir de tales textos legales que el Fondo no está encuadrado en la Administración Pública Nacional. Asimismo por el artículo 1º de la resolución 1.034/04 de dicho Ministerio, se delegó en la Secretaría de Obras Públicas la representación del Estado Nacional como jurisdicción, en el Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 del decreto 924/97, sustituido por su similar 408/03. Tal criterio, que se enuncia en el referido dictamen, se ve corroborado por el artículo 8º de la ley 24.156, de Administración Financiera, modificado por el artículo 70 de la ley 25.565, de Presupuesto General de Gastos de la Administración Nacional para el ejercicio 2002, que establece quiénes integran el Sector Público Nacional y cuyo inciso a) comprende a los organismos que integran la Administración Central y recién el inciso d) incorpora a los Fondos Fiduciarios.

Recordó también que tal como surge del debate parlamentario de su ley de creación, en oportunidad de discutirse el carácter extrapresupuestario del Fondo, se lo califica como "institución de crédito" o "ente de financiamiento" (...) "que reviste un carácter particular" (v. moción sostenida por el Diputado de la Provincia de La Pampa, señor Suárez, y por el Diputado de la Provincia de Córdoba, señor Balestrini, respectivamente, en las sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación s/ ley 24.855, del 7 y 8 de abril de 1997).

8º) Que si bien la ley 24.855 nada dice en forma explícita sobre la naturaleza jurídica del Fondo Fiduciario que crea, puede sostenerse que ésta se desprende implícitamente de su texto, dado los elementos que constituyen la institución y las facultades que aquél le otorga (Fallos: 303:1812). Tal con-

clusión se confirma al interpretar la ley de creación conjuntamente con las demás normas que rigen el instituto.

En ese sentido los decretos reglamentarios 924/97 –sustituido por su similar 408/03– y 228/98, de Desarrollo Regional y Generación de Empleo son las normas específicas de diseño del Fondo, y determinan su naturaleza y la del contrato de fideicomiso, que lo operativiza.

El artículo 1º del decreto 924/97 establece que el Fondo "tendrá las atribuciones conferidas por la ley 24.855 para ejecutar el Programa Nacional de Desarrollo Regional y Generación de Empleo. Estará representado por el Consejo de Administración y su plazo de duración será de treinta (30) años."

Se designa al Banco de la Nación Argentina fiduciario y al Estado Nacional como fideicomisario, siendo las jurisdicciones que adhieran los beneficiarios junto con el propio Estado Federal.

Por su parte, el decreto 228/98 echa luz sobre quién reviste el rol de fideicomitente, al explicar cómo a fin de facilitar las operaciones de colocación de las acciones del Banco Hipotecario S.A., se dispuso constituir un Fideicomiso de Asistencia para la capitalización del Fondo, mediante el aporte del producido neto de la venta de las acciones del Banco Hipotecario S.A., con excepción de las excluidas por el artículo 7º, inciso a) de la ley 24.855, y/o los empréstitos que se contraigan con garantía sobre tales acciones (artículo 47 del decreto 924/97).

Mediante el referido decreto se aprobaron los textos del "Contrato de Fideicomiso", que regularía las relaciones entre el Consejo de Administración y el Banco de la Nación Argentina (artículos 1º y 8º del decreto 924/97), y del "Contrato de Fideicomiso de Asistencia", previsto en el artículo 47 del decreto 924/97, a fin de proceder a la capitalización del Fondo, los que serían suscriptos por el presidente del Fondo y el presidente del Banco de la Nación Argentina, en representación de

las entidades que presiden y en carácter de fiduciante, el primero, y de fiduciario, el segundo, según lo dispone su artículo 21.

De los antecedentes del Anexo I del decreto surge que "Por la ley 24.855 y el decreto se ha creado el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (...) con el objeto, patrimonio, atribuciones y facultades allí determinados...".

9º) Que la representación del Fondo quedó confiada a un Consejo de Administración compuesto por siete miembros, que asume y ejerce su administración (artículo 5º de la ley 24.855 y artículos 1º y 10 del decreto 924/97), dotado de amplias facultades para efectuar todas las medidas necesarias para el funcionamiento de su estructura y el cumplimiento de los fines para los cuales aquél fue creado (artículos 13, 14, 19, 22, del decreto 924/97). Tiene además capacidad para financiar, para contratar, para endeudarse con las distintas jurisdicciones y con otras entidades (artículos 11 y 26 de la ley, decretos 924/97 y 1.284/99, dictamen de la Procuración General, capítulo III a fs. 126 vta. y 127).

Se trata, en consecuencia, de un sujeto de derecho público, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

10) Que, a su vez, este instituto se combina con la figura del fideicomiso de la ley 24.441, y con el dominio fiduciario previsto en el artículo 2662 del Código Civil.

Es sabido que el fideicomiso es el resultado de una relación fiduciaria originada en el contrato, cuya finalidad típica es la transmisión de la propiedad fiduciaria, patrimonio de afectación distinto del de aquéllos que lo conformaron (v. Guastavino, Elias P. "El Fideicomiso de la propiedad participada en las empresas privatizadas". Antícpo de Anales, año XXXVIII, segunda época, nº 31. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, pág. 4 y ss.).

No obstante que la ley 24.441, que regula la especie, no contiene previsiones respecto a los fideicomisos públicos, puede sostenerse que la finalidad instrumental de esta modalidad de fideicomiso consiste en fomentar el desarrollo socio económico y el crecimiento de las distintas regiones geográficas del país, a través del manejo de recursos aportados, y administrados por una institución fiduciaria, en el caso, el Banco de la Nación Argentina –según el artículo 6º de la ley 24.855– quien lo administra de acuerdo a las instrucciones otorgadas por el Consejo de Administración, y sólo podría actuar por cuenta y orden de las jurisdicciones que lo soliciten (Estado Nacional, Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires; fs. 127).

Es en este marco en el que las partes subsumieron voluntariamente la relación jurídica que las vincula.

11) Que la ley 23.928 del año 1991 instauró un régimen de convertibilidad técnica desde el punto de vista monetario, consistente en disponer que a partir del 1º de abril de 1991, el austral sería convertible con el dólar de los Estados Unidos de América, a una relación DIEZ MIL AUSTRALES (A 10.000.) por cada DÓLAR, para la venta en las condiciones establecidas en dicha norma.

La sanción de esta ley significó una trascendente modificación al régimen monetario y obligacional signado por el principio nominalista, complementado y ampliado por los decretos reglamentarios 529/91, 941/91 y 959/91, entre otros. Su carácter de orden público la tornó imperativa con los alcances expuestos en su articulado e instaló la noción de que la moneda de curso legal en el país a partir de su vigencia sería el “austral convertible”, más tarde devenido en “peso convertible”.

Los contratos de mutuo se celebraron bajo la vigencia de dicho régimen.

12) Que en el contexto de la crisis que padeció el país una década más tarde, y que demostró toda su intensidad y

gravedad desde fines de 2001, el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.561, por la que se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria y delegó en el Poder Ejecutivo Nacional –hasta el 10 de diciembre de 2003, plazo prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2005 por las leyes 25.820 y 25.972– el ejercicio de las facultades en ella establecidas para reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario que además instituyó y para crear las condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con aquélla (artículo 1º).

Por el artículo 2º facultó al Poder Ejecutivo Nacional a establecer el sistema para determinar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras.

A ese fin el Poder Ejecutivo Nacional dictó –entre otras normas de emergencia– el decreto 214/02, según el cual quedaron transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen –judiciales o extra-judiciales– expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos.

En lo que aquí interesa, el artículo 4º del decreto 214/02 dispone expresamente que a las deudas referidas en su artículo 8º se les aplique un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central de la República Argentina. En ese sentido, el artículo 8º del decreto establece que las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U\$S 1)= un peso (\$ 1), a las que se les aplicará lo dispuesto en su artículo 4º.

13) Que al haberse producido la recordada crisis que llevó a la declaración de la emergencia económica y financiera

y, con ello, al abandono del régimen de convertibilidad independizando el valor del peso de la pauta oficial que lo relacionaba en paridad con el del dólar estadounidense, el artículo 4º de la ley 25.561, al sustituir el texto de los artículos 7º y 10 de la ley 23.928, mantuvo vigente la prohibición de indexar que establecían dichas normas (Fallos: 333:447, causa "Massolo, Alberto José c/ Transportes del Tejar S.A.").

14) Que la aplicación del coeficiente de estabilización ya mencionado no importó la derogación de lo establecido por los artículos 7º y 10 de la ley 23.928, en la redacción establecida por el artículo 4º de la ley 25.561 (arg. artículos 1º y 10, ley 25.713, con los alcances dados al artículo 10 por el decreto 44/2003).

El legislador mantuvo inalterable la derogación legal, por medio de la cual se dejaron sin efecto todas las normas que establecían o autorizaban la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación, y por medio del Coeficiente de Estabilización de Referencia, o el que lo reemplace en el futuro, creó un sistema de recomposición, derivado de las modificaciones cambieras, aplicable a aquellas obligaciones expresadas en dólares u otra moneda extranjera a partir de la sanción de la ley 25.561.

Dicho régimen no debe ser confundido con los anteriores sistemas de actualización de deudas, ya que sólo tuvo por objeto disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en las normas de emergencia como consecuencia de la salida de la convertibilidad, y no repotenciar un crédito o deuda que es lo que la ley prohíbe.

En efecto, lejos de los mecanismos indexatorios prohibidos, se aplican –al amparo de las normas vigentes– fórmulas de recomposición, ámbito en el que la figura del CER coadyuvó a ese fin, bien que con el riguroso alcance que impone el decreto 214/02, ratificado por el Congreso de la Nación mediante el artículo 64 de la ley 25.967.

15) Que, a su vez, por medio del artículo 8º, del capítulo II de la ley 25.561, se dispuso que a partir de la sanción de la ley referida, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedasen sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Asimismo se determinó que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedarian establecidos en pesos a la relación de cambio un peso igual a un dólar estadounidense.

16) Que frente a ello, y al no valer ya la referencia a la tasa LIBOR pactada con base en la ley 24.855 y el decreto 924/97, el FFFIR comenzó unilateralmente a aplicar el CER a las cuotas del préstamo otorgado a la Provincia de la Pampa que seguían devengándose en los plazos previstos en el mutuo que las vincula, coeficiente sólo contemplado legalmente para las obligaciones originalmente contraídas en dólares estadounidenses o moneda extranjera, sin el consentimiento de la autoridad provincial, y en esas condiciones hizo efectiva la garantía contemplada en el contrato.

17) Que, a ese respecto, corresponde indicar, que en casos en los que se pretendía la aplicación del mencionado decreto a una obligación exigible en pesos, el Tribunal concluyó -de acuerdo con el criterio sostenido por el Procurador General en su dictamen emitido en este proceso- que "...resulta prístino que las normas del decreto 214/02 no resultan aplicables dado que, en el sub lite, no hay que transformar a pesos obligación alguna, pues -con independencia del monto resultante tras la discusión de los conceptos que debían incorporarse a la base imponible- la cantidad a pagar no estaba "expresada en dólares" (arg. artículos 1º, 8º y cc. del citado decreto), sino que ya lo estaba en pesos (conf. causas E.222.XLII. "Editorial Perfil S.A. (T.F. 13.456-A) c/ DGA", sentencia del 12 de agosto de 2008; D.619.XLIII. "DGA (En IBM Argentina S.A. TF 14405-A)", sentencia

del 4 de noviembre de 2008; S.334.XLIII. "Sevel Argentina S.A. (TF 11495-A) c/ DGA", sentencia del 18 de noviembre de 2008; A.610.XLIII. "Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. (TF 10313-A) c/ Dirección General de Aduanas", sentencia del 2 de diciembre de 2008; S.967.XLIII. "Siemens S.A. (TF 16117-A) c/ DGA", sentencia del 22 de diciembre de 2008; V.61.XLIII. "Volks-wagen Argentina S.A. (TF 14533-A) c/ ANA", sentencia de idéntica fecha; A.338.XLIII "Acerotécnica Textil S.R.L. y Braga Hnos S.A. (TF 9165-A) c/ DGA", sentencia del 17 de marzo de 2009; A.1217.XLIII "Aseguradora de Créditos y Garantías (TF-14398-A) c/ Dirección General de Aduanas", sentencia de idéntica fecha; U.61.XLIV. "Unisel S.A. (TF 17866-A y acum.) c/ DGA", sentencia de la misma fecha; V.363.XLIV "Volkswagen Arg. S.A. (TF 15405-A) c/ ANA", sentencia de la misma fecha; U. 59. XLIV "Unilan Trelew S.A. (TF 12170-A) c/ DGA", sentencia del 31 de marzo de 2009; V.118.XLIII. "Volkswagen Argentina S.A. (TF 15150-A) c/ ANA", sentencia del 26 de marzo de 2009; S.786.XLIV. "Scania Argentina SA (TF 14660-A) c/ DGA", sentencia del 28 de abril de 2009; S.728. XLIV "SKF Argentina S.A. (TF 15658-A) c/ D.G.A., senten-cia del 5 de mayo de 2009; D.303.XLIII. "DGA (Texinter S.A.) -TF 16914-A- y otro", sentencia del 27 de mayo de 2009; D. 126. XLV "DGA -(Autos Mubel S.A.- TF 14325-A)", sentencia del 25 de agosto de 2009; V.534.XLIV. "Volkswagen Argentina S.A. (TF 15341-A) c/ DGA", sentencia del 29 de septiembre de 2009; A.602.XLV. "Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. (TF 10726-A y AC) c/ DGA", sentencia del 23 de marzo de 2010, y C.135. XLVI "Cyanamid de Argentina S.A. (TF 19906-A) c/ DGA", sentencia del 8 de junio de 2010).

18) Que el razonamiento en el que se fundan los pre-cedentes citados demuestra claramente que resulta inaplicable el referido decreto a la obligación tratada en autos, dado que si la norma es inequívoca en su alcance, la interpretación queda por él limitada.

En efecto, es establecida doctrina del Tribunal que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando

ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042; 323:620 y 329:3470). Y que el examen de la norma debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu (Fallos: 323:3014). De allí que no resulte admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal (Fallos: 324:2780; 326:2367 y 327:5345).

19) Que en esas condiciones, por aplicación del criterio que surge de los precedentes citados cabe concluir en que los contratos invocados en el sub lite están excluidos de la previsión contenida en el artículo 4º del decreto 214/02, máxime cuando la norma por sus características de emergencia es de interpretación restrictiva.

Al examinar las circunstancias fácticas y procesales de la causa, cabe señalar que las cuotas correspondientes a los saldos deudores fueron fijadas en pesos convertibles, entonces moneda de curso legal en el país, y así debía exigirse su cumplimiento, motivo por el cual no corresponde aplicar el reajuste equitativo previsto por la ley 25.561 y el decreto 214/2002 para las obligaciones de dar suma de dinero pactadas en moneda extranjera (arg. Fallos: 333:447, considerando 17).

20) Que no es óbice a la solución que se adopta el origen de los fondos con los cuales se capitalizó el Fondo, se integró su patrimonio y, consecuentemente, se otorgaron los créditos sub examine, que han sido en su gran mayoría en dólares estadounidenses (v. el alegato de la demandada a fs. 1.233 vta. y la prueba informativa rendida a fs. 269/272; 276/482, y 495/583), pues tal aserto, que es descalificado por la representación provincial al alegar a fs. 1239 vta. y 1240 (v. también informe del Estado Nacional acompañado a fs. 1137/1197), no modifica la circunstancia relevante de que la obligación contenida en el convenio de mutuo no fue contraída en esa divisa.

Tampoco convence ese temperamento la inclusión de la

tasa LIBOR en los contratos -conf. ley 24.855 y decreto 924/97-, y su vinculación con obligaciones en dólares, porque su origen legal fue lo que llevó a los contratantes a utilizarla como referencia en su acuerdo de voluntades y no el signo de la moneda pactada.

21) Que habida cuenta de todo lo expuesto en lo que concierne al caso de autos, asiste razón a la Provincia de La Pampa en cuanto sostiene que la norma en cuestión no puede serle destinada de modo imperativo, dado que la obligación que se discute no se halla enmarcada en el ámbito de aplicación material de aquélla.

En cuanto al concreto planteo del FFFIR, debe concluirse que resultan inaplicables al caso las normas de emergencia -ley 25.561 y decreto 214/02-, por cuanto el contrato de mutuo fue pactado en "pesos convertibles".

Frente a ello son inoperantes los artículos 11 de la ley 25.561 y 1º y 8º del decreto 214/02, ya que refieren a supuestos completamente distintos al de autos. Esas disposiciones conciernen a obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses o en otra moneda extranjera.

En tales condiciones, esa normativa de emergencia no resulta aplicable al caso, en la medida en que la pretensión de computar el CER, equivale en definitiva a introducir de manera compulsiva una solución que no se concilia con los términos del decreto, que supone la existencia de obligaciones en moneda extranjera de una naturaleza diversa a las que aquí se discuten.

De tal manera, al hacerse efectiva la garantía por responsabilidad contractual, y debitarse automáticamente por el Banco Nación los fondos coparticipables de la actora en los términos del decreto 214/02, dándole paradojalmente un tratamiento a esas obligaciones como si no se hubiera operado la derogación de la ley de convertibilidad, se ha actuado contra lo expresamente previsto en las cláusulas del mutuo, por lo que de-

se ordenarse la devolución de las sumas retenidas en el concepto aquí examinado.

22) Que las consideraciones precedentes son suficientes para resolver la especie y tornan innecesario el tratamiento de los restantes argumentos expuestos por las partes (Fallos: 333:2367).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda seguida por la Provincia de La Pampa contra el FFFIR y el Estado Nacional y declarar inaplicable a este proceso el decreto 214/02. II. Ordenar la restitución de las sumas de la coparticipación federal que le fueron retenidas por aplicación del CER en los periodos denunciados. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), con excepción de las correspondientes al Estado Nacional, que se distribuyan por su

-///-orden (artículo 1º del decreto 1.204/01). Notifíquese, enviése copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación, y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY  
(pa su voto)

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
pa su voto

ENRIQUE S. PETRACCHI

E. RAÚL ZAFFARONI  
VO-/-

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

Considerando:

Que las infrascriptas coinciden con el voto que encabeza este pronunciamiento, con excepción de los considerandos 14 y 21, que quedan redactados de la siguiente manera.

14) Que la aplicación del coeficiente de estabilización ya mencionado no importó la derogación de lo establecido por los artículos 7º y 10 de la ley 23.928, en la redacción establecida por el artículo 4º de la ley 25.561 (arg. artículos 1º y 10, ley 25.713, con los alcances dados al artículo 10 por el decreto 44/2003).

El legislador mantuvo inalterable la derogación legal, por medio de la cual se dejaron sin efecto todas las normas que establecían o autorizaban la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación, y por medio del Coeficiente de Estabilización de Referencia, o el que lo reemplace en el futuro, creó un sistema de recomposición, derivado de las modificaciones cambieras, aplicable a aquellas obligaciones expresadas en dólares u otra moneda extranjera a partir de la sanción de la ley 25.561.

Dicho régimen no debe ser confundido con los anteriores sistemas de actualización de deudas, ya que sólo tuvo por objeto disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en las normas de emergencia como consecuencia de la salida de la convertibilidad, y no repotenciar un crédito o deuda que es lo que la ley prohíbe.

En efecto, lejos de los mecanismos indexatorios prohibidos, se aplican -al amparo de las normas vigentes- fórmulas de recomposición, ámbito en el que la figura del CER coadyuvó a ese fin, bien que con el limitado alcance que impone el decreto 214/02.

21) Que habida cuenta de todo lo expuesto en lo que concierne al caso de autos, asiste razón a la Provincia de La Pampa en cuanto sostiene que la norma en cuestión no puede serle destinada de modo imperativo, dado que la obligación que se dispute no se halla enmarcada en el ámbito de aplicación material de aquélla.

En cuanto al concreto planteo del FFFIR, debe con-

cluirse que resultan inaplicables al caso las normas de emergencia -ley 25.561 y decreto 214/02-, por cuanto el contrato de mutuo fue pactado en "pesos convertibles".

Frente a ello son inoperantes los artículos 11 de la ley 25.561 y 1º y 8º del decreto 214/02, ya que refieren a supuestos completamente distintos al de autos. Esas disposiciones conciernen a obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses o en otra moneda extranjera.

En tales condiciones, esa normativa de emergencia no resulta aplicable al caso, en la medida en que la pretensión de computar el CER, equivale en definitiva a introducir de manera compulsiva una solución que no se concilia con los términos del decreto, que supone la existencia de obligaciones en moneda extranjera de una naturaleza diversa a las que aquí se discuten.

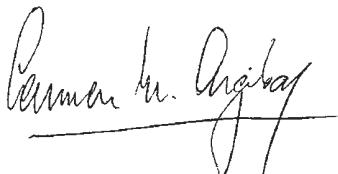
De tal manera, al hacerse efectiva la garantía por responsabilidad contractual, y debitarse automáticamente por el Banco Nación los fondos coparticipables de la actora en los términos del decreto 214/02, dándole a esas obligaciones un tratamiento que no toma en cuenta la vigencia de las disposiciones legales que prohíben la aplicación de cualquier pauta de actualización a las obligaciones contraídas en moneda del propio país, ha actuado en contra de lo expresamente previsto en las cláusulas del mutuo, por lo que debe ordenarse la devolución de las sumas retenidas en el concepto aquí examinado.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda seguida por la Provincia de La Pampa contra el FFFIR y el Estado Nacional y declarar inaplicable a este proceso el decreto 214/02. II. Ordenar la restitución de las sumas de la coparticipación federal que le fueron retenidas por aplicación del CER en los períodos denunciados. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), con excepción de las correspondientes al Estado Nacional, que se distribuyen por su orden (artículo 1º del decreto 1.204/01). Notifíquese, envíese

copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación, y, oportunamente, archívese.



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: Provincia de La Pampa.

Nombre del demandado: Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional.

Profesionales intervenientes: Dres. Fernando José Conte Grand, Matías Toso y José Alejandro Vanini; Mario Petraccaro, Alberto Manuel García Lema, y Mónica Scocco; Mónica Cristina Vallejos y María Fernanda Lorenzo.

---

YPF S.A.  
C/ MENDOZA, PROVINCIA DE Y OTRO  
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

**YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES**

Cabe hacer lugar a la acción declarativa de certeza promovida por la actora en su carácter de titular de concesiones de áreas de producción de hidrocarburos contra una provincia, a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre causado por la interpretación que el Estado local efectúa con relación al sentido y alcance de la norma contenida en el tercer párrafo, segunda parte, del artículo 6º de la ley 25.561, y en virtud de la cual le exige el pago de diferencias por regalías, pretendiendo que las correspondientes a hidrocarburos vendidos en el mercado interno que ya liquidó y pagó en la proporción al precio obtenido o al precio corriente en ese mercado se recalculen y paguen como si se hubiere tratado de operaciones de exportación, pues una adecuada interpretación de la norma, en conjunto con los artículos 12, 56, inc. c, 59, 61 y 62 de la ley 17.319, el decreto 1671/69, el artículo 10 del decreto 2411/91; art. 9º del decreto 2178/1991; y res. 155/1992 y 435/2004 de la Secretaría de Energía de la Nación, lleva a la conclusión que el ámbito de aplicación de aquélla no puede exceder del mercado de comercio exterior de hidrocarburos, que es aquel en el que se verifican las consecuencias propias de los derechos de exportación creados.

**REGALIAS**

La limitación prevista en el 3º párrafo del artículo 6º de la ley 25.561, que determina que “en ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo, para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras, apuntó y apunta específicamente a que no fuesen computados los derechos de exportación para disminuir la base a tomar en cuenta para la determinación de las regalías cuando los respectivos hidrocarburos son objeto de comercialización en el mercado externo, siendo esa la consecuencia directa e inmediata de los derechos de exportación y solo ese alcance puede dársele a lo establecido por la ley sin forzar su interpretación.

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- I -

A fs. 526/554, Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (“YPF”, en adelante) promovió demanda declarativa de certeza contra la provincia de Mendoza, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

Expresó que, en su carácter de titular de concesiones de diversas áreas de producción de hidrocarburos ubicadas en la provincia demandada, inicia esta acción a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre causado por la interpretación que efectúa la accionada del art. 6º, tercer párrafo, segunda parte, de la ley 25.561, con sustento en la cual le exige el pago de diferencias por regalías, pretendiendo que las correspondientes a hidrocarburos vendidos en el mercado interno “que Y.P.F. ya liquidó y pagó en proporción al precio obtenido o al precio corriente en ese mercado” se recalculen y paguen como si se hubiere tratado de operaciones de exportación, es decir, adicionando el derecho que recae sobre los hidrocarburos salidos del país o, lo que es equivalente, considerando como valor de boca de pozo los precios de exportación, que fueron notoriamente superiores.

Especificó que, de acuerdo con la legislación vigente en materia de hidrocarburos, las regalías deben calcularse y pagarse tomando como base los precios efectivamente obtenidos o facturados por las operaciones de comercialización, o el valor corriente en el mercado interno al tiempo de industrializarse en el caso de su transferencia a destilería (arts. 12; 56, inc. c.; 59; 61 y 62 de la ley 17.319; art. 10 del decreto 2.411/91; art. 91 del decreto 2.178/91; y resoluciones 155/92 y 435/04 de la Secretaría de Energía de la Nación). Por ende, agregó, ninguna incidencia posee en su cálculo el derecho de exportación

previsto en el art. 61 de la ley 25.561 para las regalías devengadas por transacciones efectuadas en el mercado local.

Manifestó que la provincia de Mendoza le había enviado siete cartas documento a través de las cuales le había intimado el pago de una deuda total de \$22.749.159,49 por los períodos marzo a septiembre de 2002, y que esa deuda resulta de la diferencia entre calcular las regalías de acuerdo al precio en el exterior (bajo la forma de adicionar al obtenido en el mercado local el derecho de exportación previsto en el art. 6º de la ley 25.561) y las ventas dentro del país.

Rechazó esta pretensión provincial, pues sostuvo que no existe precepto alguno en virtud del cual las regalías por las ventas en el mercado local deban ser liquidadas y pagadas al precio vigente para las exportaciones. Adujo en su apoyo la postura adoptada por la Secretaría de Energía de la Nación en su nota 309/06 y pidió que se la cite como tercero junto al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Por último, solicitó que se dicte una medida cautelar de no innovar con el fin de suspender preventivamente la exigencia de pago de las sumas reclamadas hasta tanto se dicte pronunciamiento definitivo en esta causa.

- II -

A fs. 1137/1141, V.E. -de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 1128-, declaró que la causa corresponde a su competencia originaria, rechazó la citación de los terceros y corrió traslado de la demanda. En el mismo acto, hizo lugar a la medida cautelar requerida.

- III -

A fs. 1182, el Tribunal declaró extemporánea la contestación de la demanda presentada por la provincia de Mendoza y ordenó su desglose.

A fs. 1193, en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 360 del CPCCN, la actora desistió de la prueba pericial contable e informativa ofrecida y solicitó que la causa pase a resolver.

En estas condiciones, a fs. 1194 se giran las actuaciones a la vista de este Ministerio Público.

## - IV -

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

Sobre la base de estas premisas, considero que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN, pues ha mediado una actividad explícita de la demandada, dirigida a la “*percepción*” de las regalías hidrocarburiferas que estima adeudadas. En efecto, el texto de las siete cartas documento obrantes a fs. 8/22 indican que la autoridad provincial exigió -otorgando un plazo de quince días a partir de su respectiva notificación- el pago de los importes allí detallados, con más los intereses y accesorios, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales. Ello representa una conducta explícita, dirigida al cobro de su acreencia (Fallos: 327:1108 y 328:4198, cons. 3º).

Como claramente advirtió V.E. en Fallos: 310:606 (cons. 5º), la admisión de que concurren en la especie los presupuestos de la acción meramente declarativa, en especial el estado de incertidumbre respecto de los alcances de la relación jurídica concreta y el interés suficiente en el accionante, impediría esgrimir la aptitud de otros medios legales para poner término inmediatamente a la controversia (art. 322, primer párrafo, CPCCN). En efecto, dentro de ese marco, la exigencia de tramitar previamente la vía administrativa cuando la provincia ha exigido el pago bajo apercibimiento de acciones judiciales, implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial inmediata que dilucide el estado de falta de certeza entre el particular que cuestiona la actitud del Estado y este último, razonamiento que -implícita pero indudablemente- subyace en la resolución adoptada por V.E. a fs. 1137/1141, al otorgar la medida cautelar solicitada por la actora.

Por otra parte, pienso que V.E. sigue siendo competente para entender en esta causa, a tenor de lo dictaminado a fs. 1128.

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

## - V -

De la forma en que ha quedado planteada la litis, se desprende que la cuestión a discernir estriba en determinar si resulta procedente la pretensión de la Provincia de Mendoza

de exigir que las regalías hidrocarburiferas devengadas en los períodos marzo a septiembre de 2002 por ventas o transferencias en el mercado interno, que Y.P.F. ya liquidó y abonó en proporción al precio obtenido o al corriente en ese mercado, se recalculen y paguen como si se hubiere tratado de operaciones de exportación.

Para ello, atento a lo indicado por la provincia de Mendoza en sus cartas documento que lucen a fs. 8/22, debe dilucidarse si su pretensión de cobro se ajusta a lo previsto por “...el art. 6º de la ley 25.561, a lo dispuesto por la autoridad de aplicación, y de conformidad a los arts. 124 de la Constitución Nacional, 1º de la Constitución de la Provincia de Mendoza, y ley 26.197”.

Analizaré cada una de estas normas a continuación, en su concreta incidencia durante los períodos abarcados por esta causa.

- VI -

Liminarmente, corresponde recordar que el art. 2º de la ley 17.319 establece que las actividades relativas a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, privadas o mixtas.

Por su parte, su art. 4º autoriza al Poder Ejecutivo a otorgar permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte de hidrocarburos, y el art. 6º dispone que esos permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y también comercializar sus derivados.

Entre los deberes de los concesionarios de explotación se encuentra el de abonar mensualmente, en concepto de regalía, un doce por ciento sobre el producido de los hidrocarburos líquidos extraídos en boca de pozo (cfr. art. 59). Idéntica obligación se impone a la producción de gas natural, sobre el valor de los volúmenes extraídos y efectivamente aprovechados (art. 62).

En lo que aquí interesa, el art. 61 fija el método para establecer el valor de los hidrocarburos líquidos o del gas a los fines del cálculo de la regalía en la forma siguiente: “*El pago en efectivo de la regalía se efectuará conforme al valor del petróleo crudo en boca de pozo, el que se determinará mensualmente por la autoridad de aplicación restando del fijado según las normas establecidas en el inciso c) apartado I del artículo 56, el flete del producto hasta el lugar que se haya tomado como base para fijar su valor comercial. Si la autoridad no lo fijara, regirá el último establecido*” (el subrayado me pertenece).

El citado art. 56, inc. c), ap. I, establece: “*El precio de venta de los hidrocarburos extraídos será el que se cobre en operaciones con terceros. En caso de que exista vinculación económica entre el concesionario y el comprador, no se fijen precios o se destine el producto a ulteriores procesos de industrialización, el precio se fijará conforme al valor corriente del producto en el mercado interno al tiempo de enajenarse o industrializarse*”. Inmediatamente a continuación, se ocupa del supuesto de salida de estos productos al exterior del país, de la siguiente manera: “*En caso de exportación de hidrocarburos, su valor comercial a los efectos de este artículo se fijará en cada oportunidad sobre la base del precio real obtenido por el concesionario en la exportación, o, de no poder determinarse o no ser razonable, fundándose en precios de referencia que se establecerán periódicamente y para lo futuro sobre bases técnicamente aceptables*”.

En este punto, es prudente recordar que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos, es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos (Fallos: 200:176; 307:928, entre otros).

Desde esta óptica, observo que art. 56, inc. c), ap. I, de la ley 17.319 regula sucesivamente dos supuestos claramente diferenciados para fijar el valor de los hidrocarburos a los fines del cálculo de la regalía: las “*operaciones en el mercado interno*” -en cuyo caso el valor estará determinado por el precio de venta en las transacciones celebradas con terceros o el valor corriente del producto dentro del país-, y las “*exportaciones*” -supuesto en el que el será aquél realmente obtenido por el concesionario al destinar el hidrocarburo para su consumo en el exterior-.

La inferencia a la que se accede queda ratificada, como bien lo señala la actora, por los decretos 2.178/91 y 2.411/91, así como por las resoluciones de la Secretaría de Energía 155/92 y 435/04.

El primero de ellos, al convocar a concurso público internacional para la adjudicación de permisos de exploración en determinadas áreas, puso a cargo del concesionario el pago directo a la provincia dentro de la cual se ubiquen las concesiones, por cuenta del Estado Nacional, de las regalías resultantes de la aplicación de los arts. 59 y 62 de la ley 17.319. Agregó a continuación: “*A tal fin el concesionario abonará hasta el doce por ciento (12%) de la producción valorizada sobre la base de los precios efectivamente obtenidos por éste en las operaciones de comercialización de los hidrocarburos del área, con*

*las deducciones previstas en los arts. 61 y 62 de la ley 17.319*” (cfr. art. 9º, el subrayado no pertenece al original).

El segundo de los reglamentos nombrados fijó el marco dentro del cual se reconvirtieron en permisos de exploración y concesiones de explotación los contratos anteriormente celebrados por YPF bajo el régimen de la ley 21.778, el decreto 1.443/85 y otros, en virtud de los cuales la entonces empresa estatal se había obligado a recibir los hidrocarburos extraídos. También se determinó allí que los concesionarios tendrían a su cargo el pago directo a la provincia de las regalías resultantes de la aplicación de los arts. 59 y 62 de la ley 17.319, abonando hasta el 12% de la producción valorizada “*sobre la base de los precios efectivamente obtenidos en las operaciones de comercialización de hidrocarburos provenientes del área*” (cfr. art. 10, el subrayado no pertenece al original).

Por último, las resoluciones de la Secretaría de Energía 155/92 y 435/04 obligaron a los concesionarios de explotación responsables del pago de regalías a informar los volúmenes de petróleo crudo efectivamente producidos, detallando los precios “*efectivamente facturados*” en cada período, discriminando entre ventas al mercado interno y al externo. A partir de esos datos, se les requirió la declaración del “*valor boca de pozo*” que sirve de base para el cálculo de las regalías a abonar (cfr. arts. 1º, 2º y 5º de la resolución 155/92; en idéntico sentido, arts. 1º, 4º y 6º de la resolución 435/04).

Si las normas han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 255:360; 258:75; 281:146, entre muchos otros), es claro para mí que el valor a considerar para la liquidación y pago de las regalías por los hidrocarburos líquidos y gas natural producidos en el mercado interno es el “*precio efectivamente obtenido*” (decretos 2.178/91 y 2.411/91), esto es, el “*efectivamente facturado*” (resoluciones de la Secretaría de Energía 155/92 y 435/04) en las “*operaciones con terceros*” (ley 17.319) o, en los supuestos especialmente previstos, “*el valor corriente del producto en el mercado interno al tiempo de enajenarse o industrializarse*”.

Esta conclusión se impone toda vez que no existen cuestiones de hecho y prueba controvertidas en autos, pues no se ha cuestionado la veracidad de los precios efectivamente obtenidos o facturados por YPF S.A. en sus ventas en el mercado interno, o el valor corriente del producto en él al tiempo de enajenarse o industrializarse.

Por ende, estimo improcedente la postura provincial -esbozada en las cartas

documento de fs. 8/22- de calcular las regalías sobre el precio internacional de esos productos vendidos, enajenados o industrializados en el mercado interno, cuando aquél no ha sido el “*efectivamente obtenido*” ni el “*efectivamente facturado*”, ni tampoco representa “*el valor corriente del producto en el mercado interno al tiempo de encadenarse o industrializarse*”.

Para finalizar, no es ocioso señalar que las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482, 302:1284).

Desde esta perspectiva, no puede pasar inadvertido que si la provincia hubiera optado por cobrar las regalías en especie (cfr. art. 60 de la ley 17.319 y resolución de la Secretaría de Energía 232/02), hubiera recibido el 12% del volumen de los hidrocarburos o del gas natural producidos que, en la hipótesis de ser posteriormente vendidos en el mercado interno, le hubieran permitido obtener el precio público del producto dentro del país (cfr. arts. 6°, 7°, 10 de la ya citada resolución 232/02), mas nunca el vigente a nivel internacional, que es lo que aquí erróneamente pretende.

- VII -

Sentado lo anterior, corresponde ahora analizar lo dispuesto por el art. 6° de la ley 25.561, norma en la cual también la demandada basa su reclamo.

Para ello, estimo oportuno recordar que esta ley declaró, invocando el art. 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, al tiempo que delegó al Poder Ejecutivo Nacional una serie de facultades para proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos; crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública; y reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en su art. 2°.

En el capítulo I de su título IV ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la reestructuración de determinadas deudas con el sector financiero, estableciendo la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar (U\$S 1).

Agregó que ese departamento de Estado podía establecer medidas compensatorias para evitar desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y

emergentes del impacto producido por las decisiones que se adoptaran, “...*las que podrán incluir la emisión de títulos del Gobierno nacional en moneda extranjera garantizados. A fin de constituir esa garantía créase un derecho a la exportación de hidrocarburos por el término de CINCO (5) años facultándose al Poder Ejecutivo nacional a establecer la alicuota correspondiente. A ese mismo fin, podrán afectarse otros recursos incluidos préstamos internacionales*”.

A continuación añadió: “*En ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo, para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras*”.

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

Con base en ello, es mi parecer que este párrafo posee una única interpretación posible que en el caso de exportaciones de hidrocarburos líquidos y gas natural, el derecho que percibe el Estado Nacional (arts. 724 y sgtes., Código Aduanero) no podrá ser detraído del valor “*boca de pozo*” empleado para el cálculo y pago de las regalías a las provincias. Lo dispuesto en nada influye, por ende, respecto de las operaciones en el mercado interno involucradas en esta causa, las que configuran un supuesto de hecho ajeno al alcance de ese precepto.

Corroboran lo expuesto los debates originados con motivo de la sanción de la ley 25.561, en especial las manifestaciones del diputado Matzkin, quien actuó como miembro informante.

Sostuvo el citado legislador que el art. 6º se refería a los deudores y a los ahorristas del sistema financiero y se ocupaba del subsidio que habría de otorgarse a los que se hallaban endeudados con este sistema y su financiamiento.

Sobre este punto, especificó: “*El financiamiento que hemos previsto es el que surge de captar el mayor valor, la plusvalía originada por el hecho del principio ante una eventual devaluación. Tratamos de capturar ese valor, no la renta anterior. Sacamos una fotografía y no tocamos absolutamente nada de la renta petrolera anterior, ni de las participaciones de las provincias, ni de sus regalías. Si la relación era buena, seguirá siendo buena, y si era mala, continuará de la misma manera. Pretendemos apropiarnos del mayor valor de las exportaciones de hidrocarburos*” (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 5 y 6 de enero de 2002, p. 127).

Cierto es que las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de una ley son, en general, simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronuncian (*Fallos*: 77:319), pero no puede decirse lo mismo de las explicaciones brindadas por los miembros informantes de los proyectos, pues tales explicaciones o informes constituyen una fuente propia de interpretación (*Fallos*: 33:228; 100:51; 114:298; 141:254).

Con este valor interpretativo, lo que el miembro informante expresó es que las provincias continuarían cobrando las regalías sobre la renta petrolera como lo venían haciendo hasta ese momento (año 2002), es decir, sobre el precio “*efectivamente facturado*” o “*el valor corriente del producto al tiempo de encadenarse o industrializarse*” para las operaciones en el mercado interno. Paralelamente, en caso de operaciones con el exterior, la Nación habría de apropiarse, a futuro, del mayor valor -en pesos- de esas exportaciones de hidrocarburos, sin que en este caso singular se viera afectado el erario provincial, pues los derechos de exportación no serían deducibles para el cálculo de las regalías. Este mayor valor en pesos derivaba de las expectativas de devaluación del peso frente al dólar existentes a la fecha de sanción de la ley.

En estas condiciones, resulta evidente para mí que ni la letra del art. 6º de la ley 25.561 ni la intención del legislador al sancionarlo abonan la postura de la demandada que surge, reitero, de las cartas documento de fs. 8/22.

- VIII -

Por último, resta analizar lo dispuesto por la ley 26.197, el art. 124 de la Constitución Nacional y el art. 1º de la Constitución de la Provincia de Mendoza, todos ellos invocados por la accionada en sustento de su reclamo.

El art. 124 de la Constitución Nacional establece: “*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”.

Por su parte, el art. 1º de la Carta Magna local preceptúa: “*La Provincia de*

*Mendoza es parte integrante e inseparable de la Nación Argentina y la Constitución Nacional es su Ley Suprema. Su autonomía es de la esencia de su gobierno y lo organiza bajo la forma republicana representativa, manteniendo en su integridad todos los poderes no conferidos por la Constitución Federal al Gobierno de la Nación. Sus yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, como así también toda otra fuente natural de energía sólida, líquida o gaseosa, situada en subsuelo y suelo, pertenecen al patrimonio exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado Provincial. Su explotación debe ser preservada en beneficio de las generaciones actuales y futuras. La Provincia podrá acordar con otras y con el Gobierno Nacional sistemas regionales o federales de explotación”.*

Es evidente que las dos normas transcriptas no fijan el método con base en el cual YPF debió liquidar sus regalías por las operaciones realizadas en el mercado interno aquí involucradas ni tampoco invalidan el efectivamente aplicado por ella y, por ende, se revelan insuficientes para sustentar la postura de la demandada.

Por último, el art. 2º de la ley 26.197 es claro al establecer que: “*A partir de la promulgación de la presente ley, las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios...*”. Ese acto de promulgación se produjo el 3 de enero de 2007, es decir, con posterioridad a los períodos debatidos en esta causa (marzo a septiembre de 2002).

Ello basta, en mi parecer, para rebatir cualquier tipo de pretensión de cobro de la demandada que se asiente en las atribuciones que le reconoce esta ley a las provincias, razón por la cual deviene inoficioso analizar el alcance de esas facultades de administración en este caso y su incidencia respecto de los derechos y obligaciones de los titulares de los permisos de exploración y concesiones de explotación otorgados o aprobados por el Estado Nacional con anterioridad a su promulgación.

- IX -

Por lo expuesto, considero que debe hacerse lugar a la demanda.

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010

LAURA M. MONTI  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *8 de octubre de 2013.*

Vistos los autos: "YPF S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", de los que

Resulta:

I) Que a fs. 1097/1125 YPF Sociedad Anónima, en su carácter de titular de concesiones de áreas de producción de hidrocarburos ubicadas en la Provincia de Mendoza, promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra dicho Estado provincial, a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre causado por la interpretación que este último efectúa con relación al sentido y alcance de la norma contenida en el tercer párrafo, segunda parte, del artículo 6º de la ley 25.561, y en virtud de la cual le exige el pago de diferencias por regalías, pretendiendo que las correspondientes a hidrocarburos vendidos en el mercado interno que YPF ya liquidó y pagó en la proporción al precio obtenido o al precio corriente en ese mercado se recalculen y paguen como si se hubiere tratado de operaciones de exportación, es decir adicionando el derecho de exportación que recae sobre los hidrocarburos o, lo que es equivalente, considerando como valor de boca de pozo los precios de exportación, que fueron notoriamente superiores.

Señala que de acuerdo a la legislación vigente en materia de hidrocarburos, las regalías deben calcularse y pagarse tomando como base los precios efectivamente obtenidos o facturados por las operaciones de comercialización, o el valor corriente en el mercado interno al tiempo de industrializarse, en el caso de su transferencia a destilería (artículos 12, 56, inc. c, 59, 61 y 62 de la ley 17.319; artículo 10 del decreto 2411/91; artículo 9º del decreto 2178/1991; y res. 155/1992 y 435/2004 de la Secretaría de Energía de la Nación), y que por lo tanto no tiene ninguna incidencia en el cálculo de las operacio-

nes efectuadas en el mercado interno, el derecho de exportación previsto en el artículo 6º de la ley 25.561.

Expresa que después de años de liquidación pacífica y consentida de las regalías según las pautas precedentemente referidas, la Provincia de Mendoza le ha cursado a YPF siete cartas documento a través de las cuales la intimó al pago de una deuda total de \$ 22.749.159,49 por ese mismo concepto, con relación a los períodos correspondientes a marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2002, con fundamento en lo que considera una modificación en el criterio para la determinación de los valores en boca de pozo, los que, según la demandada, no se habrían ajustado "a lo previsto por el artículo 6º de la ley 25.561, a lo dispuesto por la autoridad de aplicación, y de conformidad a los artículos 124 de la Constitución Nacional, 1º de la Constitución de la Provincia de Mendoza y ley N° 26.197".

Afirma que la cantidad que le reclama la demandada resulta de la diferencia entre calcular las regalías de acuerdo al precio en el mercado exterior (bajo la forma de adicionar al precio obtenido en el mercado local el derecho de exportación previsto en el artículo 6º de la ley 25.561) y las ventas en el mercado interno. Es decir, no según el precio de venta efectivamente obtenido o el valor corriente en el mercado local al tiempo de industrializarse en el caso de la transferencia a destilería (que es lo que hizo YPF) sino de acuerdo a la cotización del barril de crudo a precio internacional, pretensión que importa –según lo argumentado por la actora–, un claro apartamiento de las disposiciones contenidas en la ley 17.319, sus normas reglamentarias y en la propia ley 25.561, y "significa aplicar una gabela sobre una base inexistente, exorbitante, ficticia, e inaplicable en el caso", dado que resulta de público y notorio que los precios de venta del petróleo son muy inferiores a la cotización a precio internacional.

En ese sentido, sostiene que la citada ley 25.561 se

refiere solo a las exportaciones, de modo que no existe norma alguna en virtud de la cual las regalías por las ventas en el mercado local deban ser liquidadas y pagadas del modo como lo pretende la provincia. Señala que el Estado Nacional, a través de la Secretaría de Energía, ha tenido oportunidad de pronunciarse en contra de una pretensión provincial equivalente (decretos 225/06 y 226/06 de la Provincia del Neuquén), ocasión en la que se puso de relieve que ese proceder interfiere en forma manifiesta en la política nacional de hidrocarburos porque tiene la virtualidad de encarecer su precio en el mercado local, al tomar como referencia valores de boca de pozo que se alejan de los precios realmente obtenidos por la producción nacional, compromete los acuerdos de estabilidad de precios sobre hidrocarburos que intenta sostener el gobierno con el objeto de reducir las expectativas inflacionarias, afecta los derechos de los usuarios de combustibles, quienes correrían el riesgo de tener que afrontar mayores precios, perturba la política nacional en materia de inversiones en exploración, explotación y transporte de hidrocarburos que se intenta impulsar desde el gobierno con el objeto de lograr que el sistema energético respalde el crecimiento de la economía doméstica, genera señales de inseguridad jurídica que desalientan la inversión, y contraviene "una regla de oro en materia de pago de regalías que expresa que el valor de boca de pozo para el pago de regalías se liquidará en función del valor del producto obtenido por el concesionario en sus operaciones de comercialización", regla que es "mantenida ahora en la ley 26.197".

En síntesis, concluye en que la demandada viola las normas contenidas en la ley 17.319 y, en consecuencia, los artículos 31 y 75, incs. 12, 18, 19 y 30 de la Constitución Nacional, avasalla competencias propias de la autoridad de aplicación de esa normativa que es la Secretaría de Energía de la Nación, e interfiere en la política que ha adoptado el Poder Ejecutivo Nacional en materia de cálculo y pago de regalías y precios de los hidrocarburos.

Finalmente solicita que el Tribunal disponga la citación como tercero del Estado Nacional -Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios o de la Secretaría de Energía- en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que se dicte una medida cautelar de no innovar con el fin de suspender preventivamente la promoción de las demandas anunciadas, las eventuales ejecuciones fiscales, o cualquier medida asegurativa contra bienes o derechos de YPF, hasta tanto se dicte pronunciamiento definitivo en esta causa.

II) Que a fs. 1137/1141 se admitió la prohibición de innovar solicitada y se desestimó el pedido de intervención del Estado Nacional.

III) A fs. 1182 se ordenó el desglose del escrito de contestación de demanda del Gobierno de la Provincia de Mendoza y de la Fiscalía de Estado de esa provincia, por haber sido presentado extemporáneamente.

Considerando:

1º) Que según se desprende de los términos de la demanda, (artículos 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y de acuerdo a lo resuelto por la Corte el 7 de abril de 2009, esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

2º) Que YPF Sociedad Anónima, en su carácter de titular de concesiones de áreas de producción de hidrocarburos ubicadas en la Provincia de Mendoza, promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra dicho Estado provincial, a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre causado por la interpretación que este último efectúa con relación al sentido y alcance de la norma contenida en el tercer párrafo, segunda parte, del artículo 6º de la ley 25.561, y en virtud de la cual le exige el pago de di-

ferencias por regalías, pretendiendo que las correspondientes a hidrocarburos vendidos en el mercado interno que YPF ya liquidó y pagó en la proporción al precio obtenido o al precio corriente en ese mercado se recalculen y paguen como si se hubiere tratado de operaciones de exportación, es decir adicionando el derecho de exportación que recae sobre los hidrocarburos o, lo que es equivalente, considerando como valor de boca de pozo los precios de exportación, que fueron notoriamente superiores.

3º) Que el problema que da origen al inicio del proceso consiste en las divergencias de interpretación de la ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, en particular de la norma contenida en el citado artículo 6º, en cuanto dispone que "...el Poder Ejecutivo nacional podrá establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y emergentes del impacto producido por las medidas autorizadas en el párrafo precedente, las que podrán incluir la emisión de títulos del Gobierno Nacional en moneda extranjera garantizados. A fin de constituir esa garantía créase un derecho a la exportación de hidrocarburos por el término de CINCO (5) años (que se prorrogó por períodos similares en virtud de la leyes N° 26.217 y 26.732) facultándose al Poder Ejecutivo nacional a establecer la alícuota correspondiente. A ese mismo fin, podrán afectarse otros recursos incluidos préstamos internacionales...".

4º) Que esa misma norma establece que "...en ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo, para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras...". Esta última previsión es la que origina, precisamente, la diferencia de interpretación apuntada.

5º) Que si bien el propósito de la referida disposición fue -según su texto- la generación de recursos para el fisco que serían destinados a evitar desequilibrios en las entidades financieras, resultantes de la reestructuración de las deudas con ese sector (que se convirtieron a la relación de cam-

bio \$ 1 = U\$S 1), con el tiempo pasó también a tener, como objetivo y efecto, la contención de los precios internos de los combustibles.

6º) Que este último propósito puede apreciarse de manera clara a partir de los considerandos de las resoluciones 337/2004, 532/2004 y 394/2007 del -por entonces- Ministerio de Economía y Producción de la Nación, en los que se puso de resalto el aumento considerable del precio internacional del petróleo y el objetivo de desvincular a la economía local de esas modificaciones externas, con el fin -según se sostuvo- de aislar al consumidor de dichas fluctuaciones y atenuar su impacto en la economía.

7º) Que, en consecuencia, la gestión de hidrocarburos que implementa el Poder Ejecutivo Nacional a través del mantenimiento y aumento de los derechos de exportación ha tenido y tiene como objetivo -además de la recaudación de rentas extraordinarias- el sostentimiento del nivel de precios en el mercado interno, de modo de aislarlo del impacto económico que podrían producir los precios del mercado externo (conf. resoluciones citadas en el párrafo precedente).

8º) Que de acuerdo a lo que surge del expediente de la Dirección General de Rentas que dio motivo al decreto provincial 435/2007 (Nº 2729 D 2007), lo que la Provincia de Mendoza pretende es que las empresas productoras de hidrocarburos liquiden las regalías, con relación a las operaciones en el mercado local, tomando como valor de referencia el precio del petróleo crudo internacional y no el de comercialización en el territorio argentino; a partir de interpretar que este último también debe ser el resultante de la aplicación de la retención fijada.

9º) Que, por lo tanto, lo que la Provincia de Mendoza denomina "unilaterales e ilegítimos descuentos" no sería otra cosa -según surge de las constancias del expediente administrativo de referencia- que los efectos reguladores de los derechos a las exportaciones.

A ese efecto económico la demandada lo denomina "conformación intrínseca del precio", "distorsión del precio del crudo dentro del país", "distorsión en el cálculo de regalías por la imposición de derechos de exportación", entre otras expresiones equivalentes.

10) Que a su criterio, esa situación "afecta la percepción de regalías de las provincias que no exportan, mientras que en las que exportan, las regalías se calculan antes de la retención y por lo tanto a precio pleno", lo cual genera -según su postura- una distorsión en la "asignación de los recursos", "tanto entre ellas (las provincias) y la Nación como entre cada una de las provincias entre sí" (ver fs. 13 del expediente administrativo).

11) Que es necesario indicar que la ley 17.319 establece las directivas para la determinación del valor de boca de pozo y el pago de las regalías, y las normas reglamentarias que ulteriormente fueron dictadas tales como los decretos 2411/91, 2178/91, resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación 155/92, 232/02 y 435/04 (que se detallan en el cap. IV, ap. I de la demanda) son concordantes con lo establecido en aquélla.

12) Que entre dichas directivas el artículo 61 de la ley 17.319 dispone que "el pago en efectivo de la regalía se efectuará conforme al valor del petróleo crudo en boca de pozo, el que se determinará mensualmente por la autoridad de aplicación restando del fijado según las normas establecidas en el inciso c) apartado I del artículo 56, el flete del producto hasta el lugar que se haya tomado como base para fijar su valor comercial. Si la autoridad no lo fijara, regirá el último establecido".

Por su parte, el artículo 56, inc. c) ap. I establece que "el precio de venta de los hidrocarburos extraídos será el que se cobre en operaciones con terceros. En caso de que exista vinculación económica entre el concesionario y el comprador, no se fije precios o se destine el producto a ulteriores procesos

de industrialización, el precio se fijará conforme al valor corriente del producto en el mercado interno al tiempo de enajenarse o industrializarse. En caso de exportación de hidrocarburos, su valor comercial a los efectos de este artículo se fijará en cada oportunidad sobre la base del precio real obtenido por el concesionario en la exportación, o, de no poder determinarse o no ser razonable, fundándose en precios de referencia que se establecerán periódicamente y para lo futuro sobre bases técnicamente aceptables".

13) Que, por lo tanto, una adecuada interpretación de la norma del artículo 6º de la ley 25.561, en conjunto con los artículos 12, 56, inc. c, 59, 61 y 62 de la ley 17.319, el decreto 1671/69, el artículo 10 del decreto 2411/91; artículo 9º del decreto 2178/1991; y res. 155/1992 y 435/2004 de la Secretaría de Energía de la Nación, en cuanto regulan lo atinente al régimen de pago de las regalías, lleva a la conclusión de que el ámbito de aplicación de aquélla no puede exceder del mercado de comercio exterior de hidrocarburos, que es aquel en el que se verifican las consecuencias propias de los derechos de exportación creados.

La limitación prevista en el 3º párrafo del artículo 6º en examen, que determina que "en ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo, para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras", apuntó y apunta específicamente a que no fuesen computados los derechos de exportación para disminuir la base a tomar en cuenta para la determinación de las regalías cuando los respectivos hidrocarburos son objeto de comercialización en el mercado externo.

Solo esa es la consecuencia directa e inmediata de los derechos de exportación y solo ese alcance puede dársele a lo establecido por la ley sin forzar su interpretación.

14) Que este razonamiento se desprende de la normativa vigente y condice con el expresado por la Secretaría de

Energía de la Nación la que, con relación a una pretensión análoga y equivalente intentada en su oportunidad por la provincia del Neuquén a través del dictado de los decretos 225/06 y 226/06, luego derogados por el decreto 2200/2007, señaló que esas normas interferían en forma manifiesta en la política nacional de hidrocarburos que lleva adelante el Poder Ejecutivo Nacional, y que quebrantaban "una regla de oro en materia de pago de regalías que expresa que el valor de boca de pozo...se liquidará en función del valor del producto obtenido por el concesionario en sus operaciones de comercialización" (Anexo 30, fs. 511).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por YPF Sociedad Anónima contra la Provincia de Mendoza y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada exteriorizada en las cartas documento que integran los Anexos 1 a

-//-/ de fs. 8/21, con relación a una supuesta deuda por diferencias de regalías correspondientes a los periodos marzo/septiembre de 2002. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.



RÍCARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: YPF Sociedad Anónima

Nombre del demandado: Provincia de Mendoza

Profesionales: Dres. Rogelio Driollet Laspiur; Enrique G. Bulit Goñi; Gonzalo J. Llanos; Claudia A. Raiteri; Tomás Antonio Catapano Copia y Juan María Diaz Madero.

---

PARTIDO OBRERO DE LA PROVINCIA DE FORMOSA  
C/ FORMOSA, PROVINCIA DE  
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

*COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA*

La acción declarativa de inconstitucionalidad tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 73 y 74 de la ley provincial 152 (Régimen Electoral de la Provincia de Formosa), como así también de la ley provincial 653 (Sistema Electoral: Lema y Sublema) no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema, prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, en tanto concierne al procedimiento jurídico político de organización de una provincia, es decir, a un conjunto de actos que deben nacer, desarrollarse y consumarse dentro del ámbito estrictamente local, sin perjuicio de que las cuestiones federales que puedan contener este tipo de litigios sean revisadas, en su caso, por la Corte por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

*ELECCIONES*

La intervención de la Corte Suprema a través de su competencia originaria en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia está rigurosamente limitada a los casos en que, frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar, excepción que no se presenta en el caso en que se afirma que las normas locales cuestionadas producen desigualdad manifiesta entre partidos políticos y confusión en el electorado y desvían el voto hacia el sublema más votado con independencia de que su programa y sus candidatos hayan sido o no elegidos por el ciudadano, criterio que se ve corroborado por la circunstancia de que la propia actora reconoce que las normas que impugna no son solo contrarias a la Constitución Nacional, sino que también concultan disposiciones de la propia Constitución provincial.

*DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL*

Suprema Corte:

- I -

A fs. 29/39, el Partido Obrero de la Provincia de Formosa, por medio de su presidente y apoderado, promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la mencionada provincia, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 73 y

74 de la ley provincial 152 (régimen electoral provincial), como así también de la ley provincial 653 (ley de lema y sublema).

Cuestiona tales disposiciones legales, en tanto —según afirma— establecen procedimientos para la elección de convencionales constituyentes provinciales, diputados provinciales, intendentes, presidentes de comisiones de fomento y concejales que alteran el régimen representativo de gobierno y la voluntad popular en el que éste se asienta, al producir desigualdad manifiesta entre partidos y confusión en el electorado; desviar el voto hacia el sublema más votado; hacer posible que candidatos que no obtuvieron el voto mayoritario accedan a los cargos; afectar la facultad constitucional de los partidos políticos de designar y postular sus candidatos a los cargos públicos; y proscribir el acceso democrático de todos los partidos a los cuerpos colegiados de la provincia, limitándolo a los candidatos de la lista que obtenga el mayor número de votos (a la que se le asignan los dos tercios de los cargos) y a la que obtenga el segundo lugar (a la que se le otorga el tercio restante).

Señala que, a todo ello, se suma que el sistema electoral provincial permite que se adhieran las boletas de los distintos sublemas a las de diputados nacionales, lo que crea una desigualdad entre el Partido Obrero —que presenta una única boleta de candidatos— y la gran cantidad de sublemas que postulan a una misma fórmula de candidatos para aquellos cargos.

Sostiene que ese régimen electoral vulnera lo dispuesto por los arts. 1º, 16, 28, 37 y 38 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a la Ley Fundamental por su art. 75, inc. 22, especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21, incs. 1º, 2º y 3º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25, incs. 'a', 'b' y 'c').

En virtud de lo expuesto, pide que se dicte una medida cautelar por la cual —mientras se sustancia el proceso— se suspenda la aplicación de lo dispuesto por los arts. 73 y 74 de la ley provincial 152, de modo de asegurar el ingreso a los

cuerpos colegiados provinciales y municipales de todos los candidatos, en particular los del Partido Obrero, que hayan alcanzado el cociente mínimo requerido según el sistema D'Hont de representación proporcional; y se ordene al Tribunal Electoral Permanente de la Provincia que instrumente un mecanismo para que la boleta del Partido Obrero ocupe un lugar perfectamente distingible en las mesas respecto de las 73 boletas oficializadas, ello a fin de facilitar su identificación por aquellos ciudadanos que la quieran votar.

A fs. 40 se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

- II -

Ante todo, cabe recordar que para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar la materia sobre la que éste versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria (Fallos: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533; 329:759).

En el primero de los supuestos enunciados, para que la causa revista manifiesto contenido federal la demanda deducida debe fundarse directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279).

Pero ello no sucederá cuando en el proceso se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de ellas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales (Fallos: 319:2527; 321:2751; 322:617, 2023 y 2444; 329:783 y 5675).

A mi modo de ver, esta última hipótesis es la que se presenta en el *sub lite*, pues según se desprende de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con los arts. 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230— el planteamiento que efectúa la actora exige en forma ineludible interpretar varias disposiciones legales de la Provincia vinculadas con el régimen establecido para la elección de convencionales constituyentes provinciales, diputados provinciales, intendentes, presidentes de comisiones de fomento y concejales, asunto que concierne a su procedimiento jurídico político de organización, es decir, a un conjunto de actos que deben nacer, desarrollarse y tener cumplimiento dentro del ámbito estrictamente local (Fallos: 326:193 y 3448; 327:1797; 329:5809; dictamen *in re* C. 1637, XLIV, Originario "Colegio de Abogados de Tucumán c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 2 de febrero de 2009, a cuyos fundamentos se remitió V.E. en su sentencia del 7 de abril de 2009; entre otros), ello sin perjuicio de que esas elecciones se celebren simultáneamente con los comicios nacionales, toda vez que no se encuentran en juego las candidaturas nacionales, sino únicamente las locales, lo cual impide la tramitación de la causa ante los estrados de la Corte en esta instancia originaria.

Al respecto, debe ponerse de relieve que el art. 122 de la Constitución Nacional dispone que las provincias "*Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal*", con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra "Gobierno" incluye a la Corte Suprema, a la que no le incumbe "*discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la Constitución Nacional*" (tal como lo sostuvo V.E. en oportunidad de expedirse en Fallos: 177:390 al debatirse la validez de la Constitución de Santa Fe). Ello es así, en razón

de que conservan su soberanía absoluta en lo que concierne a los poderes no delegados a la Nación, según lo reconoce el art. 121 de la Ley Fundamental.

Bajo estos términos, resulta claro que la cuestión federal que propone el actor –el que funda su pretensión en disposiciones de la Constitución Nacional y de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional– no es exclusiva ni es la predominante en la causa, toda vez que se deduce en el marco de un proceso electoral que se rige por las normas de derecho público local, a las que para la solución del pleito el intérprete deberá acudir ineludiblemente.

Por lo tanto, es mi parecer que corresponde a la justicia de la Provincia de Formosa expedirse al respecto, ya que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

En razón de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros), opino que el proceso resulta ajeno al conocimiento del Tribunal.

Buenos Aires, 17 de octubre de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de octubre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el Partido Obrero de la Provincia de Formosa, por medio de su presidente, promueve acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la mencionada provincia, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 73 y 74 de la ley provincial 152 (Régimen Electoral de la Provincia de Formosa), como así también de la ley provincial 653 (Sistema Electoral: Lema y Sublema).

Cuestiona dichas disposiciones en cuanto -según aduce- conforman un sistema electoral que conculca los derechos y garantías de ese partido político, consagrados por los artículos 1º, 16, 28, 37 y 38 de la Constitución Nacional, y en los Tratados Internacionales incorporados a ella en su artículo 75, inciso 22, en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21, incisos 1, 2 y 3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25, incisos a, b y c).

Afirma que el sistema impugnado establece procedimientos para la elección de convencionales constituyentes, diputados provinciales, intendentes, presidentes de comisiones de fomento y concejales que alteran el régimen representativo de gobierno y la voluntad popular en el que se asienta porque: a) producen desigualdad manifiesta entre partidos y confusión en el electorado; b) desvían el voto hacia el sublema más votado con independencia de que su programa y sus candidatos hayan sido o no elegidos por el ciudadano; c) crean la posibilidad de que accedan a los cargos candidatos que no hayan obtenido el voto mayoritario; d) afectan la facultad constitucional de los partidos políticos de designar y postular sus candidatos a los cargos públicos; y e) proscriben lisa y llanamente el acceso democrático de todos los partidos a los cuerpos colegiados de la provin-

cia, limitándolo a los candidatos de la lista que obtenga el mayor número de votos, a la que se le asignan dos tercios de los cargos, y a la lista que alcanza el segundo lugar, a la que se le adjudica el tercio restante.

Sostiene que el procedimiento descripto también afecta y desvía la voluntad popular en lo que atañe a la elección de diputados nacionales por la Provincia de Formosa "[dato] que habilita que se adhieran las boletas de los distintos sub lemas creados a las fórmulas de los mismos", lo cual produce –según afirma– que se acumulen votos para diputado nacional desde sublemas que representan agrupaciones y candidatos completamente disimiles y hasta antagónicos y, además, dificulta la visualización y elección de la única boleta que presenta el Partido Obrero frente a centenares de boletas de sublemas que postulan la misma fórmula para dicho cargo.

Explica que en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias celebradas el 11 de agosto del corriente año el Partido Obrero registró un significativo aumento de su caudal electoral, que pasó del 1,2% de los votos afirmativos para diputados nacionales en igualas comicios del 2011 al 5,14% de los sufragios en la misma categoría, lo cual representa –según aduce– un crecimiento del 430% en dos años. Agrega que en el departamento Formosa ese porcentaje ascendió al 7,72%.

Expresa que en virtud de esos resultados, el Partido Obrero de la Provincia de Formosa es una de las tres agrupaciones políticas que están en condiciones de postular candidatos a diputados nacionales por esa provincia para las próximas elecciones del 27 de octubre de 2013, como así también que esa situación se reproduce en el plano provincial, en el que es una de las tres fuerzas que presentan candidatos a la legislatura local y a concejales en la ciudad de Formosa.

En ese sentido, señala que el Tribunal Electoral Permanente de la Provincia demandada ha oficializado tres Lemas a

nivel provincial, a saber: a) el Partido Justicialista (PJ); b) la Confederación Frente Amplio Formoseño (FAF); c) el Partido Obrero; y d) un cuarto Lema a nivel municipal, denominado Unión Fontanense. También ha oficializado 52 sublemas correspondientes al Partido Justicialista, 17 pertenecientes al FAF, y 3 a la referida agrupación municipal.

Dice que una proyección para las próximas elecciones crea la expectativa fundada de que, con el incremento de alrededor de 3000 votos, al menos uno de los candidatos del Partido Obrero adquiriría el derecho de ingresar al Parlamento provincial en representación de miles de ciudadanos formoseños que los eligieron para llevar adelante el programa y los principios que el Partido sometió a su consideración. Sin embargo, sostiene que el sistema proscriptivo que resulta de la combinación de la llamada "Ley de Lemas" y del régimen electoral estatuido por la ley 152 impediría dicho acceso.

Ello así, por cuanto sostiene que la constitución de grandes conglomerados de fuerzas políticas diversas como sublemas, bajo el lema de aparatos partidarios más grandes, potencia el desconocimiento, para el elector, de la real oferta electoral, porque le impide identificar claramente cuál es el programa político que vota y el efecto que tendrá el sufragio al emitirlo a través de ese sistema. Dice que la norma hace factible, y que habitualmente ocurre, que un mismo partido o "lema" pueda presentar candidatos de izquierda, de centro y de derecha, y con ello engañar al elector encubriendo diferencias ideológicas sustanciales, de modo que éste, creyendo votar por un candidato que interpreta su pensamiento y sus demandas, colabora finalmente con la elección de otro al que rechaza y cuyo acceso al cargo pretendió evitar con ese voto. Es decir, según su opinión, se legitima, estructuralmente, una forma de "fraude y de desviación de la voluntad política del electorado".

Agrega, en lo que concierne a la denominada "Ley de Lemas" que los candidatos a nivel nacional, provincial y comunal

de las dos grandes fuerzas, aparecen replicados en centenares de boletas en toda la provincia, creándose una evidente desigualdad respecto de aquellos partidos que se presentan con una sola boleta.

Además, sostiene que aún en el caso de que lograra sortear el obstáculo de la "Ley de Lemas", y obtuviera los votos necesarios para imponer sus candidatos, igualmente el régimen consagrado por la ley 152 se lo impediría, porque de acuerdo a lo dispuesto por sus artículos 73 y 74, una de las tres fuerzas políticas que compiten en las próximas elecciones está, de antemano, excluida del acceso a cargos electivos, dado que en las elecciones de diputados, convencionales constituyentes y concejales municipales, los dos tercios corresponderán al partido que obtenga la mayoría, y el tercio restante a la minoría.

Asevera que la restricción del acceso a los cuerpos colegiados de la Provincia y de los municipios solamente a dos partidos, agravia el régimen representativo, la igualdad ante la ley y los derechos políticos del Partido Obrero, consagrados por la Constitución Nacional y por la Constitución de la Provincia de Formosa.

Concluye afirmando que el régimen político formoseño que impugna se ha caracterizado por un inmovilismo extremo, y por estar sujeto al control prácticamente monopólico de un solo partido que ha dominado por décadas más de los dos tercios de los escaños, quedando el resto, en virtud de esa normativa, para la segunda fuerza política provincial. Por lo tanto, a su entender, la participación en forma autónoma de una tercera fuerza en el parlamento provincial y en varios Consejos Deliberantes, representaría una modificación trascendental en el cuadro político formoseño y un paso en el sentido de la superación del régimen antidemocrático denunciado.

2º) Que, finalmente, a fin de asegurar la vigencia de sus derechos constitucionales y en atención a lo avanzado del proceso electoral a celebrarse el próximo 27 de octubre del co-

rriente año, solicita que con carácter cautelar se suspenda la aplicación de los citados artículos 73 y 74 de la ley 152, y que se asegure el ingreso a los cuerpos colegiados de la provincia y de los municipios de todos los candidatos, en particular los del Partido Obrero, que alcancen el cociente mínimo requerido a tal efecto por aplicación del sistema D'Hont de representación proporcional. Asimismo solicita que se ordene al Tribunal Electoral Permanente de la Provincia de Formosa la instrumentación de un método por el cual la boleta del Partido Obrero ocupe un lugar perfectamente distingible en las mesas, respecto a las setenta y tres boletas oficializadas, a fin de facilitar su identificación por aquellos ciudadanos que la quieran votar.

3º) Que según se desprende de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con los artículos 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— el presente caso no corresponde a la competencia originaria de esta Corte, prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

4º) Que, en efecto, en hipótesis como la del sub lite en las que se pone en tela de juicio cuestiones concernientes al derecho público local, el litigio no debe ventilarse en la instancia prevista por el artículo 117 citado, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre cuestiones propias del derecho provincial, y dictadas en uso de facultades reconocidas en los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional.

5º) Que, en ese sentido, es preciso recordar que este Tribunal "interpretando la Constitución Nacional...ha respetado el admirable sistema representativo federal que es la base de nuestro gobierno, pues si bien ha hecho justiciables a las provincias ante la Nación...jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y

elección se reunieron los constituyentes argentinos y cuyas facultades están claramente consignadas en los artículos 67, inciso 11, y 104 y sigtes. de la Carta Fundamental de la República. Si, so capa de un derecho lesionado, o no suficientemente tutelado o garantido, la Corte pudiera traer a juicio, a sus estrados, a todos los actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias, sería el régimen unitario el imperante y no el federal que menciona el artículo 1º (arg. Fallos: 236:559).

6º) Que la cuestión planteada concierne al procedimiento jurídico político de organización de una provincia, es decir, a un conjunto de actos que deben nacer, desarrollarse y consumarse dentro del ámbito estrictamente local, sin perjuicio de que las cuestiones federales que puedan contener este tipo de litigios, sean revisadas, en su caso, por esta Corte por la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 180:87; 236:559 citado).

7º) Que, como lo determina el citado artículo 122 de la Constitución Nacional, las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia "sin intervención del Gobierno federal", con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra "Gobierno" incluye a la Corte Suprema, a la que no le incumbe -tal como lo sostuvo en el caso registrado en Fallos: 177:390, al debatirse la validez de la Constitución de Santa Fe de 1921- "discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la Constitución Nacional".

8º) Que la naturaleza y las implicancias de la cuestión planteada llevan a destacar que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentando el postulado axiomático de "que la Constitución Federal de la

República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del artículo 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por si mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104" (causa "D. Luis Resoagli c/ Provincia de Corrientes", Fallos: 7:373; 317:1195). Es por ello que la misión más importante de la Corte consiste en interpretar la Constitución Nacional de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelvan 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 adecuada coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuarán en dos órbitas distintas, debiendo encontrarse solo para ayudarse (Fallos: 186:170; 307:360).

9º) Que la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (artículos 5º y 122), las sujetas a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1º y 5º) y encomienda a esta Corte el asegurarla (artículo 116). Ello a fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804). Es por ello, y con el propósito de lograr el aseguramiento de ese sistema, que en el artículo 117 le ha asignado a este Tribunal competencia originaria, en razón de la materia, en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia (Fallos: 97:177; 183:160; 211:1162 y sus citas; 271:244 y sus citas; 286:198; 310:877; 311:810; 314:495, considerando 1º; entre otros).

Mas esa intervención está rigurosamente limitada a los casos en que, frente a un evidente y ostensible apartamiento

del inequívoco sentido de las normas de derecho público local, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Solo ante situaciones de excepción como la enunciada, la actuación de ese tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804, considerando 18).

En el caso no se advierte la presencia del nítido interés federal (arg. Fallos: 333:1386, considerando 5º) que, en los términos antedichos, permita habilitar la competencia originaria de esta Corte.

10) Que, en ese sentido, es dable considerar que uno de los deberes primordiales de este Tribunal es el de esforzarse para armonizar el ejercicio de la autoridad nacional y de la provincial "evitando interferencias o roces" que coarten o disminuyan a una en "detrimento" de la otra (Fallos: 296:432). Del logro de ese principio debe resultar la amalgama perfecta entre las tendencias unitaria y federal, que Alberdi propiciaba mediante la existencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuaran en órbitas distintas debiendo encontrarse solo para ayudarse pero nunca para destruirse (Fallos: 186:170; 307:360).

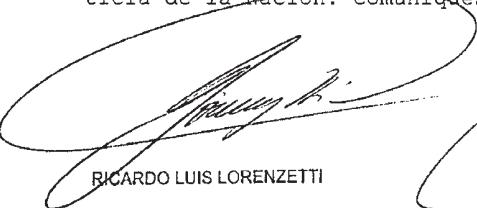
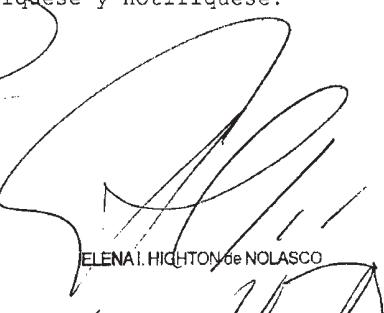
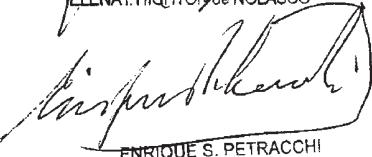
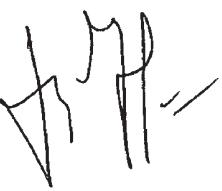
Ese deber sería totalmente olvidado si esta Corte, por vía de su instancia originaria, irrumpiera en el sub lite en el ámbito de la autonomía provincial, con menoscabo de las potestades reconocidas y garantizadas por la propia Constitución y que el gobierno central debe asegurar (artículo 5º in fine de la Ley Fundamental).

11) Que si por la vía intentada se reconociera a las facultades jurisdiccionales de esta Corte la extensión que se le atribuye, la "justicia nacional habría realizado por su facultad de examen y el imperio de sus decisiones, la absorción completa

de los atributos primordiales del gobierno de los Estados" (Fallos: 141:271).

12) Que, incluso, el criterio expresado se ve corroborado por la circunstancia de que la propia actora reconoce que las normas que impugna no son solo contrarias a la Constitución Nacional, sino que también concultan disposiciones de la propia Constitución provincial (ver fs. 34, anteúltimo párrafo; conf. causa "Calabrese, Antonio c/ Santiago del Estero, Provincia de", Fallos: 329:5809).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Comuníquese y notifíquese.

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

Parte actora: (única presentada) Partido Obrero de la Provincia de Formosa, representado por su presidente, Carlos Fabián Servin, con el patrocinio letrado del Dr. Daniel Enrique Zamtlejfer.

Parte demandada: Provincia de Formosa.

**UNIÓN CÍVICA RADICAL DE LA PROVINCIA  
DE SANTIAGO DEL ESTERO  
C/ SANTIAGO DEL ESTERO, PROVINCIA DE  
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA**

***SISTEMA REPUBLICANO***

Cuando se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da a esos términos la Ley Fundamental -ante la postulación como candidato del actual gobernador pese a la regla de una sola reelección consecutiva de la constitución provincial- no puede verse en la intervención de la Corte una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino la procuración de la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional y que la Nación debe garantizar.

***MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA***

Corresponde admitir la medida cautelar innovativa requerida ante la postulación como gobernador de quien ya habría agotado la única reelección que autorizaba el art. 152 y la disposición transitoria sexta de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero si, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece su dictado, aparece con suficiente claridad que si no se accediese al pedido formulado, y finalmente le asistiese razón a la actora, se podrían generar afectaciones que deben ser evitadas.

***REELECCION***

Corresponde suspender la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero hasta tanto se dicte un pronunciamiento definitivo en la causa, si del art. 152 y la disposición transitoria sexta se deriva sin dificultad interpretativa alguna que la constitución adoptada por el pueblo de la provincia en 2005 establece la regla de una sola reelección consecutiva, y aclara específicamente que el período 2005-09, en el que el actual gobernador desempeñó ese mismo cargo, debe ser contabilizado como el primer período, por lo que ante la claridad del texto constitucional cualquier otra interpretación que se intente resulta violatoria de la voluntad constituyente provincial.

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 22/37, la Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero, por medio de su interventor, promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la mencionada provincia, a fin de obtener que se haga cesar el estado de incertidumbre existente con relación a la postulación de Gerardo Zamora, actual gobernador de la provincia, como candidato al mismo cargo para el período que comienza el 10 de diciembre de 2013, y a tal fin se declare: a) que la forma republicana de gobierno garantizada por los arts. 1º, 5 y 122 de la Constitución Nacional no exige el derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos; b) que el principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Ley Fundamental no constituye base legal para declarar la inconstitucionalidad de la disposición transitoria sexta de la Constitución de Santiago del Estero que impide la reelección del actual gobernador de la Provincia; c) que los derechos políticos reconocidos por el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en particular, el derecho a ser elegido y a tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, no son contrarios a la inhabilidad para acceder a un tercer período consecutivo por parte del actual gobernador de la provincia; d) que la disposición transitoria sexta referida al art. 152 de la constitución provincial no es contraria a la Constitución Nacional ni a los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional según lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, por lo que debe ser declarada válida, constitucional, convencional y vigente; e) que lo decidido por el Tribunal Electoral de la provincia, al recoger el pronunciamiento del Juzgado Civil y Comercial de Segunda Nominación provincial, modifica sin razón alguna la voluntad del constituyente local y se aparta del principio de soberanía popular, con violación de la regla de alternancia en el poder de

los gobernantes; y f) que el actual gobernador no se encuentra habilitado para ser candidato al mismo cargo para el nuevo periodo que comienza el 10 de diciembre de 2013.

Señala que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 152 de la constitución provincial sancionada el 25 de noviembre de 2005, durante el primer mandato del actual gobernador (que asumió su cargo el 23 de marzo de 2005 y fue reelecto para el periodo 2009/2013), en concordancia con lo establecido por la disposición transitoria sexta del mismo texto constitucional, aquél no se encuentra habilitado para presentarse nuevamente como candidato a gobernador, pese a lo cual por resolución del 23 de septiembre de este año el Tribunal Electoral provincial oficializó la candidatura a gobernador de Gerardo Zamora por la alianza "Frente Cívico por Santiago", aparentemente por la autorización que se habría otorgado por medio de la sentencia dictada en la causa "Partido Federal Distrito Santiago del Estero c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ amparo" (expediente 432.935/10) en trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación de la provincia, en cuyo marco se declaró la inconstitucionalidad de la disposición transitoria sexta de la constitución provincial por ser supuestamente violatoria de los arts. 16 de la Constitución Nacional y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Expresa que, por tratarse de un partido político reconocido con capacidad para postular candidatos a gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero, el estado de incertidumbre en que se encuentra le produce un perjuicio actual e irreparable al verse obligado a competir contra quien no se encuentra constitucionalmente habilitado para postularse a un nuevo mandato como gobernador.

En virtud de lo expuesto, pide que se dicte una medida cautelar por la cual —mientras se sustancia el proceso— se suspenda la elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero convocada para el próximo 27 de octubre.

A fs. 38 se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

- II -

Ante todo, cabe recordar que para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar la materia sobre la que éste versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria (*Fallos*: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533; 329:759).

En el primero de los supuestos enunciados, para que la causa revista manifiesto contenido federal la demanda deducida debe fundarse directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante (*Fallos*: 322:1470; 323:2380 y 3279).

Pero ello no sucederá cuando en el proceso se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de ellas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales (*Fallos*: 319:2527; 321:2751; 322:617, 2023 y 2444; 329:783 y 5675).

A mi modo de ver, esta última hipótesis es la que se presenta en el *sub lite*, pues según se desprende de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con los arts. 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de *Fallos*: 306:1056; 308:1239 y 2230— el partido político actor pretende obtener certeza respecto de una resolución dictada por el Tribunal Electoral de la Provincia de Santiago del Estero (organismo permanente creado por la

constitución provincial que está integrado exclusivamente por autoridades locales: el presidente del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal de Estado y un diputado de la minoría, según el art. 46) en el marco de elecciones provinciales, por lo que entiendo que el pleito es de naturaleza electoral y, por lo tanto, se rige por el derecho público local –sin perjuicio de que esas elecciones se celebren simultáneamente con los comicios nacionales, toda vez que no se encuentran en juego las candidaturas nacionales, sino únicamente las locales para gobernador y vicegobernador–, lo cual impide la tramitación de la causa ante los estrados de la Corte en esta instancia originaria.

Así lo pienso, pues el asunto se relaciona con el procedimiento jurídico político de organización, es decir, a un conjunto de actos que deben nacer, desarrollarse y tener cumplimiento dentro del ámbito estrictamente local (Fallos: 326:193 y 3448; 327:1797; 329:5809; dictamen *in re* C. 1637, XLIV, Originario "Colegio de Abogados de Tucumán c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 2 de febrero de 2009, a cuyos fundamentos se remitió V.E. en su sentencia del 7 de abril de 2009; entre otros).

Al respecto, debe ponerse de relieve que el art. 122 de la Constitución Nacional dispone que las provincias "*Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal*", con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra "Gobierno" incluye a la Corte Suprema, a la que no le incumbe "discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la Constitución Nacional" (tal como lo sostuvo V.E. en oportunidad de expedirse en Fallos: 177:390 al debatirse la validez de la Constitución de Santa Fe). Ello es así, en razón de que conservan su soberanía absoluta en lo que concierne a los poderes no delegados a la Nación, según lo reconoce el art. 121 de la Ley Fundamental.

Por otra parte, es mi parecer que se intenta la

intromisión de la Corte Suprema en un proceso sujeto a la jurisdicción y competencia de los magistrados de la Provincia de Santiago del Estero por una vía inadecuada, pues el actor persigue mediante una acción independiente de certeza ante V.E. que ésta revise en un juicio nuevo las resoluciones judiciales dictadas por una autoridad provincial que habilitaron al actual gobernador a postularse a la reelección de su cargo, lo cual resulta a todas luces improcedente.

Sobre el punto, la Corte tiene establecido desde antiguo que —con arreglo al art. 7º de la Constitución Nacional— las resoluciones de los tribunales provinciales dentro de su competencia no pueden ser revisadas por los de la Nación, con excepción de que se haga por vía del recurso extraordinario, pues tales resoluciones son actos de soberanía y la justicia nacional no puede examinarlas, ya sea admitiendo recursos que contra ellas se interpongan, ya conociendo de demandas que tiendan a idéntico fin (*Fallos*: 130: 404; 135:236; 329:49).

En ese orden de ideas, ha extendido la doctrina de las causas "*Strada*" y "*Di Mascio*" (*Fallos*: 308:490 y 311:2478, respectivamente) a los asuntos en que se impugnan pronunciamientos dictados por las juntas o tribunales electorales locales, tal como se pretende realizar en autos (v. doctrina de *Fallos*: 332:1460 y sus citas).

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que el actor funde su pretensión en disposiciones de la Constitución Nacional y de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que la cuestión federal no es la predominante en la causa. En efecto, ello no resulta suficiente para suscitar la competencia originaria de la Corte, pues la solución del pleito exige el tratamiento de instituciones de derecho público local —tal como antes se indicó— y el examen en sentido estricto de actos jurisdiccionales de igual naturaleza.

Por lo tanto, es mi parecer que corresponde a la justicia de la Provincia de Santiago del Estero expedirse al respecto, ya que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, exige que sean los magistrados locales

los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

En razón de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros), opino que el proceso resulta ajeno al conocimiento del Tribunal.

Buenos Aires, 17 de octubre de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de octubre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 22/37 el señor interventor de la Unión Cívica Radical en el distrito Santiago del Estero promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el referido Estado provincial, a fin de que se declare que el doctor Gerardo Zamora no se encuentra habilitado para ser candidato a gobernador para el nuevo período que comienza el 10 de diciembre de 2013.

Explica que el artículo 152 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero establece que "El gobernador y vicegobernador ejercerán sus funciones por el término de cuatro años, sin que evento alguno pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino

con intervalo de un período”.

Indica que al momento de sancionarse la reforma constitucional que introdujo la cláusula transcripta (25 de noviembre de 2005), el gobernador era el doctor Gerardo Zamora, quien había asumido el cargo el 23 de marzo de 2005 por un período de cuatro años en los términos de la Constitución Provincial de 1997.

Frente a la existencia de un gobernador en funciones –afirma– y dada la limitación establecida a su reelección, el constituyente provincial consagró la disposición transitoria sexta para evitar cualquier duda interpretativa en relación al mandato en curso. Dicha disposición establece que “El mandato del Gobernador de la Provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período. (Referida al artículo 152)”.

Años después –continúa–, el doctor Zamora fue reelecto gobernador para el período 2009/2013, comenzando el nuevo período el 10 de diciembre de 2009. Sostiene que así agotaba la única reelección que le autorizaba el artículo 152 y la disposición transitoria sexta.

Señala que el mandato del actual gobernador vence el 10 de diciembre del corriente año y que por tal motivo la Provincia de Santiago del Estero convocó a elecciones de gobernador y vicegobernador en forma simultánea con los comicios del próximo 27 de octubre para elegir diputados y senadores nacionales.

Aduce que pese a la prohibición constitucional, se realizó una campaña publicitaria tendiente a propiciar la reelección del doctor Zamora para un tercer mandato consecutivo, ocasionando una gran incertidumbre en la población respecto al proceso eleccionario.

Dicha incertidumbre –según esgrime– se tornó aún mayor cuando recientemente la alianza “Frente Cívico por Santiago” solicitó la oficialización de las candidaturas a gobernador y

vicegobernador de las personas que a la fecha desempeñan esas funciones, es decir, del doctor Gerardo Zamora y Ángel Hugo Niccolai, respectivamente, y el Tribunal Electoral Provincial oficializó la candidatura mediante la resolución dictada el 23 de septiembre de 2013 que en copia se adjunta (anexo B).

Destaca que, aparentemente, la petición de la referida alianza se sustentaría en la habilitación que habría otorgado a tal efecto la sentencia dictada en la causa "Partido Federal Distrito Santiago del Estero c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ amparo" (expte. n° 432.935/2010) y sus expedientes acumulados, en trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación de Santiago del Estero (anexo C), en la que se declaró la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria sexta referida al artículo 152 de la Constitución Provincial, por ser supuestamente violatoria de los artículos 16 de la Constitución Nacional y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Alega que la sentencia ha ignorado por completo la doctrina de esta Corte emergente del precedente de Fallos: 317:1195 que ha establecido la constitucionalidad y la compatibilidad de restricciones similares a la impuesta por la citada disposición transitoria que existen en la Constitución Nacional y en otras constituciones provinciales.

Sostiene que la Provincia de Santiago del Estero ha violentado a través de sus poderes constituidos y sin razones ajustadas a derecho, la voluntad expresa y concluyente de su Poder Constituyente de limitar la reelección de su gobernador a no más de dos períodos consecutivos. Se ha alterado así -a su juicio- uno de los pilares del sistema republicano que es la alternancia en el ejercicio del poder, garantizado en las provincias por los artículos 5º y 122 de la Ley Fundamental.

Funda su legitimación en su condición de partido político distrital con personería política vigente, y en el hecho de integrar el Frente Progresista Cívico y Social, una

alianza electoral que postula, entre otros cargos, al senador Emilio Rached y a la doctora Teresa Pereyra como candidatos a gobernador y vicegobernadora, respectivamente, para las elecciones convocadas para el próximo 27 de octubre.

Solicita asimismo el dictado de una medida cautelar por la que se suspenda la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador provincial para el próximo 27 de octubre y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa.

2º) Que por las razones que seguidamente se expondrán, la cuestión federal que se propone aparece como exclusiva y excluyente de cualquier autoridad provincial (Fallos: 311:1812, sus citas y antecedentes de doctrina).

3º) Que la naturaleza y las implicancias de la acción interpuesta llevan a destacar que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentando el postulado axiomático de "que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del artículo 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104" (causa "D. Luis Re soagli c/ Provincia de Corrientes", Fallos: 7:373; 317:1195)..

Es por ello que una de las más importantes misiones de la Corte consiste en interpretar la Constitución Nacional de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelvan 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 adecuada

coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuarán en dos órbitas distintas, debiendo encontrarse solo para ayudarse (Fallos: 186:170; 307:360).

4º) Que si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (artículos 5º y 122), las sujetas a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1º y 5º) y encomienda a esta Corte el asegurarla (artículo 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804). Es por ello, y con el propósito de lograr el aseguramiento de ese sistema, que el artículo 117 le ha asignado a este Tribunal competencia originaria en razón de la materia en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia (Fallos: 97:177; 183:160; 211:1162 y sus citas; 271:244 y sus citas; 286:198; 310:877; 311:810; 314:495 considerando 1º; entre otros). En su mérito, y cuando como en el caso se denuncian que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da a esos términos la Ley Fundamental, y que constituyen los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, no puede verse en la intervención de esta Corte una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino la procura de la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804), y que la Nación debe garantizar.

5º) Que en ese orden de valoraciones cabe subsumir el caso en examen, al que no puede desconocérsele el nítido contenido federal que presenta. Lo que se ha puesto en tela de juicio es la garantía republicana amparada por el artículo 5º, y lo que esa norma ha perseguido resguardar; el goce y el ejercicio efec-

tivo y regular de las instituciones.

En efecto, es de toda evidencia que el sistema político adoptado por nuestra Constitución y las garantías proclamadas en el estatuto, solo se logran con la consagración real de los compromisos asumidos en aquel certero condicionamiento impuesto por el artículo 5º citado, los que deben tener efectividad y realización ciertas (arg. José Manuel Estrada, "Curso de Derecho Constitucional", tomo 3º, página 144; Fallos: 187:79).

La grave ilegitimidad que se arguye en el caso, y cuya real configuración importaría el avasallamiento del sistema que la provincia juró garantizar, hace surgir un interés federal de tal nitidez, que más allá de lo que se resuelva en definitiva, exige la intervención de la Corte por la vía pretendida.

Cabe precisar que la afectación de la disposición constitucional citada se patentizaría en la inmediata consagración institucional que se denuncia, de no adoptarse las decisiones pertinentes a través de la jurisdicción constitucional prevista para la procura del funcionamiento y cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución Nacional.

6º) Que es deber del Tribunal admitir la radicación de estas actuaciones en su instancia originaria, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. Fallos: 328:1146).

7º) Que establecida como queda expuesto la competencia de la Corte para entender en la cuestión propuesta, y al en-

contrarse en curso un cronograma electoral estructurado en diversas etapas que se integran con plazos breves y perentorios explicitamente contemplados, solo la decisión final por parte de esta Corte de las cuestiones constitucionales planteadas permitirá evitar situaciones frustratorias de los diversos derechos puestos en juego en estas actuaciones.

Tal estado de cosas, como la inminencia del vencimiento del mandato del actual gobernador que se producirá el próximo 10 de diciembre y la trascendencia institucional que reviste el planteo efectuado, exigen a este Tribunal adecuar el procedimiento a la vía prevista en la ley 16.986 y, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 8º, abreviar los plazos para integrar el contradictorio.

8º) Que en ese marco de decisiones cabe también admitir la medida cautelar innovativa requerida, pues si bien este Tribunal ha considerado a ese tipo de solicitudes como una decisión excepcional, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa que altera el estado de cosas existente (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), las ha admitido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los intereses en juego. Es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy difícil o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 320:1633).

En el caso, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece su dictado, aparece con suficiente claridad que si no se accediese al pedido formulado, y finalmente le asistiese razón a la actora, se podrían generar afectaciones que deben ser evita-

das, por lo que la medida cautelar solicitada será admitida.

9º) Que se encuentran suficientemente acreditados los requisitos para que proceda la medida cautelar solicitada (artículo 230, incs. 1 y 2, artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

10) Que en primer término la verosimilitud del derecho invocado por la actora surge con claridad de la Constitución de Santiago del Estero interpretada en el sentido más obvio del entendimiento común (ver, entre otros, *Fallos: 258:75*).

A partir de esta elemental regla interpretativa, cuando el artículo 152 prevé que si el gobernador y el vicegobernador han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un periodo, corresponde únicamente concluir que el pueblo de la provincia —a través de sus constituyentes— estableció el límite de una sola reelección consecutiva para los cargos mencionados.

El constituyente provincial consideró además el caso específico del actual gobernador —que promediaba en ese entonces su primer mandato— y completó la regla del artículo 152 con la disposición transitoria sexta, según la cual *el mandato del Gobernador de la Provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer periodo (Referida al artículo 152)*.

De ambas normas se deriva sin dificultad interpretativa alguna que la Constitución adoptada por el pueblo de Santiago del Estero en 2005 establece la regla de una sola reelección consecutiva, y aclara específicamente que el periodo 2005-09, en el que el actual gobernador desempeñó ese mismo cargo, debe ser contabilizado como el primer periodo.

11) Que, ante la claridad del texto constitucional, cualquier otra interpretación que se intente resulta violatoria de la voluntad constituyente provincial.

La actuación de los tres poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 1º, 31 y 36) y que los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos.

La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras.

Estos principios llevan a descartar de plano la posibilidad de recurrir a la vía judicial, como ocurrió en el caso en el ámbito provincial, no ya para utilizar el texto constitucional como fundamento de alguno de los derechos que de él se derivan sino con el objetivo de lograr que, por vía de una interpretación, se lo modifique.

Interpretar la Constitución no puede significar adjudicarle todos los alcances que, a juicio de la magistratura, pudiesen parecer meramente convenientes o deseables, pues ello desconocería el principio de la soberanía del pueblo según el cual no son los tribunales los titulares del poder constituyente.

Es inadmisible entonces que, so color de ejercer la prerrogativa de revisar e interpretar el texto constitucional, los jueces puedan modificarlo. De lo contrario, la Constitución podría ser alterada de una forma diferente a la que ella prevé, quedando la voluntad del pueblo declarada en ella sometida al

simple arbitrio de un magistrado.

12) Que en segundo término resulta acreditado el peligro que causaría la demora en dictar la medida solicitada. En efecto, cuando el Tribunal Electoral Provincial oficializó la candidatura del gobernador, lo habilitó para competir en las elecciones que tendrán lugar el 27 de octubre próximo en búsqueda de un tercer mandato en ese cargo. Es evidente entonces que ese acto electoral podría producir en breve un trastorno institucional irreparable en la medida en que las autoridades electas puedan llegar a serlo en contradicción textual con la voluntad del pueblo santiagueño plasmada en su Constitución de 2005 de limitar la reelección consecutiva del gobernador.

Ante esta perspectiva, esta Corte debe asegurar preventivamente que cualquiera sea la sentencia definitiva que recaiga en la causa, su cumplimiento sea aun posible dentro del sistema representativo republicano que las provincias se comprometieron a garantizar por medio del artículo 5º de la Constitución Federal.

13) Que esta medida de orden excepcional se dicta en el entendimiento de que la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal en el artículo 122. Sin embargo, en el presente se denuncia que han sido afectadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno que las provincias se obligan a respetar en el artículo 5º. Es por ello que la intervención de esta corte se torna imperiosa para que sean respetados los principios fundacionales del federalismo argentino.

14) Que los principios republicanos que establece la Constitución Nacional impregnán las competencias reservadas por cada una de las provincias para el ejercicio de su poder constituyente. En el orden de estado federal, los constituyentes de 1994 establecieron en el artículo 90 una regla que el artículo 152 de la Constitución de Santiago del Estero reprodujo once

años después en forma casi literal, de acuerdo a la cual si el presidente y el vicepresidente han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un periodo.

Por su parte, la cláusula transitoria sexta citada es textualmente idéntica a la novena de la Constitución Federal, que establece que el *mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer periodo* (*corresponde al artículo 90*).

El paralelismo entre orden federal y local resulta eficaz para recordar que la forma republicana de gobierno es susceptible de una amplia gama de alternativas por los pueblos de las provincias, y que en lo esencial de gobierno ellas deben —tal como lo enseña Joaquín V. González— *confirmar y sancionar los "principios, declaraciones y garantías"* que establece la Constitución Nacional para equilibrar el poder en la forma que establece el artículo 1º de su texto (Manual de la Constitución Argentina, Bs. As., 1959 Ed. Estrada p. 648/649).

15) Que finalmente, y ante la trascendencia que presenta la cuestión sometida a consideración del Tribunal, se impone señalar que la obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional pesa también sobre los partidos políticos, por su condición de instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38 de la Constitución Nacional). Es por ello que sus conductas deben reflejar el más estricto apego al principio republicano de gobierno y evitar cualquier maniobra que, aun cuando pueda traer aparejado algún rédito en la contienda electoral, signifique desconocer las más elementales reglas constitucionales.

Este prudente comportamiento no se verifica, prima facie, en el obrar del Partido Federal del Distrito Santiago del Estero y del Frente Cívico por Santiago que pretenden presentar ante el pueblo de la Provincia de Santiago del Estero un candidato a gobernador que no se encontraría constitucionalmente

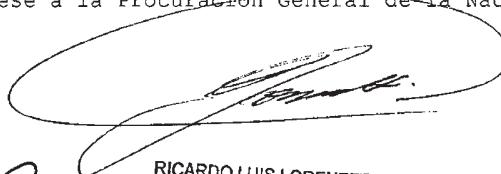
habilitado para hacerlo, valiéndose para ello de presentaciones judiciales y de sentencias emitidas a pocas semanas de la realización de los comicios.

La historia política de la Argentina es trágicamente pródiga en experimentos institucionales que -con menor o mayor envergadura y éxito- intentaron forzar -en algunos casos hasta hacerlos desaparecer- los principios republicanos que establece nuestra Constitución. Ese pasado debería desalentar ensayos que, como el aquí examinado, persiguen el único objetivo de otorgar cuatro años más en el ejercicio de la máxima magistratura provincial a quien ya lleva ocho años ininterrumpidos en ella, desconociendo el texto constitucional, máxima expresión de la voluntad popular.

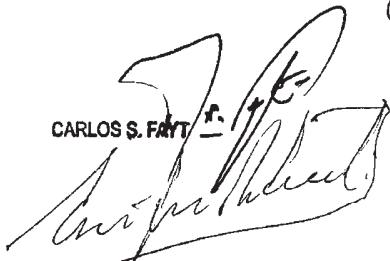
Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:

I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta corte prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. II. Requerir a la Provincia de Santiago del Estero el informe circunstanciado que prevé el artículo 8º de la ley 16.986, que deberá ser contestado en el plazo de 5 días. Para su comunicación al señor gobernador y al señor fiscal de Estado, librense oficios. III. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, suspender la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero del próximo 27 de octubre y hasta tanto se dicte un pronunciamiento definitivo en esta causa. Comuníquese mediante oficios al señor gobernador, al Tribunal Electoral de la Provincia de Santiago del Estero, a la Junta Electoral Nacional y a la

Cámara Nacional Electoral. Notifíquese por cédula con carácter urgente y comuníquese a la Procuración General de la Nación.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

Parte actora: Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero, representada por el señor interventor del distrito, Marcelo Leonardo García, con el patrocinio letrado de los Dres. Ricardo Rodolfo Gil Lavedra y Luis Mariano Genovesi.

Parte demandada: Provincia de Santiago del Estero, no presentada en autos.

---

GRUPO CLARIN SA Y OTROS  
C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO  
S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

*LIBERTAD DE EXPRESION*

Si no se encuentra probado en autos que la adecuación del grupo actor al régimen de licencias previsto en la ley 26.522 ponga en riesgo, desde un punto de vista económico u operativo, la subsistencia del grupo ni de cada una de las empresas que lo integran -y la realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector-, no se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo sus sustentabilidad económica (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

## *MEDIOS DE COMUNICACION*

Si se tiene presente que el art. 45 de la ley 26.522 establece límites a la cantidad de licencias y registros de servicios audiovisuales en cabeza de una misma personal, sea en forma directa o a través de la participación en sociedades titulares de licencias o registros, que persiguen como objetivos centrales fomentar la libertad de expresión como bien colectivo y preservar el derecho a la información de todos los individuos, no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo mencionado aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo, en tanto a través de dicha limitación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

## *MEDIOS DE COMUNICACION*

En el examen de razonabilidad de los distintos límites previstos en el art. 45 de la ley 26.522 es esencial tener en cuenta que ellos no comprometen la sustentabilidad económica de las empresas que integran el grupo actor ni impiden a éste -como a ningún otro prestador- alcanzar una dimensión de significativa importancia en el mercado audiovisual y tampoco puede perderse de vista que el régimen de multiplicidad de licencias impugnado surge de la propia ley y no de un acto emanado de la autoridad administrativa, ley que, además, ha sido precedida de numerosos proyectos durante los últimos treinta años, fue debatida ampliamente dentro y fuera del Congreso y finalmente sancionada por una importante mayoría de legisladores, representantes de numerosas corrientes políticas (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

## *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

No debe indagar la Corte si era imprescindible legislar respecto de los aspectos regulados en la ley 26.522 o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa y corresponde recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso Nacional, en tanto el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

### *DERECHOS ADQUIRIDOS*

El cuestionamiento al art. 161 de la ley 26.522 invocando la afectación de derechos adquiridos debe ser desestimado ya que llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de la Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico, y en tanto sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisible y contrario al texto constitucional (art. 17) (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

### *DERECHO DE PROPIEDAD*

Si el legislador contempló una forma de compensar la restricción al derecho de propiedad como modo de paliar las consecuencias negativas que la aplicación de la nueva legislación pudiera generar, en la medida en que el sistema de desinversión previsto permite que los titulares de licencias transfieran a un tercero las que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio, y cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita, y no encontrándose en juego la libertad de expresión, no existen razones que justifiquen la aplicación de una tutela inhibitoria a favor de los titulares de las licencias, protección que conllevaría la imposibilidad de implementar la ley hasta que se produzca el vencimiento de los plazos de cada una de ellas (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

### *DERECHOS ADQUIRIDOS*

La limitación en torno a la imposibilidad de invocar derechos adquiridos que surge del art. 48, segundo párrafo, de la ley 26.522, debe ser interpretada en el sentido de que el titular de una licencia no tiene un “derecho adquirido” al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento, siendo la única forma de interpretar la norma que resulta compatible con el art. 161, que permite a los licenciatarios transferir las licencias a título oneroso (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

Las restricciones a la concentración de la propiedad instrumentadas a través de la ley 26.522 resultan medidas estrictamente proporcionadas si, por un lado, se encuentran en línea con la práctica internacionalmente aceptada según la cual las medidas tendientes a desconcentrar la propiedad son adecuadas y conducentes para lograr mayor diversidad y pluralismo en la información y, por el otro, son regulaciones que, sin necesidad de imponer un monitoreo constante del Estado

sobre el contenido del discurso, resultan idóneas para lograr los objetivos impecables de diversidad y pluralidad (Votos del juez Petracchi y del juez Zaffaroni).

### *SUSTENTABILIDAD ECONOMICA*

El número de 35 % como tope de la audiencia (art. 45 de la ley 26.522) no puede considerarse irrazonable, no sólo porque representa, en definitiva, más de un tercio del mercado, sino porque en el expediente se ha acreditado que dicha restricción no impide la sustentabilidad económica de la actora, en tanto no surge de la pericia cuál es el origen de la deuda ni si ella responde al giro normal de la explotación del negocio, teniendo en cuenta que “sustentabilidad” no puede ser equiparada a “rentabilidad” y, en ese sentido, hace a la naturaleza propia de un proceso de desconcentración la posibilidad de una reducción consiguiente de los márgenes de ganancia empresaria (Votos del juez Petracchi y del juez Zaffaroni).

### *LIBERTAD DE EXPRESION*

No resulta admisible el argumento relativo a que sólo una economía de escala como la que posee actualmente la actora le garantiza la independencia suficiente como para constituir una voz crítica, que no esté condicionada a la concesión de subsidios estatales o a la pauta oficial, ya que este razonamiento presupone que el Estado va a actuar ilegítimamente y va a distribuir la publicidad en forma discriminatoria y porque ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión de un medio de comunicación la que, por sí, determina la existencia de una voz crítica en la sociedad, o bien, de una voz complaciente, y por el contrario, son sobrados los ejemplos de estructuras mediáticas pequeñas o medianas que ejercen su actividad en forma independiente y, a la inversa, de concentraciones mediáticas de grandes dimensiones que son condescendientes con los gobiernos de turno (Votos del juez Petracchi y del juez Zaffaroni).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

Al ser innegable que los medios audiovisuales tienen una incidencia decisiva en nuestros comportamientos, en los miedos, en los prejuicios, en toda la vida de relación entre los humanos, ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios, ya que, constitucionalmente, estaría renunciando a cumplir los más altos y primarios objetivos que le señala la Constitución y que determinan su efectiva vigencia, que hacen que sus palabras sean en ella misma de conformidad con su contexto, pues le arrebataría el contexto, estaría restándole a la Constitución su propio soporte cultural, del que surge, se desarrolla, vive y necesita para la realización de su programa (Voto del juez Zaffaroni).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

La homogenización de nuestra cultura a través de la monopolización de los me-

dios audiovisuales sería la destrucción de nuestro pluralismo, como lo es cualquier uniformización, por definición antípoda de la igualdad republicana y democrática; el derecho a ser diferente quedaría a merced de los intereses pecuniarios -o de cualquier otro orden- de los grupos económicos dominantes, y en nuestro caso el derecho a ser diferente es mucho más importante, precisamente porque todos nosotros somos muy diferentes y nuestra cultura, la que todos vamos creando día a día, es la que nos permite coexistir en la diferencia (Voto del juez Zaffaroni).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

A través del cuestionamiento de la ley 26.522 no se discute una cuestión meramente patrimonial, dado que el derecho de propiedad queda a salvo en caso de probarse daños emergentes de actos lícitos del Estado, tampoco se agota la discusión en torno a los derechos de información ni de expresión que, por otra parte, no están lesionados por la ley, sino que lo que en el fondo se discute -apelando a tesis descartadas hace más de un siglo en su país de origen- es si se deja o no la configuración de nuestra cultura librada a la concentración de medios en el mercado y, jurídicamente, permitirlo sería una omisión inconstitucional, porque lesionaría el derecho a nuestra identidad cultural (voto del juez Zaffaroni).

### *DERECHOS ADQUIRIDOS*

Si desde finales de los años ochenta y en más importante medida durante el período 2000-2007, el grupo actor obtuvo una posición en el mercado de las comunicaciones audiovisuales que fue convalidada por el Estado Nacional, que dictó una serie de actos que autorizaron al grupo a aumentar su tamaño y alcance, existe un derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, a partir de la expresa conformidad del Estado, realizaron inversiones económicas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legalmente fijados en las licencias que le fueron concedidas (Disidencia parcial del juez Maqueda).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

Si bien es claro que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración y de decidir sobre su renovación al finalizar los plazos respectivos, es importante considerar que, al asignar una frecuencia u otorgar una licencia, decide cuáles son las voces que el público podrá escuchar durante los años de vigencia de esas autorizaciones y se establecen las condiciones sobre las que se formulará el debate democrático en los medios de comunicación y, dada la trascendental importancia que reviste la asignación de una licencia, es evidente que tanto en el momento del otorgamiento como durante el plazo de su duración, estas autorizaciones deben estar rodeadas de las mayores garantías posibles pues, en definitiva, de esa forma se previenen intervenciones o restricciones al ejercicio de la libre expresión (Disidencia parcial del juez Maqueda).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

Las normas constitucionales que autorizan la regulación estatal del mercado audiovisual no pueden entenderse como una facultad del Congreso para desconocer los derechos de los administrados, ya que una medida que implica no respetar el término de duración de una licencia e interrumpe el desarrollo de un proyecto comunicacional produce una lesión al derecho a la libertad de expresión que ninguna reparación pecuniaria podría remediar eficaz e integralmente, en tanto en una sociedad democrática, el valor de una información no expresada no puede ser mensurado en términos económicos (Disidencia parcial del juez Maqueda).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 48, segundo párrafo, de la ley 24.522 y aclarar que la actora conserva las licencias que le fueron formalmente otorgadas por el término de su plazo de vigencia, lo que no implica reconocer a los demandantes un derecho adquirido al mantenimiento ad infinitum del régimen legal pero sí a que se respeten los plazos de las licencias que el propio Estado Nacional le otorgó y renovó hace menos de una década, máxime cuando no se ha alegado ni demostrado que corresponda adoptar otro criterio por encontrarse comprometida la buena recepción de las señales y la eficacia de las comunicaciones de la que depende la seguridad pública (Disidencia parcial del juez Maqueda).

### *LIBERTAD DE EXPRESION*

El cese compulsivo de licencias que está en la base del art. 161 de la ley 26.522 resulta una grave restricción a los derechos de la parte actora y al ejercicio de la libertad de expresión que se ejercita en el marco de dichas licencias, en tanto las restricciones a la libertad de expresión son inconstitucionales, a menos que quien las defienda demuestre que ellas sirven a un fin estatal impostergable que no puede ser alcanzado por otra vía menos restrictiva (Disidencia parcial de la jueza Argibay).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

No sería en absoluto procedente convalidar una restricción a la libertad de expresión, como la que se deriva de la decisión estatal de cancelar licencias en curso, sobre la base de una presunción general, no demostrada en relación con cada una de ellas, de que constituyen un obstáculo para la pluralidad y la diversidad en el área respectiva, de modo que su remoción vendría a ser un medio necesario para alcanzar el propósito de hacer efectivos esos valores (Disidencia parcial de la jueza Argibay).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

Si bien el Estado tiene amplias facultades para establecer y revisar, con la frecuencia que encuentre conveniente, las reglas generales bajo las cuales se desarrolla la industria de los medios de comunicación y se organiza el mercado respectivo,

no cuenta con la misma amplitud de facultades para interferir en la actividad individual y concreta de tales medios, en especial cuando dicha interferencia se traduce en el impedimento para continuar con la comunicación entre esos medios y las personas que integran sus audiencias, en tanto no es preciso hacer un gran esfuerzo para comprender que si la misma amplitud de poderes que tiene el gobierno para fijar y reformar políticas públicas se traslada a la posibilidad de retirar licencias a los medios, poco quedaría de las garantías que es preciso acordarles a éstos para que puedan desplegar una actividad que sea incluso duramente crítica para con las autoridades (Disidencia parcial de la jueza Argibay).

### *DOMINIO*

Si hay un rasgo distintivo del derecho de dominio es la potestad que tiene su titular de disponer del objeto sobre el que recae, atribución definida en sentido concorde por la ley (Código Civil, arts. 2506 y 2513), por lo que es objetable la validez del art. 41 de la ley 26.522, en la medida en que prohíbe -como principio- las transferencias de licencias y, si la finalidad era evitar incumplimientos y fraudes derivados de sucesivas transferencias y fusiones que impedían controlar y establecer responsabilidades, el medio al que acudió el legislador para lograrla -in-disponibilidad de las licencias y severas restricciones para que la autoridad de turno acceda a otorgar una excepción- resulta desmedido en orden al sacrificio que produce en los derechos de los titulares de las licencias (Disidencia del juez Fayt).

### *MEDIOS DE COMUNICACION*

La restricción impuesta por el art. 45, ap. 1, inc. b, de la ley 26.522, sin una justificación plausible, altera sustancialmente los derechos de las empresas actoras y resulta contraria a lo dispuesto por el art. 28 de la Constitución Nacional, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad (Disidencia del juez Fayt).

### *USUARIOS Y CONSUMIDORES*

La ley 26.522 parece estar dirigida más hacia organizaciones o aparatos -una prueba de ello es que crea siete organismos públicos y cuatro registros, y asigna tareas directivas o consultivas a ochenta y seis funcionarios- que a personas -hecho evidenciado cuando ni siquiera define al usuario de los servicios que regula, ni contiene un Estatuto que ordene sus derechos- (Disidencia del juez Fayt).

### *DERECHO A LA PRIVACIDAD*

Las normas restrictivas de los derechos de las actoras contenidas en el art. 45 de la ley 26.522, en la medida en que arrastran como consecuencia la extinción forzada del vínculo contractual y voluntario de los usuarios de los servicios de cable que las demandantes prestan, importan una intromisión indebida de la autoridad pública en el ámbito de la privacidad que resguarda en plenitud el art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional (Disidencia del juez Fayt).

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó parcialmente la sentencia del juzgado de primera instancia que había rechazado la demanda promovida por Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante “LSCA”).

En particular, el tribunal resolvió: (i) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa planteada con relación a las sociedades accionantes Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA; (ii) rechazar el planteo de inconstitucionalidad deducido por Grupo Clarín SA y sus litisconsortes respecto del artículo 41, del artículo 45, apartado 1, incisos *a* y *b*—con excepción de la exigencia de limitación a una señal—, y apartado 2, incisos *a* y *b*, y del artículo 161 de la ley 26.522; (iii) declarar la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso *c* y párrafo final; apartado 2, incisos *c* y *d* y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso *b*, en cuanto refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y artículo 48, segundo párrafo de la LSCA; y (iv) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida por las actoras.

Los fundamentos de la decisión fueron expuestos en el voto de la jueza preopinante, al que adhirieron en lo sustancial los restantes magistrados, aunque con algunas apreciaciones de su propia autoría.

La cámara sostuvo que Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA poseen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de la ley 26.522 y para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Destacó que Grupo Clarín SA es accionista directo e indirecto de sociedades que operan licencias de medios audiovisuales; en tanto que Teledigital Cable SA es titular de licencias en atención a lo dispuesto por la resolución 577/09 del Comité Federal de Radiodifusión (“COMFER”). Asimismo, la

sentencia recurrida rechazó el argumento de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (“el AFSCA”) según el cual la parte actora no puede invocar derechos adquiridos al amparo de la ley anterior —esto es, la ley 22.285— en atención a la ilicitud de su posición. Enfatizó que esas cuestiones se hallan controvertidas en otras actuaciones, en las que no se ha adoptado aún una decisión definitiva.

Con relación al fondo de la cuestión controvertida, el tribunal expuso que la licencia para operar medios de comunicación audiovisual importa una situación jurídicamente protegida que genera derechos, y que ellos, a su vez, gozan del amparo constitucional que merece la propiedad.

Luego, con relación al artículo 41 de la ley 26.522, que regula la transferencia de licencias, la cámara entendió que esa disposición es compatible con la Constitución Nacional pues no afecta los derechos de propiedad y de libertad de comercio de las actoras. En esa dirección, apuntó que la norma instrumenta un sistema de autorización previa mediante acto fundado para la realización de transferencias de licencias que puede ser revisado judicialmente, y consideró que ello procura evitar los incumplimientos y fraudes que se pusieron en evidencia durante la vigencia del régimen anterior. Agregó que la nueva ley contempla aún la posibilidad de transferir una porción significativa del capital, de modo tal que la eventual afectación de la libertad de comercio carece de entidad suficiente para configurar un agravio constitucional.

A los efectos de analizar la validez del artículo 45 de la ley 26.522, que establece límites a la multiplicidad de licencias, el tribunal trazó una diferencia entre los medios que utilizan el espacio radioeléctrico y aquellos que funcionan sobre otros soportes tecnológicos. En su opinión, la circunstancia de que el espacio radioeléctrico sea un recurso escaso justifica su asignación y administración con racionalidad y, por lo tanto, una mayor reglamentación estatal. Por el contrario, entendió que la regulación de los medios que no usan el espacio radioeléctrico sólo podría fundarse en razones de defensa de la competencia y del bien común, que deben conjugiarse con el respeto a la libertad de información y de expresión, por lo que su reglamentación no

puede ser restrictiva ni ir más allá de lo necesario.

Sobre la base de la referida distinción, la cámara decidió que los apartados 1, incisos *a* y *b* (con excepción de la exigencia de la restricción a una señal), y 2, incisos *a* y *b* del artículo 45, resultan constitucionalmente válidos en virtud de que esas limitaciones a la multiplicidad de licencias guardan proporción con los fines perseguidos por el legislador: a saber, asegurar la participación de distintos actores en la prestación de un servicio que aprovecha un recurso escaso, como lo es el espectro radioeléctrico.

El tribunal *a quo* precisó que las medidas implementadas constituyen un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, por lo que su compatibilidad constitucional supone el resarcimiento de los daños causados por la actividad lícita del Estado. Sin embargo, sostuvo que en este proceso no se han acreditado los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad, por lo que rechazó la acción de daños tal como fue promovida por la parte actora. Concluyó que la reparación debería ser determinada en un juicio ulterior y en base al resultado del procedimiento de adecuación dispuesto en el artículo 161 de la LSCA.

Por otro lado, la cámara resolvió que es inconstitucional la regulación de la multiplicidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico prevista en el artículo 45, apartado 1, inciso *c* y párrafo final; apartado 2, incisos *c* y *d* y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso *b* LSCA —en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos—, en tanto vulnera los derechos de libertad de expresión y de información de las sociedades actoras.

Sobre la base de la opinión del perito experto en economía, adujo que el conjunto de regulaciones previstas por las normas impugnadas produce un perjuicio tangible a la sustentabilidad de las empresas actoras, al tiempo que son innecesarias, irrazonables y desproporcionadas para alcanzar los fines queridos por el legislador. En la misma dirección, la sentencia recurrida subrayó que esas disposiciones destruyen la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de internet, lo que configuraría una forma de restringir en forma indirecta su libertad de expresión y de

información. Por último, señaló que por estar en juego la libertad de expresión, la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522 debe analizarse aplicando el llamado “escrutinio estricto”.

Por otro lado, el tribunal *a quo* entendió que la norma genera una situación de privilegio incompatible con el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Puntualizó que las reglamentaciones ponen a las actoras en una posición de desventaja frente a la televisión satelital y benefician a los productores de contenido extranjeros. Ello llevó al magistrado que votó en segundo término a juzgar aplicable la doctrina de las “categorías sospechosas” adoptada en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Por lo demás, el tribunal *a quo* manifestó que para evitar los efectos perniciosos del abuso de la posición dominante es suficiente la legislación vigente sobre defensa de la competencia, de manera que las disposiciones antimonopólicas de la ley 26.522 aparecen redundantes.

Por otro lado, la cámara declaró la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la LSCA en tanto que, en relación con las licencias ya adjudicadas, la aplicación retroactiva de esa norma implicaría una alteración significativa del derecho inmaterial que surge de la licencia. Ello, entendió, vulnera el derecho de propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el tribunal resolvió que, con respecto a las normas que fueron declaradas constitucionales, los términos de la adecuación previstos en el artículo 161 de la ley no lucen arbitrarios ni irrazonables.

-II-

Contra la decisión del *a quo* se alzaron mediante recursos extraordinarios el Estado Nacional (fs. 3746/3766), la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (fs. 3724/3745), Cablevisión S.A. (fs. 3681/3701) y Grupo Clarín SA (fs. 3703/3723).

La cámara concedió los recursos extraordinarios del Estado Nacional y del AFSCA en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad de las

disposiciones de la ley 26.522, como así también en lo atinente a la interpretación de normas constitucionales y del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el del Estado Nacional en cuanto al supuesto apartamiento en que habría incurrido la sentencia respecto del considerando 10 de la decisión de la Corte Suprema del 22 de mayo de 2012. Los declaró inadmisibles en lo que hace al supuesto vicio de arbitrariedad que imputan al pronunciamiento apelado. Por su parte, concedió los recursos de Cablevisión SA y Grupo Clarín SA sustentados en cláusulas constitucionales y en la citada Convención.

La denegación parcial de los recursos extraordinarios del Estado Nacional y del AFSCA motivó la interposición de las quejas que también vienen en examen.

-III-

El Estado Nacional se agravia, en primer lugar, de la decisión que confirmó la legitimación de las sociedades actoras Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA. El recurrente postula que ninguna de ellas posee aptitud procesal en estas actuaciones en la medida en que, careciendo de aprobación de la autoridad administrativa pertinente, no serían —como lo pretenden— titulares legítimas de las licencias cuya explotación invocan para fundar su legitimación.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, el Estado Nacional cuestiona la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la LSCA, en cuanto establece limitaciones a la cantidad de licencias que puede concentrar un prestador de servicios de comunicación que no utiliza el espectro radioeléctrico. En este sentido, el recurrente considera arbitraria la distinción trazada por el tribunal *a quo* entre medios que utilizan el espacio radioeléctrico y medios que aprovechan otras tecnologías de comunicación. En particular, aduce que la sentencia omitió ponderar que el propósito central de la regulación es garantizar la libre circulación de ideas, en pie de igualdad, evitando que las prestatarias puedan abusar de su posición dominante no solo para obtener beneficios económicos desproporcionados sino para fijar unilateralmente el contenido del debate público, en perjuicio del derecho a la información de los ciudadanos.

Asimismo, el recurrente sostiene que la diferente reglamentación de las licencias para prestar servicios de televisión por cable y por vínculo satelital obedece a la realidad del mercado de la comunicación en el país, en donde el grado de penetración de los primeros es casi total; mientras que los operadores de televisión satelital, amén de poseer una estructura de costos superior que la coloca en desventaja competitiva, posee una participación de mercado sensiblemente menor. De esa manera, concluye que la distinta regulación se justifica en atención a la menor capacidad de las prestadoras de esta segunda clase para excluir a otros potenciales medios de comunicación.

A su vez, el Estado Nacional afirma que las reglas generales en materia de defensa de la competencia son insuficientes para garantizar los fines antimonopólicos de la LSCA.

Por otro lado, agravia al Estado Nacional que la sentencia haya considerado que el artículo 48, segundo párrafo, de ley 26.522 importa la aplicación retroactiva de una norma que colisiona con el derecho de propiedad del grupo actor. Al respecto, alega que el *a quo* asimiló arbitrariamente el conjunto de prerrogativas que surgen de las licencias para operar servicios de comunicación al derecho real de dominio propio del ordenamiento civil, soslayando que la relación entre licenciatario y autoridad concedente se rige por los principios del derecho administrativo y es de *trato sucesivo*.

Por último, entiende el apelante que es arbitraria la decisión de supeditar la constitucionalidad de las normas tenidas por válidas al resarcimiento de las actoras por la actuación lícita del Estado, ante los eventuales perjuicios que les causaría la adecuación a las disposiciones del artículo 45 de la LSCA. Según señala el apelante, la resolución es contradictoria con los propios fundamentos ofrecidos por los jueces que conformaron la mayoría en este punto en tanto ambos coincidieron en que la cuestión excedía el marco cognoscitivo de los términos en los que quedó trabada la presente acción declarativa de certeza. Además, el Estado alega que se trata de una decisión prematura que omite toda valoración de los reglamentos que rigen el proceso de adecuación y prevén específicamente mecanismos compensatorios para los licenciatarios que deban desprenderse de parte de sus activos.

-IV-

A su turno, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) afirma que el fallo analizó la validez constitucional de la LSCA exclusivamente desde la perspectiva de las actoras, prescindiendo de toda valoración acerca de la protección de los derechos colectivos que la ley tuvo como objetivo central. En este sentido, sostiene que son inadecuados los fundamentos de la sentencia que dan primacía a las afectaciones económicas que hipotéticamente afrontaría el grupo actor como consecuencia de su adecuación a la nueva regulación, por sobre el resguardo del interés social que ésta procura alcanzar al impedir que las voces minoritarias sean censuradas como resultado de la monopolización de los medios de comunicación.

Con relación a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la LSCA, la recurrente estima arbitrario el razonamiento del *a quo* de acuerdo con el que el Estado no puede reglamentar la actividad de los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico. En particular, postula que el criterio adoptado por la cámara es contrario a las potestades que, por mandato constitucional, el Estado está obligado a ejercer para preservar la competitividad del mercado y para evitar la formación de monopolios u oligopolios con capacidad para distorsionarla. Asimismo, refiere que en nuestro país existieron regulaciones similares hasta el año 1990 que jamás habían sido declaradas inconstitucionales. Por lo demás, enfatiza que la ley 26.522 se enmarca en el contexto regulatorio internacional, dentro del cual se verifican incluso limitaciones mucho más severas en países tales como Estados Unidos, Inglaterra y Francia, que prohíben incluso la tenencia cruzada de medios gráficos y de radiodifusión.

El AFSCA objeta también la sentencia en cuanto juzgó que el artículo 45 de la LSCA coloca a las actoras en desventaja frente a sus competidores extranjeros y a aquellos que prestan servicios de comunicación audiovisual mediante un vínculo satelital, afectando, de ese modo, su derecho a la igualdad. En opinión de la recurrente, las limitaciones a la concentración de licencias establecida en el artículo 45 de la LSCA son razonables y proporcionales con el fin de promover esa participación plural, y no

impiden la sustentabilidad de la actividad empresarial que llevan adelante las actoras, la cual no puede depender legítimamente del abuso de una posición dominante en el mercado.

Por lo demás, el apelante apunta que el *a quo* soslayó que la compatibilidad entre el artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522 y el artículo 17 de la Constitución Nacional se encuentra garantizada en tanto no sería lícito impedir modificaciones futuras al régimen de multiplicidad de licencias en caso de que razones de interés público lo hicieran necesario.

-V-

Por su parte, Cablevisión SA objeta la decisión de la cámara en cuanto declaró la validez constitucional de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522. Grupo Clarín SA formula las mismas impugnaciones y cuestiona el rechazo parcial de la acción entablada contra el artículo 45 de la ley.

Sobre la base de una reconstrucción que efectúan del escenario histórico que dio lugar a la adopción del artículo 32 de la Constitución Nacional, las recurrentes postulan que el método de análisis de cualquier reglamentación de los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico —físicamente escaso— debe ser “estricto”, en el sentido de que se debe partir de la presunción de su inconstitucionalidad.

En este contexto interpretativo, precisan que el Estado no habría brindado razones suficientes para derribar la presunción de invalidez que pesaría sobre los artículos 41 y 45 de la LSCA y, por lo tanto, aducen que corresponde declarar su inconstitucionalidad sin reservas.

No obstante lo anterior, las recurrentes se agraviaron, en lo que respecta a la primera de las disposiciones referidas, por entender que el voto mayoritario no respondió adecuadamente las impugnaciones deducidas por ellas contra la sentencia de primera instancia. En este sentido, alegan que la sentencia recurrida es arbitraria en la medida en que omitió pronunciarse acerca de que las limitaciones a la transferencia de un porcentaje de las licencias establecido por la ley 26.522 las habría convertido

retroactivamente en bienes indisponibles e intransferibles, afectando su valor de mercado y, en última instancia, el derecho de propiedad y la libertad de comercio.

En subsidio, refieren que el artículo 41 de la LSCA no resulta proporcional en relación con el fin cuya satisfacción persigue, puesto que existirían reglamentaciones alternativas y menos restrictivas de los derechos constitucionales presuntamente afectados que podrían garantizar con igual eficacia el objetivo de que los ciudadanos tengan certeza acerca de la identidad e idoneidad de los licenciatarios, así como la necesidad de evitar la clase de fraudes verificados durante la vigencia de la ley anterior.

En lo atinente a la declaración de validez del plazo previsto por el artículo 161 de la LSCA para que los titulares de licencias se adecuen a los requisitos de la nueva normativa, las recurrentes se agraviaron pues el *a quo* no tuvo en cuenta la magnitud del eventual proceso que deberían llevar adelante para ajustar su estructura societaria a las previsiones de la ley. Asimismo, estiman que, independientemente de su extensión, cualquier plazo sería inconstitucional.

Grupo Clarín SA, por lo demás, objeta la constitucionalidad de las disposiciones del artículo 45 de la LSCA que la sentencia del *a quo* consideró válidas. Afirma que la norma contradice el contenido del artículo 13, inciso 3 de la Convención Americana y del principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que interpreta como una prohibición expresa de sancionar leyes especiales para combatir monopolios en materia de medios de comunicación.

Por su parte, postula que las limitaciones a la concentración de licencias previstas por el artículo 45 de la LSCA importa en los hechos una sanción aplicable exclusivamente a Grupo Clarín SA sobre la base de una caracterización como actor monopólico que, sostiene, le fue impuesta sin que se lo haya declarado tal en un juicio llevado adelante con arreglo a las disposiciones vigentes sobre defensa de la competencia. De ese modo, concluye que la ley 26.522 en general, y su artículo 45 en particular, consagran un régimen discriminatorio en la medida en que sujetan a las empresas de comunicación audiovisual a limitaciones más estrictas en materia de libre

competencia que las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos licítos.

Por último, sostiene que el avance tecnológico que tuvo lugar en los últimos años torna irrazonable la mayor regulación estatal del espacio radioeléctrico que, en el pasado, habría justificado su administración racional por razones de escasez. Afirma la recurrente, en este sentido, que la limitación de licencias para operar servicios de comunicación que aprovechan aquel soporte soslaya que la tecnología digital disponible actualmente ha multiplicado en diez veces la cantidad de señales que pueden transmitirse por esa vía, reduciendo proporcionalmente el carácter limitado del recurso.

-VI-

Las apelaciones son admisibles pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia y aplicación de la ley federal 26.522 —Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual—, así como el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de expresión consagrados en la Constitución Nacional (artículos 14, 17 y 32) y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículos 13 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos IV y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículos 19 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); y la decisión ha sido contraria al derecho que los apelantes han fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48). Cabe recordar que en esa tarea, la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le compete realizar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 329:20; 331:735; entre otros).

Además, cabe atender a las causales de arbitrariedad que se vinculen de un modo inescindible con la prescindencia o deficiente interpretación de las normas federales citadas y de argumentos conducentes para la solución de la controversia.

-VII-

Por otra parte, ha sostenido la Corte Suprema, de manera reiterada, que las cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal —materia propia de los jueces de la causa— no son susceptibles de revisión por la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48 máxime cuando la sentencia se sustenta en argumentos no

federales que, más allá de su posible acierto o error, resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (*Fallos: 323:2879*, entre otros).

Sobre la base de tales principios, a mi entender, el recurso intentado en cuanto impugna por arbitrariedad el rechazo de la excepción de falta de legitimación es formalmente inadmisible.

-VIII-

En el presente caso, Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA —que integran el mismo grupo económico según surge de fs. 73vta./74, 671/792, 864vta./865; en adelante “Grupo Clarín”— plantean la constitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA).

La ley 26.522 aquí controvertida vino a reemplazar a la Ley de Radiodifusión (ley 22.285), que fue sancionada por la última dictadura cívico militar el 15 de septiembre de 1980 y luego parcialmente modificada, entre otros, por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99 dictado por el Presidente Carlos Menem. Su objeto fue introducir una reforma estructural del sistema regulatorio de los medios de comunicación audiovisual a fin de adecuarlo a la realidad del paradigma actual: un mercado de medios de comunicación concentrado que pone en riesgo la vigencia universal del derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como social.

Tal como surge de su artículo 1, la ley procura el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia de los servicios de comunicación audiovisual con el fin último de abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual es considerada de interés público (artículo 2). En este sentido, la norma destaca que se trata de un instrumento 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.

Los artículos cuestionados en el *sub lite* están orientados a concretar esos fines. El artículo 45 modificó el régimen de restricciones a la concentración de licencias previsto por la ley 22.285. La nueva norma contempla una doble limitación para impedir la concentración de emitentes de servicios audiovisuales: por un lado, restringe la cantidad de licencias y, por el otro, establece un tope en base a la cuota de mercado. A su vez, la ley procura evitar otro tipo de concentración que los legisladores estimaron perjudicial; a saber, la que resulta de la convergencia en un mismo sujeto de la posibilidad de distribuir un servicio de comunicación audiovisual y de controlar su contenido.

Por último, la ley 26.522 regula la tenencia cruzada de licencias para operar la televisión abierta y la televisión por cable. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no alteró lo dispuesto por la ley 23.696 y permite a los medios gráficos operar licencias de servicios de comunicación audiovisual, aun cuando diversos regímenes de derecho comparado restringen la tenencia cruzada de licencias de medios gráficos con televisión abierta. Ese es el caso de Estados Unidos, a través de la “Federal Communications Commission Broadcast Ownership Rules”; Australia, por la “Broadcasting Services Act 1992”; Reino Unido, por la “Communications Act 2003”; y Alemania, por la “Rundfunkstaatsvertrag”.

El artículo 161 de la LSCA estableció un procedimiento a los efectos de que los titulares de servicios de comunicación audiovisual se adecuen a los requisitos previstos en la ley 26.522 y, en particular, a los límites a la multiplicidad de licencias dispuestos en el artículo 45.

Por su parte, el artículo 41 afianzó el carácter *intuitu personae* de la concesión de licencias al reafirmar el principio de intransferibilidad de las licencias y al reglamentar la facultad del Estado para autorizar con límites determinados la transferencia.

Finalmente, el artículo 48, segundo párrafo, asevera que los licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual no pueden sustraerse del acatamiento de las normas en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, sea de las que están actualmente vigentes o de las que se sancionen

en el futuro.

En el *sub lite*, el Grupo Clarín impugna la validez constitucional de las normas descriptas sobre el presupuesto de que afectan su derecho de propiedad y de libertad de expresión.

La sentencia apelada, tal como fue expuesto, declaró la inconstitucionalidad del artículo 45 de la LSCA en cuanto restringe la concentración de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico. Juzgó, en lo sustancial, que el carácter ilimitado del medio de transmisión torna irrazonables e innecesarias las restricciones. A partir de ello, concluyó que esas reglamentaciones ocasionan un perjuicio tangible a la sustentabilidad económica de las empresas actoras. Subrayó que esas reglas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos, y que además existe un régimen menos restrictivo para combatir los efectos disvaliosos de las concentraciones económicas: el régimen de defensa de la competencia. Concluyó que la afectación a los intereses patrimoniales de la empresa constituye una violación de los derechos de libertad de expresión y de información de los medios de comunicación demandantes. Por otro lado, declaró la inconstitucionalidad del artículo 48 de la ley 26.522 dado que consideró que esa norma viola el derecho a la propiedad de las actoras.

Por lo demás, y con la misma estructura argumental, la cámara rechazó el planteo de inconstitucionalidad deducido por el Grupo Clarín en relación a los artículos 41, 45 —en cuanto restringe la concentración de licencias que utilizan el espacio radioeléctrico— y 161 de la LSCA.

Tal como explicaré a lo largo de este dictamen, la sentencia apelada es arbitraria toda vez que evidencia graves defectos de fundamentación y razonamiento que impiden considerarla como acto jurisdiccional válido (Fallos 334:541; 330:3092; 329:646; entre otros) y, en definitiva, denota que la declaración de inconstitucionalidad es el resultado de un apartamiento de los fines previstos por el legislador, que fueron sustituidos por el tribunal arrogándose facultades ajenas. De este modo, los jueces han incumplido su misión de dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador al juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones que

adoptó en el ejercicio de sus facultades propias (doctr. de Fallos: 329:5467, 318:1012, 302:973; 304:1007, 1733; 305:538; 308:1745).

La decisión apelada está fundada en apreciaciones que revelan un notable sesgo en la conceptualización de la libertad de expresión y del derecho de propiedad, que ignora los paradigmas de la realidad económica actual y prescinde absolutamente de la dimensión social y pública de los intereses en juego que inspiraron la sanción de la nueva ley. Además, la sentencia se aparta de las circunstancias particulares del caso al omitir toda valoración a la situación de los demandantes, cuya concentración empresarial —según veremos— pone en peligro la vigencia efectiva de derechos humanos fundamentales.

En primer lugar, los jueces no han considerado los retos que plantea en la actualidad la adecuada tutela del derecho a la libertad de expresión en el sector de los medios audiovisuales que, por su propia naturaleza y por la evolución tecnológica, se ha transformado en un campo propicio para las concentraciones económicas. Al desatender esa realidad, la sentencia centra su concepción de la libertad de expresión en el derecho de los emitentes a multiplicar su voz. Así asigna a la libertad de expresión un contenido decimonónico que se limita a prohibir la intervención estatal en la esfera privada del individuo y relega la contracara de ese derecho que demanda una protección activa del Estado.

En tal sentido, la sentencia diluye la faz social del conflicto al prescindir de la dimensión instrumental del derecho a la libertad de expresión, en cuanto es un medio para garantizar los bienes jurídicos esenciales de la convivencia democrática: la soberanía del pueblo y la libertad de información para que se elabore el libre consenso en una democracia. El pluralismo ínsito en la libertad de opción es claramente incompatible con la alta concentración de medios en un solo grupo empresario. En ese orden de ideas, la sentencia recurrida incurre en la falacia de acentuar el papel esencial de la libertad de expresión mientras, a renglón seguido, no garantiza la vigencia efectiva de ese derecho.

En segundo lugar, la sentencia denota una visión parcializada del conflicto que se revela en el notable énfasis que pone en preservar los intereses

pattimoniales de los demandantes, sin que se advierta igual tesón en respetar los derechos de la ciudadanía a contar con una mayor pluralidad informativa, de ideas y de contenidos. Para ello, la sentencia adopta una interpretación sesgada sobre la protección constitucional de la propiedad al estilo neoclásico del siglo XIX, con total prescindencia de la evolución jurídica operada en la delimitación de ese derecho y de los intereses colectivos que justifican la actuación del Estado para poner límites a la actividad económica a través de las legislaciones contemporáneas.

La libertad de empresa de los medios de comunicación no puede jugar en el plano del derecho constitucional un papel autónomo desligado de la efectividad del entramado de derechos, garantías y valores que la Carta Magna consagra en beneficio de toda la ciudadanía. Sin embargo, la sentencia recurrida se enfoca en el interés pecuniario de las empresas actoras a llevar adelante sus actividades sin injerencias, e interpreta que esta exclusión del poder estatal constituye una garantía para su libertad de expresión.

El error del razonamiento consiste en soslayar que el desarrollo del derecho de la competencia en el sector de los medios de comunicación social viene a contrarrestar la fuerte tendencia hacia la concentración económica, que ha sido generada por factores relacionados con el aumento del poder de decisión de las empresas de comunicación, que incluso en ocasiones aparece potenciado por secretas connivencias con poderes económicos y financieros.

Para decidir un conflicto entre bienes jurídicos constitucionales —en el caso, el derecho de propiedad de un particular y el pluralismo informativo que es la base del debate democrático— hay que ponderar el lugar que cada derecho tiene en el orden de valores constitucionales, para establecer su importancia relativa frente a otros. La determinación del peso de los bienes en colisión surge implícito en el propio texto constitucional, cuando se advierte que en un Estado de Derecho es irrenunciable la protección de los derechos de las personas a la libre expresión y a la recepción de información plural, y que la justicia debe estar al servicio del interés general de garantizar la efectividad de esos derechos y libertades.

En el *sub lite*, la sentencia recurrida omite hacer mérito de la evolución

del derecho en cuanto al rol del Estado en materia económica, en especial, ante el peligro de las concentraciones mediáticas derivado de la irrupción de nuevas tecnologías, que hoy viene asociado al creciente poder de las grandes corporaciones en el siglo XXI.

La libertad de empresa, para ser tal, debe estar asociada a la libre competencia. El Estado debe respetar la libertad de empresa, que implica la posibilidad de su titular de constituirla y de decidir sobre las distintas opciones relacionadas con la actividad económica que desempeña, de acuerdo con las exigencias de la economía general y los derechos de usuarios y consumidores, que, a su vez, configuran un límite legítimo a la autonomía privada. En otras palabras, la restricción de la autonomía privada no puede tener otra justificación que la de servir a intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales. Ello es coherente con el principio adoptado invariablemente por la Suprema Corte según el cual los derechos que protegen la propiedad y la libertad de comercio (artículos 17 y 14 de la Constitución Nacional) no son absolutos (*Fallos*: 327:4995, 311:1565 y 315:952), sino que se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional). A su vez, el análisis de la razonabilidad de esa reglamentación, no puede prescindir de la naturaleza de los derechos involucrados y del interés comunitario existente.

El mundo de las ideas no ha escapado a los procesos de liberalización y utilización de nuevas tecnologías, por lo que no ha sido inmune al peligro de la proliferación de prácticas anticompetitivas y de una tendencia irrefrenable a la concentración del poder económico. La existencia de estos peligros demanda una disciplina jurídica que se ocupe de ellos.

En especial, la regulación de las concentraciones en el ámbito de los medios de comunicación exige examinar la situación de un mercado, que no es cualquiera sino uno en que el bien de intercambio es particularmente sensible —la información— y en el cual se pone en juego cada día la vigencia efectiva de derechos fundamentales y libertades públicas que exceden lo meramente material y económico.

En efecto, los problemas que plantean las concentraciones de medios

no tienen un origen diferente a los que se suscitan ante cualquier concentración empresarial: la acumulación de poder de mercado puede asfixiar a los competidores y ser utilizado para establecer barreras a la entrada de nuevos participantes. Sin embargo, cuando las concentraciones afectan el mercado de las comunicaciones, entonces, las consecuencias sociales se manifiestan sobre un bien muy sensible desde el punto de vista de las libertades individuales, a saber, la información.

De ahí que la libertad de empresa en materia de medios de comunicación no puede ser efectiva sin un desarrollo normativo que la ponga al servicio de los derechos y valores fundamentales, vinculados a la libertad de expresión y la soberanía del pueblo. Para que esa soberanía siga estando en sus manos es necesaria la libertad, que se realiza en primer término a través de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión y pensamiento.

La sentencia apelada despacha estos reparos con el argumento retórico de que el problema de la concentración económica es una cuestión propia de la autoridad en materia de defensa de la competencia, y que ese ámbito de actuación resulta ajeno a este caso.

De ese modo, se ha descalificado el rol del legislador e ignorado los objetivos principales de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Con ese razonamiento simplificado elude considerar el aspecto principal de la controversia, relativo a que en el caso no se trata de controlar los abusos de posición dominante que perjudican la eficiencia económica, sino que se trata de una disciplina y de una autoridad de aplicación —el AFSCA— que están al servicio de los derechos y libertades públicas de naturaleza no económica.

La función que en una sociedad democrática desempeñan los medios de comunicación demanda que exista una regulación y una autoridad específica que vaya más allá de la mera protección de la competencia, dado que está en juego el derecho de los ciudadanos a la libre expresión y a recibir una información plural. El objetivo de esa normativa, más que sancionar el abuso de posición dominante, es evitar su creación, o en su caso, restringirla a un límite adecuado para garantizar la pluralidad de emitentes. Ello constituye un requisito indispensable para el mantenimiento de una

opinión pública libre que requiere, por un lado, que la ciudadanía reciba información plural y diversificada y, por otra parte, que existan múltiples canales para la expresión de sus ideas, a modo de reaseguro de una participación amplia e inclusiva en el debate público.

En tercer lugar, la sentencia recurrida pronuncia su tesis simplificada sobre la protección constitucional del derecho de propiedad y libertad de expresión del Grupo Clarín con absoluta prescindencia de la situación particular de aquél y de su habilidad para perjudicar los bienes jurídicos constitucionales a los que venimos refiriendo. Precisamente, la situación de concentración empresarial de los demandantes detona especialmente las alertas para la vigencia efectiva del pluralismo que es el presupuesto esencial del debate democrático.

Como ya he señalado, la LSCA no ha incluido en su regulación la situación de los medios gráficos, como sucede en otras legislaciones. Sin embargo, el tribunal *a quo* no podía desconocer que el grupo accionante es titular de uno de los diarios que históricamente ha tenido mayor inserción en el mercado a partir de su fundación en 1945, el diario Clarín, y que aquélla se acrecentó en el año 1977 al sumarse la adquisición durante la última dictadura cívico militar del paquete mayoritario de acciones de la única fábrica productora de papel de diario en el país, Papel Prensa SA. La formación de ese oligopolio vertical lo colocó en una situación de ventaja sobre sus competidores, en razón del control del insumo básico de la prensa escrita.

Tampoco puede soslayarse que otro de los pasos trascendentales en la conformación del oligopolio mediático que constituyeron las actoras fue la fusión de las empresas Multicanal SA y Cablevisión SA. Oportunamente, en mi carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, planteé la nulidad absoluta de esa transferencia accionaria en los autos caratulados “Cablevisión SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”. En esa oportunidad, denuncié que un fondo especulativo extranjero, Fintech SA, redujo ilegalmente la deuda de obligaciones negociables de la empresa Cablevisión SA a través de la realización de un acuerdo preventivo extrajudicial; a la par que acordaba con el Grupo Clarín la fusión

oligopólica con la empresa Multicanal SA. El acuerdo incluía el traspaso del control de las compañías fusionadas en favor de Grupo Clarín SA en un 60%, que así pasó a concentrar una inmensa porción del mercado del cable, TV, radios, diarios, revistas e internet. Estimé que ello constitúa una violación a los artículos 1, 2, 6 y 7 de la ley nº 25.156 y denuncié que los fondos fueron aportados por sociedades constituidas en los paraísos *offshore* de Delaware e Islas Vírgenes Británicas que ofrecen anonimato y subreglamentación bancaria, lo cual impedía conocer el origen del dinero (cf. dictamen nº 119.349 del 18 abril de 2008).

El acuerdo preventivo extrajudicial fue homologado desoyendo mis planteos como Fiscal General. No obstante, la mencionada fusión fue objetada por los organismos administrativos pertinentes, a saber, la autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia a través de las resoluciones SCI 257/07, SCI 1101/09 y ME 113/10; y el COMFER a través de la resolución 577/09. Tal como lo advirtió este Ministerio Público a fs. 3178/203 de esta causa, los organismos competentes consideraron que esa operación vulnera tanto la ley de defensa de la competencia como los límites a la concentración de licencias previstos en la anterior ley que regía la radiodifusión —ley 22.285—. Estas cuestiones están pendientes de resolución ante los estrados judiciales.

Uno de los peligros de la instauración de monopolios en el mercado es la utilización de ese poder para escalar en la propiedad de otras parcelas de la actividad de los medios de comunicación.

En el caso, la actora se reconoce como un “multimedio periodístico” (fs. 74) y es —según sus propias expresiones— el grupo más importante y diversificado del país y uno de los más relevantes de habla hispana, cuya presencia, fundamentalmente, opera en los medios escritos, radio, televisión por aire y cable, producción audiovisual, industria gráfica e internet (cf. de la “Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre de 2010”, fs. 671/792, específicamente fs. 677; asimismo cf. pg. 8 de la “Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre del año 2012”, presentado por la parte actora ante la Comisión Nacional de Valores —CNV—, información pública disponible en [www.cnv.gov.ar](http://www.cnv.gov.ar)).

Sin pretender agotar las diversas y múltiples participaciones del grupo, se puede señalar, además de su participación en la empresa Papel Prensa SA (cf. fs. 686 y la “Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre de 2012”, ps. 8 y 20), que es propietaria de la totalidad del paquete accionario de Arte Gráfico Editorial Argentino (AGEA), principal editor de diarios del país y uno de los productores de contenidos editoriales —según la actora— de mayor relevancia de América Latina. Esta sociedad distribuye el diario Clarín, el diario Muy, el diario Deportivo Olé, el diario La Razón, la revista Jardín de Genios, la revista de Cultura Ñ, la revista Pymes, el diario de Arquitectura, la revista Tiki Tiki, la revista Elle y Clarín Rural (cf. fs. 681/685 y fs. 710; v. también el citado balance del año 2012, ps. 14 y 18 y del “Estado Consolidado de Resultado Integral” p. 17). También presta contenidos en internet en el segmento de clasificados y en sitios como clarín.com, ole.com.ar, entremujeres.com y biencasero.com. Asimismo, controla Tinta Fresca Ediciones SA cuya actividad es el mercado editorial de libros de texto (cf. fs. 685 y p. 14 del balance 2012).

Por intermedio de otra empresa de su propiedad —Artes Gráficas Rioplatense SA (AGR)— el grupo satisface las demandas de impresiones especiales de sus productos —revista Viva, Shop & Co.— y de terceros. La actora, en sus estados contables, describe a esa sociedad como líder en servicios de impresión de la República Argentina (cf. fs. 685 y 710 y ps. 14 y 19 del balance 2012). Señala, a su vez, que en el año 2000 se asoció con el grupo Techint, adquiriendo el 50% de Imprípost Tecnologías SA, cuya actividad es la confección en impresión de facturas, folletos de propaganda, tarjetas, etiquetas, formularios y la prestación de servicios de ensobrado. En el año 2011, según lo informó en su Memoria y Estados Financieros Consolidados por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2012 —información pública, reitero, presentada ante la CNV—, adquirió parte del paquete accionario de Cúspide Libros y lanzó al mercado Librocity.com que constituye una tienda de venta *online* de libros (p. 19).

Es la titular, a su vez, de la Compañía Inversora en Medios de Comunicación (Cimeco), que participa en forma mayoritaria de la distribución de los principales diarios regionales de Argentina. En la provincia de Córdoba —a través de

La Voz del Interior y el diario Día a Día— capta, según ella misma lo sostiene, el 59,4% del mercado. También controla el diario Los Andes en la provincia de Mendoza (cf. “Memoria y Estados Financieros Consolidados...”, p. 20 y fs. 685/686).

El grupo, por otra parte, explota portales en internet y por una empresa subsidiaria —GC Gestión Compartida SA— brinda servicios de esa naturaleza a terceros y otras empresas subsidiarias. Asimismo, incluye la producción de contenidos digitales a través de Contenidos de Medios Digitales (CMD). El Grupo Clarín se define como líder en la generación de contenidos digitales y a través de CMD desarrolló —sostiene— la más amplia red de portales y contenido digital de la Argentina, que cubre noticias, entretenimientos, deportes, avisos clasificados, venta directa, *e-commerce*, fotografía digital, video, blogs, foros de chat, música, contenido de telefonía móvil (*ringtones*, SMS y juegos) y un navegador. Esta red —señala en sus balances presentados ante la autoridad administrativa— apunta también a replicar en internet la presencia y la importancia de los distintos medios *off-line* de los que dispone el Grupo Clarín (cf. “Memoria y Estados Financieros Consolidados...”, p. 24, fs. 689/690, fs. 710).

En lo que hace estrictamente al campo audiovisual explota a través de diversas sociedades —entre ellas: Artear y Radio Mitre y con otras en forma indirecta— los siguientes medios: (i) 4 licencias de televisión abierta distribuidas en la Ciudad de Buenos Aires (canal 13), Bahía Blanca (canal 7), Córdoba (canal 12) y Bariloche (canal 6); (ii) 8 señales de contenidos, a saber, El Trece Digital, Todo Noticias, Volver, Magazine, Quiero Música en mi idioma, TYC Sports, TYC Max y Canal Rural (24,99% del paquete accionario, “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”) —además, en su estado contable reconoce acuerdos y participación accionaria en Pol-Ka Producciones (posee el 54,6% de las acciones, fs. 710 y p. 17 del “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”), Ideas del Sur (participación que asciende al 30% de las acciones, cf. “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”, p. 43) y Patagonik Film Group (33,33% de las acciones, cf. “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”, p. 43)—; (iii) ocho licencias de radiodifusión sonora en AM y en FM distribuidas en la Ciudad de Buenos Aires (AM 790 Radio Mitre y FM 99.9), Córdoba

(AM 810 Radio Mitre Córdoba y FM 102.9), Bahía Blanca (FM 96.3), San Miguel de Tucumán (FM 99.5), Santa Fe (FM 99.3), San Carlos de Bariloche (FM 92.1) y en Mendoza (FM 100.3); (iv) A través de Cablevisión (Multicanal y Teledigital) y otras sociedades en las que participa en diversos puntos del país explota 180 licencias de servicio de radiodifusión por vínculo físico y también el servicio de internet (cf. fs. 73 vta./74 vta., 1843, 1845 vta./1849 vta., fs. 2200).

Estos hechos aparecen omitidos en la sentencia apelada, pese a su singularidad y relevancia para la solución del presente caso. Ello torna arbitraria a la decisión por haberse apartado de las constancias de la causa y por haber incurrido en defectos en la consideración de extremos conducentes (*Fallos*: 329:3749, 320:2749; 323:1989, entre otros).

En suma, la arbitrariedad de la sentencia radica en que analiza la validez de una ley a partir de una noción sesgada del derecho de propiedad y de la libertad de expresión, así como prescinde de la trascendencia social del conflicto. Más grave aún, los jueces han omitido resolver el caso sobre la base de la situación particular del grupo económico demandante, por lo que la decisión se transforma en una declaración de inconstitucionalidad en abstracto dado que no tiene conexión real con el asunto bajo estudio. Asimismo, resulta claro que la cámara se pronunció por la inconstitucionalidad de normas legales votadas ampliamente por el Congreso, en base a apreciaciones sobre el mero acierto o conveniencia de la norma, arrojándose así facultades legislativas, aspecto vedado a los tribunales (*Fallos* 273:418).

-IX-

El razonamiento de la sentencia desconoce los grandes desafíos que se presentan en el siglo XXI para una adecuada protección de la libertad de expresión. Ello vicia la fundamentación a la que acude la cámara para tratar la constitucionalidad de todas las normas aquí cuestionadas.

El derecho humano a la libertad de expresión está consagrado en la Constitución Nacional (artículos 14 y 32) y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 13 de la Convención Americana; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo IV de la Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Esa libertad comprende tanto el derecho de cada individuo a expresar su pensamiento y a difundirlo a través de cualquier medio apropiado, como el derecho colectivo a recibir todo tipo de información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30).

Ese derecho adquiere una preponderancia singular en el ámbito de los derechos fundamentales pues se despliega en una doble dimensión: por un lado, constituye un derecho inalienable de los individuos, y, por el otro, es una precondition esencial para el funcionamiento de un gobierno democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la libertad de expresión e información es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” (Corte IDH, OC-5/85, párrafo 70). Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos destacó que “el discurso sobre asuntos públicos es más que una expresión; es la esencia del autogobierno” (Corte Suprema de los Estados Unidos, “Garrison v. Louisiana”, 379 U.S. 64, 1964). Ese entendimiento también ha sido resaltado invariablemente por la Corte Suprema de la Nación (CSJN, Fallos: 310:510; 314:1517; 319:3428; entre otros).

En efecto, la información, las ideas y las valoraciones que son elaboradas y provistas a la esfera pública por parte de los medios de comunicación influencian en forma sustancial la opinión de los ciudadanos sobre los asuntos públicos. A partir de esa opinión, los ciudadanos ejercen su derecho de voto —esto es, eligen sus gobernantes— así como participan en el diseño de las políticas públicas. Los medios de comunicación intervienen, entonces, activamente en la elección de los gobernantes y en el diseño de las políticas de gobierno.

Por último, la dimensión social del derecho a la libertad de expresión comprende la función de los medios de comunicación como socializadores, educadores informales y formadores de cultura, según lo ha enfatizado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (v. “Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente”,

2009, párrafos 6 y 7).

Precisamente las razones expuestas han justificado la enorme protección que han recibido a lo largo de la historia las informaciones, las expresiones y las opiniones (CSJN, Fallos: 310:510; 314:1517; 319:3428; Corte Suprema de los Estados Unidos, “New York Times vs. Sullivan”, 376 US 254, 1964; “Gertz v. Robert Welch”, 418 US 323, 1974) y la importancia de asegurar que el debate sobre cuestiones públicas sea desinhibido, robusto y amplio. A su vez, la dimensión social de los derechos en juego requiere que la protección no se centre solo en los emisores, sino también, y más aún, en los receptores (Corte IDH, OC-5/85, ya citada, párrafo 30).

Ahora bien, la evolución tecnológica que ha operado en materia de medios de comunicación a partir del siglo XX ha incrementado de modo exponencial el rol de esos medios en su dimensión social. De hecho, con el desarrollo de la radio y televisión y el surgimiento de nuevas tecnologías digitales de comunicación se ha aumentado notablemente el poder que tienen los medios de influir en la vida política y social de los ciudadanos.

A su vez, la economía moderna conduce inexorablemente a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, como lo revela la existencia mundial de conglomerados mediáticos.

En el Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información, la Comisión Europea ha destacado la relación entre la tendencia de las empresas de medios hacia la diversificación de sus actividades y el auge de las concentraciones. Tal tendencia se traduce en una serie de cambios sustanciales en el mercado de servicios de información: la combinación de convergencia tecnológica, la liberalización de las telecomunicaciones y el crecimiento de internet y de los servicios en línea, que impulsaron las fusiones verticales, mediante las cuales se integran diferentes fases del proceso productivo (Com (97) 623, diciembre de 1997). Ante ese panorama, se ha propiciado la definición de un modelo de defensa de la competencia que no solo vele por el buen funcionamiento del mercado, sino también por los

derechos e intereses de los usuarios de servicios y, en concreto, en el caso de los medios de comunicación, de los receptores de la información.

Este cambio de paradigma trajo consigo un replanteo profundo en la protección del derecho a la información, a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. Originariamente, el resguardo de esos derechos se centró en prohibir que los oradores individuales y la prensa fueran censurados por el Estado. Ello exigía una actitud pasiva del Estado en la protección de esos derechos y se llegó a afirmar que la mejor regulación en materia de libertad de expresión era su ausencia.

La Corte Suprema de la Nación también ha advertido en Fallos 315:1492 que hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado, pero en nuestro tiempo y a raíz de la revolución técnica los contendientes han cambiado: quienes se enfrentan son el Estado y los grupos, y los grupos entre sí (considerando 8º y 9º, en los que cita la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “Miami Herald Publishing Col., Division of Knight Newspapers, Inc. v. Tornillo”, 418 US 241, 1974).

A partir de este nuevo paradigma se ha reconocido que la ausencia de protección estatal deja a las expresiones, a la información y a las ideas a la merced de censuras que provienen de la dinámica de un mercado que tiende a la concentración y de los poderes no estatales, esto es, los actores privados y la llamada “censura empresarial”. Ello ha sido apuntado por la Corte Interamericana en la ya citada Opinión Consultiva 5/85 del siguiente modo “Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica ‘medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’” (párrafo 56).

En efecto, la protección estatal procura evitar que la concentración mediática afecte tanto el derecho de los emisores como de los receptores, que requieren esas informaciones, expresiones e ideas para su desarrollo personal, social y político. En suma, la regulación busca asegurar el debate libre y robusto sobre asuntos

de interés público que exige todo régimen democrático.

Estas nuevas circunstancias han sido acogidas en diversos instrumentos internacionales elaborados en la segunda mitad del siglo XX, que reflejan la existencia de un consenso universal según el cual el resguardo del derecho de la libertad de expresión demanda una protección activa por parte del Estado y, en especial, para garantizar la expresión equitativa de ideas.

Numerosas decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos 20 años han reconocido la importancia de una intervención estatal activa para la vigencia de la libertad de expresión (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, ya citada, párrafos 33, 34 y 56; “*Kimel vs. Argentina*”, sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafo 57; “*Tristán Donoso vs. Panamá*”, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 113; “*Ríos y otros vs. Venezuela*”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafos 106 y 107; y “*Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45).

En la ya citada Opinión Consultiva 5/85 el tribunal regional expresó que “así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas” (párrafo 34).

En sentencias más recientes, la Corte Interamericana fue enfática al sostener que “[...] Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las

restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo” (“Kimmel”, párrafo 57; “Ríos”, párrafo 106; “Fontevecchia y D’Amico”, párrafo 45).

En el mismo sentido, se han manifestado en forma consensuada los relatores para la libertad de expresión de todos los sistemas de protección de los derechos humanos: CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000; e “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Anexo, puntos G, 1 y 2; Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 2007 y Declaración sobre Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, 2010, del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

En particular, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana del año 2000 dispone en su principio 12 que “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

Contrariamente a lo afirmado por los actores aquí recurrentes, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana precisó el significado de la anteúltima disposición en su Informe Anual de 2004. Con este fin, realizó una interpretación integral del principio 12, tomando en cuenta su objeto, “que enfatiza la inconsistencia de los monopolios y oligopolios en los medios de comunicación social con la libertad de expresión y los parámetros democráticos que

aseguran una distribución equitativa en la propiedad de los mismos” (párrafo 92). A la luz de esto, apuntó que lo que se prohíbe es el dictado de normas dirigidas solo a los medios de comunicación que, bajo la apariencia de ser normas antimonopólicas especiales, en realidad restrinjan la libertad de expresión (párrafo 94).

No obstante, seguidamente aclaró que esta disposición “no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios”, ni “impide [...] la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión” (párrafo 94). De hecho, la Relatoría observó que “el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas” (párrafo 94).

En el ámbito de la comunidad europea y ante las repetidas peticiones formuladas por el Parlamento Europeo para que se adopte una regulación en materia de concentración de medios, la Comisión Europea elaboró el Libro Verde sobre Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior. Con base en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Comisión desarrolló un concepto eminentemente funcional del pluralismo como componente de la libertad de expresión que tiene como finalidad garantizar al público la libertad de información. El pluralismo se sitúa al servicio de la diversidad de información, de modo que “se podrá, por ejemplo, denegar un permiso de radiodifusión, la toma de control de un periódico, una estructura de empresa monólica, la participación en un mercado de comunicación, etc.” (Libro Verde citado, COM (92) 480, diciembre de 1992, págs. 15-16).

A nivel universal, entre otros pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, la Observación General nº 34 emitida en el año 2011 afirma que “[...] ‘debido al desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas eficaces para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión’ [...] Por consiguiente, los Estados

partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones” (párrafo 40).

En conclusión, la evolución tecnológica de los medios de comunicación, así como el cada vez mayor compromiso democrático, demandan que el Estado actúe positivamente para resguardar el ejercicio efectivo y universal de ese derecho. En el actual contexto de concentración mediática, esa obligación implica la adopción de medidas concretas a fin de garantizar una distribución más equitativa de los medios de comunicación. De otro modo, los medios en vez de ser un instrumento de la libertad de expresión, se transforman en un vehículo para restringirla, en palabras de la Corte Interamericana (OC-5/85, ya citada, párrafo 34).

Además, el reparto equitativo de la expresión no solo está fundamentado en la vigencia universal del derecho de libertad de expresión, sino también en el funcionamiento de nuestro régimen democrático. De lo contrario, el derecho de cada persona a tener un voto se torna ilusorio, en tanto la posición individual de los votantes no habrá sido el resultado de un debate público, amplio y plural, sino de una opinión fuertemente marcada por los conglomerados mediáticos.

En suma, el Estado tiene tanto una obligación de abstención —no censurar el debate libre, democrático y plural— como un deber positivo de poner un freno a la censura y a los impedimentos que provienen de poderes no estatales a los efectos de asegurar la existencia de ese debate. Solo en ese ámbito protectorio puede imperar el derecho de libertad de expresión, que es un derecho inalienable del ser humano y una pieza elemental de todo gobierno democrático.

Al desconocer la evolución descripta en materia de protección del derecho a la libertad de expresión y al prescindir de su dimensión social, la decisión apelada ha sustituido al legislador en la actividad que le es propia, sin siquiera haber ponderado los intereses colectivos que palpitán bajo este conflicto.

A la vez, la sentencia apelada ha pasado totalmente por alto el marco deliberativo que precedió a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Su

sanción, el 10 de octubre de 2009, fue el resultado de un largo proceso en el que se fomentó y garantizó la participación ciudadana y en el que se gestó una amplia base de consenso, que se reflejó en el texto que fue finalmente aprobado por las mayorías legales de ambas cámaras del Congreso de la Nación. Ese proceso fue instado desde 1983 por diversas organizaciones sociales, sindicatos y universidades, que bregaron por reemplazar el marco regulatorio impuesto por el gobierno de facto por un régimen que promoviera la democratización de las comunicaciones. La participación ciudadana en la sanción de la ley aquí controvertida incluyó una consulta pública a través de la realización de foros en todo el país, lo que permitió la incorporación de aportes concretos de la sociedad civil al texto del proyecto original (cf. Diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación - Período 127º- Reunión 10º - 6º Sesión ordinaria (Especial) - 16 de septiembre de 2009 – págs. 1051/53; 1096; 1099/101 y 1125).

-X-

El artículo 45 de la ley, cuya constitucionalidad se encuentra aquí controvertida, constituye uno de los instrumentos centrales escogidos por los legisladores de la ley 26.522 para lograr el cometido central de la norma: un reparto más equitativo del derecho a la libertad de expresión frente al paradigma de la sociedad actual que tiende a la concentración mediática.

De acuerdo con el texto del artículo 45 de la ley 26.522 y con sus debates parlamentarios, el fin de los límites previstos a la concentración mediática es garantizar los principios de pluralidad —que significa que una mayor cantidad de voces participe del debate público—, de diversidad —que implica que voces distintas y que representen los distintos sectores de nuestra sociedad puedan participar de ese debate— y respeto por lo local, que permite que los actores y los intereses locales intervengan en ese debate.

En concreto, el referido artículo 45 contempla restricciones a la multiplicidad de licencias en el ámbito nacional y local.

En el ámbito nacional, esa norma dispone que: (i) un sujeto no puede tener más de una licencia de servicios audiovisuales sobre soporte satelital y, si ese

servicio satelital es por suscripción —o sea, pago—, el titular no puede tener otra licencia de ningún otro tipo (apartado 1, *a*); (ii) un sujeto puede tener hasta diez licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico, y ese sujeto, además, solo puede ser titular de una señal de contenidos (apartado 1, *b*); (iii) un sujeto puede tener hasta veinticuatro licencias de cable en diferentes localizaciones (apartado 1, *c*). Además, la norma prevé un límite general y adicional para todos los supuestos enumerados: la multiplicidad de licencias en ningún caso puede implicar la posibilidad de prestar servicios a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda (apartado 1, último párrafo).

En el orden local, el artículo 45 prevé que: (i) un sujeto puede tener hasta una radio AM (apartado 2, *a*); (ii) un sujeto puede tener una radio FM o hasta dos, cuando existan más de 8 en el área primaria de servicio (apartado 2, *b*); (iii) un sujeto puede tener hasta una licencia de televisión por suscripción, siempre que no fuera titular de una licencia de televisión abierta (apartado 2, *c*); (iv) un sujeto puede tener hasta una licencia de televisión abierta siempre que no fuera titular de una licencia por suscripción (apartado 2, *d*). Además, la norma prevé una limitación general y adicional para todos los supuestos enumerados: la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio no puede exceder la cantidad de tres licencias (apartado 2, *in fine*).

Por último, la norma restringe la titularidad de señales de contenidos y establece que: (i) un sujeto que tiene hasta diez licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico en el orden nacional solo puede tener una señal de contenidos (apartado 3, *a*); y (ii) un sujeto que tiene una licencia de televisión por suscripción solo puede tener una señal de contenidos (apartado 3, *b*).

La disposición normativa examinada vino a reemplazar el régimen de restricciones a la multiplicidad de licencias previsto por la ley 22.285, que, en lo pertinente, establecía un límite referido a la cantidad de licencias para impedir la concentración mediática. Efectivamente, ese régimen disponía, por un lado, que en distintas localizaciones un operador podía detentar hasta 24 licencias de servicios de

radiodifusión sonora o de televisión y, por otro, que en una misma localización podía concentrar hasta una licencia de radiodifusión sonora, una de televisión y una de servicios complementarios de radiodifusión —entre otros, televisión por cable—. En la versión original de la ley 22.285, esa norma, además, prohibía a los medios gráficos operar licencias de radiodifusión, lo que fue dejado de lado por la ley 23.696 —publicada en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 1989— que posibilitó la convergencia entre ambas actividades vinculadas con la información.

Los redactores de la ley 26.522 entendieron que el criterio de restringir el número de licencias no era un límite adecuado porque no reflejaba por sí solo la influencia del medio de comunicación audiovisual en el debate público. Como expliqué anteriormente, la ley actual dispone una doble limitación para impedir la concentración de emitentes de servicios audiovisuales: por un lado, restringe la cantidad de licencias y, por el otro, establece un tope en base a la cuota de mercado.

A su vez, la ley procura impedir otro tipo de concentración que los legisladores estimaron perjudicial, a saber, la que resulta de la convergencia en un mismo sujeto de la posibilidad de distribuir un servicio de comunicación audiovisual y de controlar su contenido. Ello explica las limitaciones previstas en el apartado 3 del artículo 45 de la LSCA, cuando cercena la titularidad de señales de contenidos a quien tiene licencias para distribuir servicios.

Aun cuando diversos regímenes de derecho comparado restringen la tenencia cruzada de licencias de medios gráficos con televisión abierta, como se vio, la ley 26.522 no alteró lo dispuesto por la ley 23.696 y permite a los medios gráficos operar licencias de servicios de comunicación audiovisual. Por el contrario, nuestros legisladores han optado por otro modo de regular la tenencia cruzada: limitar la convergencia de licencias para operar la televisión abierta y la televisión por cable.

El razonamiento de la decisión apelada, en cuanto afirma que las limitaciones previstas en el artículo 45 a la multiplicidad de licencias de servicios que no utilizan el espacio radioeléctrico vulnera la libertad de expresión del Grupo Clarín, analiza la controversia a la luz de una concepción hoy perimida de la libertad de expresión que, como ya expuse, veía a la censura estatal como el único peligro a la

vigencia de ese derecho.

Por un lado, la decisión apelada considera únicamente la libertad de expresión y de información que, como veremos, fue infundadamente invocada por el Grupo Clarín, y no repara en la irrenunciable protección de los derechos de las personas a la libre expresión y a la información plural, que resulta incompatible con la elevada concentración de medios de comunicación.

El tribunal omite ponderar que los fines invocados por el Estado —pluralidad, diversidad y respeto por lo local— son un instrumento para asegurar la vigencia efectiva del derecho universal a la libertad de expresión, que no solo es un derecho inalienable de todos los seres humanos, sino la piedra fundamental de todo gobierno democrático.

De este modo, nos encontramos frente a un caso donde la libertad de expresión y de información se encontraría, en todo caso, en ambos lados de la ecuación: esto es, la libertad de expresión y de información de todas las personas —que el Estado procura garantizar a través del artículo 45 de la LSCA impugnado— está en tensión con esos mismos derechos invocados por los medios de comunicación accionantes. A su vez, esta tensión no puede analizarse seriamente sin considerar los valores democráticos que subyacen a la fuerte protección que ha amparado a lo largo de la historia a los derechos en cuestión.

Éste es el verdadero conflicto que debe decidir la Suprema Corte. El estándar de escrutinio estricto, al que recurrió el tribunal *a quo* para resolver el caso, no es aplicable cuando la libertad de expresión se halla en ambos lados de la controversia. La utilización de ese estándar implicaría desoir el derecho a la libertad de información del resto de los ciudadanos. Ello no sería congruente con nuestros compromisos internacionales, que afirman que la obligación de respetar las libertades de opinión y expresión es vinculante para todos y cada uno de los poderes de los Estados partes, incluso el judicial (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, ya citada, párr.7).

La falacia del razonamiento de la decisión apelada se pone de manifiesto a tenor de las observaciones que efectúo la Corte Interamericana en la ya citada

Opinión Consultiva 5/85, que luego de enfatizar la dimensión individual y social de la libertad de expresión, sostuvo que “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (párrafo 33).

En atención a los fines del artículo 45 de la LSCA —un reparto equitativo de la libertad de expresión— y a la coyuntura actual donde la tendencia a la concentración mediática se configura como un obstáculo a la vigencia universal de la libertad de expresión, la valoración constitucional de esa norma requería determinar si las limitaciones a la multiplicidad de licencias allí previstas conllevan efectivamente a garantizar y enriquecer el debate público abierto, desinhibido y vigoroso, esto es, democrático, plural y libre.

Sin embargo, la sentencia omite absolutamente la ponderación de los intereses colectivos en juego para centrarse en el interés patrimonial de las actoras. Los jueces no pueden minusvalorar la complejidad del proceso mediante el cual el legislador elige entre las diferentes políticas posibles, para sustituirlas por su voluntad.

-XI-

Por otra parte, la distinción en la que se funda la sentencia apelada entre las licencias de servicios de comunicación audiovisual que requieren de espacio radioeléctrico y las licencias que usan otras plataformas tecnológicas es arbitraria, en tanto omite ponderar que en la actualidad las dificultades a la participación de una pluralidad y diversidad de actores en el debate público no provienen únicamente de la escasez del medio utilizado para transmitir los servicios audiovisuales, sino de un conjunto de obstáculos económicos, técnicos y políticos que impiden la participación en el debate público y que el artículo 45 de la ley 26.522 procura combatir.

La prueba irrefutable de esos obstáculos a la participación es el escenario

actual de concentración mediática, que implica una decreciente porción de las personas que puede expresar sus opiniones e ideas a través de los medios de comunicación. Esa concentración se da tanto en el ámbito de los servicios audiovisuales que dependen del espacio radioeléctrico, como en aquéllos que no tienen un límite físico. De hecho, en el contexto de las licencias para operar servicios de televisión por cable, durante casi diez años no se permitió la entrada de nuevos actores (Resoluciones 726/2000 y 275/2009 del COMFER). Por eso, la concentración en el mercado de la televisión por cable fue una de las preocupaciones de los legisladores (cf. Diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación - Período 127º- 10º Reunión - 6º Sesión ordinaria (Especial) - 16 de septiembre de 2009 – págs. 1138/9).

Es justamente la concentración mediática la que impide el acceso al debate público, más que el carácter limitado del recurso de transmisión. La concentración ubica a los conglomerados mediáticos en una posición dominante para restringir la participación de nuevos actores en el debate público de diversas maneras.

Por un lado, la concentración los coloca en una posición de enorme ventaja competitiva en términos económicos, dado que pueden impedir la entrada de nuevos actores a través de la fijación de precios y la oferta de otros productos, que ponen a los otros participantes en una posición no competitiva. En el mismo orden, la concentración del mercado posibilita la captación de la publicidad, lo que contribuye a acentuar las diferencias competitivas. Por otro lado, la concentración —y en definitiva la acumulación de un poder incommensurable, como lo ha definido la Corte Suprema en Fallos 315:1492, considerando 8º— coloca a esos conglomerados mediáticos en una posición de enorme ventaja competitiva en términos políticos, en atención a su posibilidad de influir activamente en el diseño de políticas públicas. Usufructuando esa posición de poder, los medios inciden en el dictado de actos administrativos y legislativos en su beneficio, impidiendo la participación de otros actores en el debate público.

Un claro ejemplo de las barreras de ingreso en el mercado de los servicios audiovisuales que no utilizan el espacio radioeléctrico —televisión por cable— es el soterramiento del tendido de la red de cable en los principales municipios

del país y, en particular, en la ciudad de Buenos Aires. Allí, Cablevisión SA y Multicanal SA —que según datos brindados por las propias empresas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia concentran más del 85% del mercado—, junto con el tercer prestador existente, Telecentro SA, gozaron de los beneficios derivados de la ley local 1.877, sancionada en 2005. La norma contemplaba de manera exclusiva para estos prestadores la posibilidad de mantener el tendido aéreo. Ello implicaba que cualquier nuevo actor que quisiera entrar en el mercado de la TV por cable en la ciudad, según la ley, debía soterrar la totalidad del tendido. Esta regulación generaba una barrera de acceso valuada en cientos de millones de pesos. Esta situación fue atendida recién en septiembre de 2011 a través de la ley local 3875, que prevé la entrega de subsidios que llegan hasta los \$4,5 millones por prestador. Sin embargo, esa ayuda se centra en las licenciatarias existentes, sin advertir que la mayor restricción en el acceso la sufren quienes pretenden ingresar a ese mercado.

Lo expuesto revela que en el ámbito de los medios masivos de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico también existen fuertes condicionamientos a la participación plural y diversificada. Ello demanda la intervención estatal a los efectos de garantizar el debate público robusto y desinhibido. La prueba de ello son las regulaciones del derecho comparado que limitan la concentración mediática, aún con relación a los servicios que no utilizan el espacio radioeléctrico. La convergencia entre prensa escrita y medios audiovisuales se encuentra restringida en diversos regímenes del derecho comparado anteriores a la LSCA, por ejemplo, en Estados Unidos por la “Federal Communications Commission Broadcast Ownership Rules”; en Australia por la “Broadcasting Services Act 1992”; en Reino Unido por la “Communications Act 2003”; y en Alemania, por la “Rundfunkstaatsvertrag”.

De hecho, los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, desconcentración de los medios de comunicación y facultades regulatorias del Estado no distinguen según el medio de transmisión que utilizan.

A su vez, como el propio Grupo Clarín expone en su recurso extraordinario, los avances tecnológicos operados en los últimos años ponen en jaque

la idea de que el espacio radioeléctrico es un medio limitado. En efecto, las nuevas tecnologías permiten un mayor aprovechamiento del espacio radioeléctrico, reduciendo proporcionalmente el carácter limitado del recurso.

En suma, el paradigma de la escasez del espacio radioeléctrico para justificar una mayor o menor reglamentación de la libertad de expresión ha devenido obsoleto en tanto no condice con los avances tecnológicos y no se hace cargo de que el mayor obstáculo a la participación de nuevos actores en el debate público es la tendencia de la concentración mediática en la sociedad moderna. Por el contrario, de acuerdo con una concepción del derecho a la libertad de expresión propia del siglo XXI y respetuosa de los estándares de derechos humanos la asignación del espacio en el debate público debe guiarse por criterios de distribución equitativos y democráticos.

—XII—

En sentido coincidente con lo aquí expuesto, cabe recordar que en este mismo caso, en el marco del trámite de la medida cautelar, la Corte advirtió en Fallos 335:705 que el Grupo Clarín no hacía más que mencionar la libertad de expresión, sin aportar algún elemento probatorio que acredite de qué modo se vería afectada esa libertad (considerando 10º). Y prosiguió: “[...] Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia, lo que en el caso no se ha demostrado, al menos en el campo de la medida cautelar” (considerando citado).

Esa falta de prueba invocada por la Corte Suprema en el ámbito de la medida cautelar se mantiene en esta instancia. En efecto, el Grupo Clarín no ha acreditado que las limitaciones a la multiplicidad de licencias del artículo 45 vulneren su derecho a la libertad de expresión, esto es, su capacidad de participar en el debate público a través de la expresión y la difusión de sus ideas, máxime teniendo en cuenta que nadie tiene derecho a valerse de una acumulación de licencias para expresar sus ideas. El derecho que aseguran los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, así como el previsto en los instrumentos internacionales citados, es a participar en

condiciones equitativas en el debate público. Los actores no han demostrado que ese derecho haya sido violentado por la ley 26.522, menos aun teniendo en cuenta los restantes medios de comunicación y de empresas vinculadas a la información que son controladas por ese grupo económico —diarios, revistas, provisión de papel, internet, entre otros—.

De la pericia económica —en la que se fundó especialmente la decisión apelada— no surge que el artículo 45 de la ley 26.522 le impida al Grupo Clarín expresar y difundir sus ideas. Además, esa prueba pericial no es un elemento suficiente para la resolución del presente caso.

Por un lado, el perito no repara que nos encontramos frente a un caso donde la libertad de expresión se encuentra en ambos lados de la ecuación. En efecto, las opiniones del experto en economía no contienen ninguna referencia a cómo afecta la libertad de expresión del resto de los ciudadanos la concentración de licencias que son operadas por el Grupo Clarín.

Por otro lado, y más importante aún, ese análisis meramente económico no refleja los valores cívicos que pretende amparar la ley 26.522. La distribución democrática del poder de la comunicación constituye un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar buenos resultados, cuya eficacia deba ser probada empíricamente. Es un valor democrático, al igual que el principio según el cual cada persona tiene derecho a un voto. Sería impensable que para mantener la vigencia de ese derecho exigiéramos la comprobación empírica de que conduce a resultados deseables.

Ese valor democrático explica las medidas gubernamentales que procuran limitar la concentración en materia de medios de comunicación y, en particular, la ley 26.522. La limitación a la concentración mediática hace a la vigencia de los valores cívicos y no solo a intereses de consumidores. Dicho en otras palabras, el peligro más grave de la concentración mediática no es que se ofrezcan peores programas televisivos ni que el precio del abono sea más elevado, sino la afectación a nuestro régimen democrático —aún cuando es evidente que la concentración económica pocas veces ha sido una herramienta adecuada para procurar precios bajos y contenidos adecuados, sino que en general asegura que esas cuestiones sean fijadas

unilateralmente por pocos sujetos—.

Tal como expliqué, la protección de nuestra democracia no puede ser relegada únicamente a las limitaciones previstas por la Ley de Defensa de la Competencia —como pretende la sentencia— que han sido pensadas para proteger intereses económicos de los consumidores —sin desmedro de su importancia—, pero no específicamente los valores cívicos que involucra el debate público plural y libre. En efecto, la ley 26.522 pretende asegurar no solo la competencia económica de los medios de comunicación, sino también la competencia política. La pericia económica, sobre la que se fundó la sentencia apelada, no contiene ninguna referencia a las cuestiones cívicas involucradas.

Por lo demás, la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522 no puede juzgarse apenas por la restricción de los ingresos económicos que son percibidos por el grupo accionante a partir de su explotación de licencias en una situación de concentración —cuya ilegitimidad había sido advertida por los órganos administrativos pertinentes, v. resoluciones SCI 257/07, SCI 1101/09, ME 113/10 y COMFER 577/09, aunque la adopción de una decisión definitiva al respecto está pendiente de resolución en otras actuaciones—.

En efecto, el perito sostiene que la norma afecta la sustentabilidad económica del grupo accionante, pero para ello considera los ingresos obtenidos por el grupo en una situación de concentración. Para más, esa sola afirmación no puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma en tanto que cualquier norma que limite la concentración —y, por lo tanto, que persiga el fin loable de garantizar el debate público democrático— tendrá algún impacto sobre los ingresos económicos de quienes se han valido hasta entonces de una situación privilegiada. Lo determinante para su declaración de inconstitucionalidad sería que un medio de comunicación no pudiera operar en esas condiciones de mercado. La pericia económica no prueba esa hipótesis que, además, se ve contrarrestada por el hecho irrefutable de que existen actualmente en nuestro país otros medios de comunicación que operan sin ostentar esa situación de multiplicidad de licencias.

El análisis de sustentabilidad económica realizado por el perito parte de

la premisa de una situación de concentración, cuyo mantenimiento es inconcebible en el marco de un gobierno democrático.

El perito se expide sobre la conveniencia económica de la concentración horizontal y vertical, sin considerar los perjuicios que ella causa al resto de la población que también tiene un derecho a participar en el debate público y a recibir información plural. La afirmación sobre esa conveniencia beneficia al prestador oligopólico es una obviedad, pero no tiene entidad para fundar la invalidez de una norma que pretende garantizar el ejercicio equitativo del derecho a la libertad de expresión y, en definitiva, de la democracia.

Asimismo, el perito manifiesta que el artículo 45 de la LSCA causa dos inequidades. En primer lugar, afirma que la norma pone en desventaja a la televisión por cable frente a la satelital. Por otro, que la norma beneficia a las sociedades extranjeras. Sobre esas consideraciones, y sin efectuar un análisis de la totalidad de la norma en crisis y del ordenamiento jurídico, la decisión apelada funda, en parte, su declaración de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el tribunal omite considerar que los titulares de servicios audiovisuales sobre soporte satelital solo pueden tener una licencia de ese tipo y si, además, ese servicio satelital es por suscripción — o sea, pago—, el titular no puede tener otra licencia de ningún tipo (artículo 45, apartado 1, inciso *a*). A su vez, la norma establece un límite general y adicional para todos los supuestos, incluso los titulares de servicios satelitales: la imposibilidad de prestar servicios a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda. De este modo, el legislador, considerando las particularidades tecnológicas del servicio satelital, ha establecido límites concretos a su capacidad de participar en el debate público con el mismo fin de procurar un reparto equitativo de la libertad de expresión.

En segundo lugar, el tribunal omite considerar los límites a la participación extranjera en términos de propiedad de medios de comunicación y en términos de contenido. No solo la ley 25.750 establece límites concretos a la propiedad extranjera de servicios de comunicación locales (artículo 2), sino que también la propia ley 26.522, aquí impugnada, prevé diversos límites a los contenidos

que pueden ser distribuidos por los medios a los efectos de favorecer la producción nacional, local y propia (artículo 65 y siguientes).

Estas cuestiones permiten desechar las valoraciones del tribunal *a quo* en relación a un supuesto trato discriminatorio del grupo aquí accionante, que incluso ha llevado a uno de los magistrados a considerar que corresponde aplicar en el *sub lite* la doctrina de las categorías sospechosas. La utilización de esa categoría elaborada por los tribunales extranjeros y adoptada por la Suprema Corte para proteger los derechos de los grupos vulnerables de nuestra sociedad carece de todo sustento cuando los actores configuran un conglomerado oligopólico mediático.

Para más, el Grupo Clarín se agravia de las medidas previstas en el artículo 45 para impedir la tenencia cruzada entre licencias de televisión abierta y las licencias de cable. Sin embargo, más allá de los agravios dogmáticos y conjeturales efectuados, las pruebas producidas en las actuaciones no acreditan que la sustentabilidad comercial de las actoras dependa de esa integración horizontal de licencias. En efecto, el sentido de esas prohibiciones es eludir que esa multiplicidad de licencias coloque a las licenciatarias en una posición dominante en la que puedan crear barreras de acceso para el resto de los actores al debate público. Si bien el perito económico efectúa alegaciones generales sobre la conveniencia de esa integración, ello no es suficiente para detributar la constitucionalidad de una norma sobre la base de la afectación de la libertad de expresión del Grupo Clarín. En efecto, esas referencias generales no prueban que esa integración horizontal sea necesaria para la sustentabilidad del grupo demandante. Las opiniones generales del perito se contraponen, además, con el hecho de que existen en nuestro país licenciatarios de televisión abierta que operan sin tener, además, licencias de televisión por cable. Por último, cabe destacar que el derecho comparado prohíbe la tenencia cruzada de licencias de diversos modos. Mientras algunos países prohíben la tenencia de licencias de medios gráficos con televisión abierta, nuestros legisladores han optado por otro modo de regular la tenencia cruzada a los efectos de impedir, en definitiva, la concentración mediática que es el principal obstáculo a la participación de nuevas voces en el debate público.

Además, el Grupo Clarín alegó que la norma controvertida afecta su sustentabilidad económica y, en definitiva, pone en juego su independencia periodística. Sin embargo, los agravios de los actores en este sentido no son más que una conjetaura infundada, que no ha sido objeto de prueba concreta en esta causa. La postura de los demandantes implicaría que todos los licenciatarios que no gozan del grado de concentración de licencias que tienen las actoras no son sustentables y, por lo tanto, no son independientes. Ello no se condice con lo que acontece en nuestro mercado.

Finalmente, los accionantes efectúan diversos planteos sobre las posibles aplicaciones de la norma en sustento de la inconstitucionalidad peticionada. Sin embargo, cabe recordar que el análisis de constitucionalidad de las leyes no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y de modo alguno sobre la base de los posibles o eventuales resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (CSJN, Fallos 325:2600; 324:754; 311:1565; entre otros).

De lo expuesto surge que, en definitiva, el Grupo Clarín no ha demostrado la afectación de su derecho a la libertad de expresión y pretende sustentar en sus intereses económicos la declaración de inconstitucionalidad de una norma, que procura la consecución de valores de mayor jerarquía constitucional: el reparto equitativo de la libertad de expresión y la promoción del régimen democrático. A los efectos de resguardar el derecho de propiedad de los medios de comunicación, el artículo 161 establece un régimen de adecuación, cuya constitucionalidad será tratada más adelante.

-XIII-

En conclusión, el artículo 45 de la LSCA contiene limitaciones a la multiplicidad de licencias a los efectos de contrarrestar la tendencia actual a la concentración en materia de medios de comunicación y, en definitiva, a preservar la libertad de información y de expresión. La norma procura un reparto plural de la libertad de expresión, en respuesta a las demandas actuales —que han sido acogidas ampliamente en los instrumentos internacionales— en materia de libertad de

expresión y a fin de garantizar la vigencia de nuestro sistema democrático. En el *sub lite*, el planteo de inconstitucionalidad de esa norma no puede prosperar en tanto que el Grupo Clarín no ha acreditado que ella le impida participar del debate público, expresando y difundiendo sus ideas, en condiciones de equidad. Lo absurdo del planteo se pone de manifiesto a poco que se repasa la enorme cantidad de empresas vinculadas a la elaboración y distribución de información que concentra el grupo económico demandante, lo que ha sido silenciado por la decisión apelada.

Para más, tampoco ha demostrado que las limitaciones que estableció la LSCA a la propiedad de licencias para explotar servicios de comunicación no estuvieran justificadas a los efectos de garantizar el interés superior de la sociedad: permitir el efectivo ejercicio de la libertad de expresión, que es un derecho inalienable de todos los seres humanos y la piedra angular de todo gobierno democrático.

-XIV-

Por otro lado, el Grupo Clarín se agravió de la decisión apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de ley 26.522, que dice “Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41”.

Esa norma establece un mecanismo a través del cual los titulares de servicios de comunicación audiovisual deben adecuarse a los requisitos previstos en la ley 26.522 y, en particular, a los límites a la multiplicidad de licencias. Para ello, la norma previó el plazo de un año desde que la autoridad de aplicación estableciera los mecanismos de transición. Ese plazo fue, luego, prorrogado por esa autoridad a través

de las resoluciones 297/2010 y 1295/2011. En el caso del Grupo Clarín, el plazo fue, de hecho, extendido a través de la obtención de decisiones cautelares por las que se suspendió la aplicación de esa norma (CSJN, Fallos 333:1885; 355:705; cf. sentencia *in re* G.1156, L. LXVIII “Grupo Clarín S.A. y otros /s medidas cautelares”).

En lo sustancial, el reproche de los apelantes es que “...aunque el plazo transcurrido pueda ser en sí mismo un plazo razonable —cuestión que no puede afirmarse sin considerar la magnitud de las eventuales adecuaciones y desinversión requeridas de prosperar las irrazonables y arbitrarias pretensiones del Estado y de la autoridad de aplicación— un plazo, cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales...” (fs. 3700/vta y 3717).

El agravio así expuesto debe ser desestimado. En primer lugar, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal constituye la *última ratio* del orden jurídico y su declaración únicamente resulta procedente cuando se comprueba, con claridad y precisión argumentativa, la lesión al derecho constitucional invocado (Fallos: 328:91, entre muchos otros). La actora, empero, se limita a sostener, en forma dogmática y genérica, la supuesta inconstitucionalidad de la norma sin brindar razones concretas que sostengan su parecer.

En efecto, su agravio —haciendo un esfuerzo interpretativo— parece, antes bien, estar ligado a reiterar sus agravios constitucionales contra las limitaciones que impuso la ley 26.522 a la multiplicidad de licencias. De ahí que descartadas tales objeciones por las razones expuestas, el agravio pierde todo sustento.

Para más, las argumentaciones no comprueban —en base a la ponderación de elementos de juicio concretos o a una explicación racional del punto— que el plazo fijado para la desinversión o los procedimientos establecidos al efecto por la autoridad de aplicación resulten irrazonables.

En suma, el cuestionamiento constitucional en relación al artículo 161 se sostiene en meras conjeturas y, por lo demás, no tornan en consideración el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la ley 26.522 a la fecha de esta intervención, extremo que desdibuja aún más el endeble planteo sobre este punto.

## -XV-

Por otra parte, puesto que el procedimiento de adecuación constituye el mecanismo legal que la LSCA previó para armonizar la inmediata aplicación de la norma con los derechos de los licenciatarios, razones de orden metodológico recomiendan en este punto tratar los argumentos vinculados con el reclamo de daños y perjuicios efectuado por el Grupo Clarín.

El Estado Nacional recurre la decisión en cuanto postula la eventual existencia de un derecho de la parte actora a ser resarcida en función de su adecuación al régimen de la ley 26.522 en aquellos puntos en que fue estimada constitucional.

La decisión de la cámara sobre este tema refleja una alta dosis de ambigüedad en su razonamiento que lleva al recurrente a un evidente estado de incertidumbre, pues si bien en la parte dispositiva se rechaza la pretensión de daños y perjuicios, en la motivación de la sentencia apelada la vocal preopinante —reflexiones a las que adhirió el vocal que intervino en segundo término— parece reconocer la existencia de un derecho de la actora a ser resarcida, aunque en otro proceso, por la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Si bien la sentencia cuestionada rechaza el reclamo de daños, el criterio de los jueces de la causa, indudablemente, importó anticipar juicio sobre la existencia —en cabeza de la parte demandada— de una obligación de resarcir a la actora, temperamento que implica prejuzgar, sin apoyar tales conclusiones en elementos de juicio idóneos, lo que acarrea su arbitrariedad.

Efectivamente, la configuración de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, requiere acreditar, en modo exacto, la existencia de un daño cierto, concreto y cuantificable económicamente a un detecho adquirido —en forma regular— que es sacrificado, en lo que interesa, por una nueva regulación legislativa (*Fallos*: 301:403, entre otros).

El derecho a ser resarcido impone, entonces, la carga de acreditar un nexo de causalidad adecuado y exclusivo (*Fallos*: 312:2022; 328:2654) entre el daño y la nueva normativa que lo genera, de forma de postular, con elementos ciertos y no sobre la base de meras licencias académicas, la existencia de un deber de la comunidad de

resarcir el perjuicio originado a un derecho individual que se sacrifica por el interés general (Fallos: 315:1026, 319:2666, 330:2464, entre otros).

La reflexión del tribunal *a quo*, además, no establece con precisión cuál sería el daño al derecho que titulariza la parte actora. En rigor, en el razonamiento del *a quo* la comprobación de un daño objetivo, cierto y cuantificable económicamente y, en especial, el nexo causal son meramente conjeturales; de manera que difícilmente se pueda llegar a anticipar del modo en que se lo hizo la procedencia de una pretensión resarcitoria. Nótese que en las apreciaciones de la sala ni siquiera se toma en cuenta la dimensión efectiva que, eventualmente, puede llegar a tener en la especie la posibilidad que otorga la LSCA en su artículo 161 de transferir licencias para adecuarse a su esquema.

De este modo, la sentencia es arbitraria en tanto dictó una condena de futuro jurídicamente inadmisible. Sentencia o condena de futuro es, en este entendimiento, la que sin relación alguna con el pasado, sin nexo directo o inmediato con éste, se refiere a etapas temporales posteriores (Fallos: 314:881), en el caso, la futura desinversión limitada que deberá realizar la demandante.

Por las razones expuestas, si bien en el plano de lo nominal la sentencia no parece generar en el apelante un agravio concreto, lo cierto es que las apreciaciones de la cámara llevan a postular su responsabilidad sin elementos de juicio, razonamiento que, entiendo, reflejan apreciaciones prematuras y carentes de rigor que deben ser dejadas sin efecto.

-XVI-

Por otro lado, el Grupo Clarín se agravia de la decisión apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 41 de ley 26.522. Esa norma establece, como principio, la intransferibilidad de las licencias de servicios de comunicación audiovisual. Sin perjuicio de ello, autoriza excepcionalmente su transmisión luego de transcurridos cinco años desde su adjudicación, cuando la operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, y siempre que los titulares originales retengan al menos el cincuenta por ciento del capital suscripto o por suscribirse y que éste represente más del cincuenta por ciento de la voluntad social. La

transferencia, en tales casos, está sujeta a la previa aprobación de la autoridad de aplicación.

Tanto la sentencia del juez de primera instancia como el tribunal *a quo*, al pronunciarse en el marco de los recursos de apelación deducidos contra aquélla, rechazaron la demanda declarativa de certeza por medio de la cual las actoras cuestionaron la validez constitucional de esa norma, por considerarla lesiva de su derecho de propiedad y de libertad de comercio. A mi modo de ver, igual temperamento desestimatorio corresponde adoptar en esta instancia.

Los agravios de las actoras se fundan en la hipotética afectación del contenido patrimonial de las licencias para operar servicios de comunicación audiovisual que se produciría como consecuencia de las modificaciones al régimen de transferibilidad establecidas por la LSCA. Las licencias otorgadas al amparo del régimen anteriormente vigente, empero, no concedían a quienes las explotaban el derecho a disponer libremente de ellas. Por el contrario, el sistema original de la ley 22.285 prohibía categóricamente esa posibilidad.

En el año 1999 se dictó el decreto de necesidad y urgencia 1005/99, con el que se pasó a un régimen que, si bien permitía la transferencia de las licencias, la condicionó a la autorización de la autoridad de aplicación (cf. artículos 45, 46 y 85 inciso *i* de la ley 22.285, modificada por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99). De este modo, el nuevo régimen previsto por el artículo 41 aquí controvertido reglamenta la facultad del Estado de autorizar en determinadas circunstancias la transferencia de licencias para la explotación de servicios de comunicación audiovisual. Si bien las condiciones en las que el Estado se encuentra facultado a autorizar las transferencias han sido modificadas, no se alteró en lo substancial el derecho inherente a la explotación de las licencias, puesto que la posibilidad de transferir las licencias siempre requirió la autorización de la autoridad de aplicación.

Los recurrentes soslayan estas cuestiones que son inherentes a la naturaleza jurídica del derecho a explotar las licencias de servicios de comunicación audiovisual. En cambio, pretenden asimilar ese derecho al conjunto de prerrogativas del derecho real de dominio, desconociendo que los derechos que conceden las

licencias a sus poseedores se rigen, en gran medida, por disposiciones y principios de derecho público.

La adjudicación de una licencia para operar servicios de comunicación audiovisual depende de una habilitación estatal cuyo otorgamiento está orientado, en rigor, a la satisfacción de un interés social relevante, a saber, la participación de una pluralidad de voces en el debate público. Las consideraciones realizadas a lo largo de este dictamen explican por qué la comunicación audiovisual es considerada una actividad social de interés público —más precisamente, un servicio, tal como lo define la ley—, y no meramente una actividad comercial. Ellas explican asimismo que la expresión y la información no son una mercancía, sino que comprometen nuestros valores cívicos esenciales.

De ahí que el otorgamiento de la licencia se encuentre sujeta, entre otras cosas, a procedimientos administrativos específicos (cf. artículos 2, 3, 32 y 36 de la ley 26.522) que tienden a satisfacer ese interés general y cuya validez, por lo demás, no ha sido puesta en tela de juicio por las actoras. No corresponde, pues, concebir los derechos que surgen de las licencias para operar medios de comunicación audiovisual desde una perspectiva estrictamente mercantilista, como si se tratara de mercancías fungibles y transables sin ningún tipo de reglamentación, ignorando que su contenido patrimonial —si bien lícito— está asociado al cumplimiento de los fines de interés social para los cuales la habilitación se concede: ejercer el derecho a informar.

El derecho de los operadores de servicios de comunicación audiovisual a explotar las licencias se debe correlacionar, entonces, con el fin social que cumplen sus actividades. Las limitaciones establecidas en el artículo 41 de la ley 26.522 a la libre disposición de las licencias constituyen, en ese orden, un medio adecuado para la consecución de un fin público, a saber, asegurar el debido reconocimiento *intuitu personae* que la habilitación conlleva a la identidad de quien ejerce su titularidad.

Para más, cabe señalar, que tal como se desprende de la sentencia recurrida, el régimen del decreto 1005/99 condujo a la consagración de un sistema extraordinariamente endeble, proclive a maniobras fraudulentas que redundaron en la imposibilidad generalizada de conocer con certeza quién resultaba ser el titular de un

medio de comunicación o de una señal de contenidos (cf. informe de la Sindicatura General de la Nación obrante a fs. 2001/36). Este es uno de los aspectos que la ley 26.522 procura superar de modo de adecuarse a los estándares de transparencia en la concesión de licencias, acogidos por los instrumentos internacionales (v. Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión ya citada).

Así las cosas, las objeciones del Grupo Clarín a la validez constitucional del artículo 41 de la LSCA resultan inadmisibles pues cabe recordar, en este sentido, la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema, pacíficamente aceptada, de acuerdo con la cual nadie posee un derecho irrevocablemente adquirido al mantenimiento de un ordenamiento jurídico (Fallos: 325:2875, 329:976, 330:3565, 333:108, entre muchos otros). En el caso, las modificaciones introducidas a la posibilidad de transferir licencias no restringen irrazonablemente derechos amparados por el régimen anterior. Por un lado, inclusive en dicho régimen, la posibilidad de transferir licencias se encontraban sujetas a la autorización de la autoridad administrativa (artículo 85, inc. i.-, ley 22.285 —texto según decreto 1005/99—). Por el otro, existen razones de índole superior vinculadas con el interés público de la actividad, que justifican la existencia de restricciones a la posibilidad de transferir las licencias.

-XVII-

Finalmente, el Estado y el AFSCA se agraviaron de la sentencia apelada en cuanto declara la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522. Dicha disposición establece que “El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro”.

Esa norma reafirma que los licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual no pueden sustraerse del acatamiento de las normas en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, sea de las que están actualmente vigentes o las que se sancionen en el futuro.

Esto último es la consagración del principio, señalado en el punto anterior de que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o

reglamentos (*Fallos:* 268:228; 272:229; 330:2206 y 333:108, entre muchos otros) y resulta acorde a las facultades que tiene el Estado para introducir cambios legislativos en respuesta a los nuevos desafíos legales y sociales. Esta necesidad se acentúa en el contexto de la desregulación, desmonopolización y defensa de la competencia de los medios de comunicación, no solo por la importancia de los derechos e intereses que subyacen en el propósito del Estado de repartir equitativamente el ejercicio de la libertad de expresión, sino también porque la evolución tecnológica y el cambio de las restantes variables del mercado pueden demandar una adecuación de la legislación a los efectos de garantizar un debate público plural y diversificado.

Por lo demás, las actoras no han demostrado que el artículo 48 les cause un gravamen o perjuicio actual que habilite la intervención del Poder Judicial. En esta instancia, sus planteos lucen conjeturales, lo que incluso ha sido reconocido por los propios accionantes (fs. 79/vta.). La Corte Suprema de la Nación ha dicho que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino que es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (*CSJN, Fallos:* 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256: 103; 263:397 y muchos otros). Para que exista una colisión efectiva, el agravio invocado debe tener concreción suficiente. En el presente caso, las actoras afirman que “*Esta disposición [el artículo 48] no provoca a mis mandantes un daño patrimonial directo, pero al pretender impedir que aleguen derechos adquiridos incluso contra normas de ilegalidad manifiesta, amenaza en colocar a mis mandantes y a sus bienes en un estado de indefensión absoluto...*” (fs. 79/vta.). De ello surge que el planteo de inconstitucionalidad efectuado en relación al artículo 48 de la ley 26.522 está fundado en un mero temor, pero no en un perjuicio actual que haya sido demostrado por la parte accionante sobre quien recaía la carga de la prueba.

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema, de manera reiterada, que “el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que para ello es menester que precise y acredite fehacientemente el perjuicio que le origina su aplicación, resultando insuficiente la invocación de agravios meramente conjeturales” (*Fallos:* 324:3345, 307:1656 y 316:687). Los agravios

prematuros, hipotéticos o futuros no son aptos para sustentar la vía del recurso extraordinario pues la procedencia del remedio federal exige un gravamen concreto y actual (Fallos: 323:1755, 2332; 324:1648). Debe recordarse que la tacha de inconstitucionalidad de una norma es una medida extrema y, en modo alguno, puede valorarse sobre la base de los resultados potenciales de su aplicación (Fallos: 324:3345).

En suma, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad del artículo 48 no puede prosperar.

-XVIII-

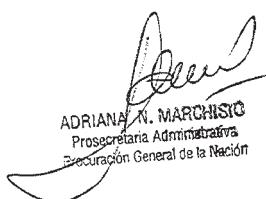
Toda vez que las consideraciones antedichas llevan a propiciar la modificación de la sentencia apelada, corresponderá -de compartirse el criterio aquí expuesto- que la Corte Suprema adecue la distribución de las costas irrogadas en todas las instancias del pleito al contenido de su pronunciamiento (cfr. art. 279 del CPCCN y Fallos: 324:2397, considerando 13). Por lo tanto, estimo que resulta inoficioso el examen de los recursos interpuestos en este punto.

-XIX-

Por los motivos expuestos, entiendo que corresponde declarar procedentes los recursos extraordinarios, admisibles las quejas, y revocar la resolución recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso *c* y párrafo final; apartado 2, incisos *c* y *d* y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso *b*, en cuanto refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo de la LSCA, así como también respecto del reconocimiento anticipado de daños a la parte actora, y confirmarla en cuanto a las restantes cuestiones.

Buenos Aires, julio 12 de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ



ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Veintinueve de octubre de 2013

Vistos los autos: "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa".

Considerando:

1º) Que Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. interpusieron la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 –segundo párrafo–, 161 y concordantes de la ley 26.522 y la inaplicabilidad de dichas disposiciones respecto de las licencias y señales de las que resultaban ser titulares al momento de promulgarse la norma, con expresa imposición de costas (fs. 63/97).

En sustancial síntesis:

Expresaron que el artículo 41 afecta la libertad de comercio y el derecho de propiedad, al prohibir sin fundamento alguno la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de las sociedades titulares de licencias, así como la transferencia de éstas.

Agregaron que el artículo 45 establece un régimen de multiplicidad de licencias cuyos límites desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, esas restricciones afectan directamente la independencia de las demandantes así como la libertad de prensa y expresión que les asegura la Constitución Nacional.

A tal efecto, en su presentación realizaron un detallado examen de sus disposiciones.

Con relación al ap. 1, inc. a, sostuvieron que la

norma los coloca en desventaja competitiva frente al único operador de televisión satelital de propiedad extranjera, por cuanto éste puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la televisión por cable requiere múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios.

Añadieron que la norma impugnada establece, asimismo, un tratamiento desigual respecto del Estado, que a través de sus empresas puede acumular el servicio de televisión satelital con el resto de los servicios previstos en la ley.

Respecto del ap. 1, inc. b, afirmaron que no existe justificación para incluir en la limitación que establece a las señales de televisión paga, toda vez que no ocupan espacio radioeléctrico alguno, por lo que la restricción constituye una medida distorsiva que afecta la propiedad y la libertad de expresión, sin beneficios colaterales que puedan justificarla. Arguyeron que el límite máximo de diez licencias que ocupan espacio radioeléctrico es arbitrario y caprichoso, además de que no condice con la legislación internacional en la materia.

Afirmaron que el inc. c del mismo ap. 1, restringe el aprovechamiento de las economías de escala y densidad que son inherentes a la industria de la televisión por cable, lo cual impedirá la reducción de costos que podría obtenerse mediante el incremento del número de suscriptores y, por ende, no permitirá una disminución de los precios pagados por los abonados.

En lo atinente a las limitaciones en el orden local establecidas en el ap. 2 del artículo 45, señalaron que la restricción es irrazonable desde el punto de vista de la competencia y genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores, por cuanto elimina el doble margen. Sostuvieron que las señales de televisión abierta y el sistema de distribución de canales por cable son servicios complementarios y, por lo tanto, cuando dos empresas que los proveen se integran, internalizan sus decisiones de precios, y el resultado es beneficioso para el consumidor final.

En lo que hace al apartado 3 (señales), adujeron que la norma restringe la integración vertical entre productores de contenidos de televisión y las empresas distribuidoras de televisión por suscripción (cable y satélite), límite que afecta los incentivos de las empresas por cable a expandir sus servicios y que las obliga a pagar un mayor precio por los contenidos, con el consiguiente perjuicio que ello irroga a los consumidores. Adujeron que la norma impide la reducción de los costos de transacción y el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existentes en la producción de contenidos.

Concluyeron que este apartado del artículo 45 les causa un gravísimo e irreparable daño patrimonial y configura un flagrante atropello a sus derechos de propiedad, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y prensa, lo que no guarda correlato con un beneficio para el público, que también se ve perjudicado dado que la irracionalidad económica del precepto privará a gran parte de la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos, y de acceso a una información variada, independiente e imparcial. Por tales motivos, prosiguieron, la limitación tampoco estimulará la competencia ni beneficiará a los consumidores con una reducción del precio de los servicios

Manifestaron que el atropello a sus derechos de propiedad y libertad de comercio es instrumental para restringir su libertad de prensa y expresión, como medios de comunicación independientes. Al respecto, expresaron que las restricciones que impone el artículo 45 a la multiplicidad de licencias hace imposible la subsistencia de medios de comunicación libres e independientes, con alto grado de penetración y difusión territorial.

Sostuvieron que el artículo 161 las obliga a desprenderse de activos estratégicos en el irrisorio plazo de un año, provocándoles un gravísimo e irreparable daño patrimonial. Señalaron que sus licencias, después de ser prorrogadas por diez

años mediante decreto de necesidad y urgencia 527/05 –ratificado por la Cámara de Senadores– vencen casi en su totalidad a fines de la década de 2020, por lo que con tal proyección hicieron sus planes de negocios, que incluyen enormes inversiones. Arguyeron que la norma impugnada desconoce tal situación, por cuanto altera unilateral, retroactiva y perjudicialmente los alcances de su titularidad, sin ofrecer indemnización alguna, obligándolas a vender activos vitales para su continuidad empresaria en condiciones negativas.

Enfatizaron que la aplicación del artículo 45 en función de lo dispuesto por el artículo 161, conducirá a que en el exiguo plazo de un año deba transferir sus activos a precio vil a quienes gocen del beneplácito de la autoridad de aplicación.

Arguyeron que el segundo párrafo del artículo 48 es inconstitucional, pues configura una amenaza para sus derechos adquiridos que cuentan con tutela constitucional, al negarle la posibilidad de invocarlos frente a arbitrariedades actuales o futuras.

Añadieron que no reconocen la constitucionalidad de los artículos y efectos de la ley 26.522 no cuestionados en la demanda, efectuando reserva de ampliarla o iniciar una acción por separado por los daños y perjuicios que les puede haber causado o los que les irrogue en el futuro.

Las actoras ampliaron la demanda por los daños y perjuicios derivados de la sanción y promulgación de la ley 26.522, los que, según su pretensión, debían adicionarse a los que se mencionaron en el escrito inicial como producidos por la aplicación de los artículos 45 y 161 de la norma (fs. 125/126).

2º) Que el Estado Nacional se presentó a fs. 486/590 y opuso las excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación para obrar respecto de dos de las actoras. La declinatoria fue rechazada mediante resolución firme (fs. 890, 924/925); el tratamiento de la segunda, tras su sustanciación,

fue diferido para el momento de dictar sentencia por no ser manifiesta.

Esa defensa preliminar fue fundada en que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A., a la fecha de promulgación de la ley 26.522, no eran titulares de licencias o señales en los términos de la ley 22.285, ni socios o accionistas de ninguna empresa licenciataria, por lo que carecían del carácter que invocaban para activar la jurisdicción del tribunal.

El Estado Nacional expresó que las demás coactoras, cuya situación examinó, carecían de agravio que justificase incoar la acción.

A todo evento, el Estado Nacional, contestó demanda. En sustancial síntesis:

Expresó que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia es de carácter administrativo y no se asemeja al derecho de propiedad sino que se trata del otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta.

Argumentó que las demandantes no acreditaron haber dado cumplimiento a las exigencias del decreto de necesidad y urgencia 527/05, lo que impedía alegar cualquier tipo de derecho o agravio basado en las normas atacadas. Manifestó que el citado decreto constituye una de las herramientas legales que torna razonables y aplicables las disposiciones del artículo 161 de la ley 26.522, y que el grupo actor adoptó conductas contradictorias sobre el particular pues algunas de las sociedades que lo componen obtuvieron prórrogas y desistieron posteriormente de muchas de esas licencias o extensiones.

Respecto de las licencias de servicios complementarios cuya titularidad invocan Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Teledigital Cable S.A., expresó que mediante la resolución 557-COMFER/09 se denegó el pedido de fusión por absorción soli-

citado por la primera de aquellas empresas, con sustento en que infringía lo dispuesto por el artículo 43, inc. b, de la ley 22.285. En función de ello, postuló que la actora no sólo no era titular de las licencias invocadas, sino que tampoco pudo serlo con arreglo al régimen anterior.

Sostuvo que las afirmaciones de la actora relativas a que el régimen de multiplicidad de licencias es irrazonable desde el punto de vista económico y de defensa de la competencia, carecen de sustento.

Afirmó que no existe trato discriminatorio entre la televisión satelital y la televisión por vínculo físico. A tal efecto, expresó que esa situación ya estaba contemplada por la ley 22.285, pero con la diferencia de que la ley 26.522 les impone a ambas el límite del 35% del total de abonados a los servicios por suscripción, y declara la incompatibilidad absoluta entre ambas.

Justificó las menores restricciones impuestas al Estado Nacional con sustento en que los servicios prestados por éste cumplen una función social en razón de ser gratuitos y universales, y los valores que debe promover con arreglo al artículo 121 de la ley.

Refutó el argumento de la actora relativo a los beneficios para los usuarios que se derivarían del ahorro en costos medios de la integración de las licencias entre sí. Para ello, hizo referencia al contenido del dictamen 770/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y afirmó que ese ahorro que se denuncia puede no trasladarse al usuario, con lo cual sólo se beneficia la empresa.

Con relación al artículo 41 sostuvo que el legislador buscó dotar de mayor transparencia al régimen de licencias. Manifestó que ni el Comité Federal de Radiodifusión ni la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual habían otorgado licencia alguna al "Grupo Clarín S.A.".

Adujo que no media lesión a la libertad de comercio, por cuanto las licencias, debido a su naturaleza, no son susceptibles de comercialización ni pueden ser objeto de propiedad.

Afirmó que, en realidad, las actoras persiguen que se exima del cumplimiento de las normas y no se saneen las irregularidades en que incurrió, desconociéndose no sólo el régimen de licencias sino también las razones de interés público que la regulación contempla. Añadió que el régimen jurídico al que se sometieron las demandantes sella la suerte de su pretensión, y que nunca pudieron invocar derechos adquiridos en forma perpetua, ni que los derechos acordados no quedaban subordinados al cambio de las condiciones en los que fueron originariamente concedidas las licencias. Más aún, cuando ni siquiera cumplieron las condiciones básicas para ese reconocimiento, según ellas mismas tuvieron ocasión de admitir en forma pública ante la Comisión Nacional de Valores.

Con respecto al artículo 161 de la ley 26.522, expresó que el plazo de un año previsto por aquel precepto feneció el 9 de septiembre de 2011, en virtud de lo dispuesto por la resolución 297/10 de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, por lo que todo daño originado por la norma sólo podría haberse configurado –por vía de hipótesis– a partir de dicha fecha, circunstancia demostrativa de que al tiempo de la interposición de la demanda resultaba meramente conjetal.

Resistió el reclamo de daños con sustento en que las conductas empresariales desacertadas fueron las que llevaron a las actoras a la situación de vulnerabilidad que acusa frente a la vigencia de la nueva legislación, lo que quiebra el nexo de causalidad entre el obrar del Estado y el supuesto daño o afectación al derecho.

3º) Que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante, "AFSCA") se presentó en la causa y solicitó tomar intervención como tercero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 90 y 91, inc. 2º, del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de hacer valer derechos propios relacionados con el objeto del presente litigio. Como presupuesto, sostuvo que dado su carácter de autoridad de aplicación de la ley 26.522 le asistía un interés legítimo para ser tenida por parte, en la medida en que la sentencia a dictarse en la causa era susceptible de afectar su competencia de modo directo, circunstancia que incluso justificaba su aptitud para haber sido demandada directamente (fs. 2895/2897). Esta petición fue admitida a fs. 3071/3076.

4º) Que el juez de primera instancia desestimó la excepción de falta de legitimación activa y rechazó la demanda (fs. 3204/3232). Contra dicho pronunciamiento el litisconsorcio actor, el Estado Nacional y la AFSCA, interpusieron sendos recursos de apelación. La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó sentencia a fs. 3648/3675 y resolvió:

a) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A.;

b) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad deducida por la parte actora contra los artículos 41 y 161 de la ley 26.522;

c) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, ap. 1, incs. a y b, con excepción de la limitación a una señal;

d) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, ap. 2, incs. a y b;

e) declarar que la compatibilidad constitucional señalada en los puntos precedentes supone el derecho de la parte actora al reconocimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión;

f) declarar la inconstitucionalidad de las normas

contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. c, y párrafo final;

g) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 2, incs. c y d, y párrafo final;

h) declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 45, ap. 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. b, del artículo 45, ley 26.522;

i) declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522;

j) ordenar la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales a las licencias que explota la parte actora;

k) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente causa;

l) revocar lo dispuesto en orden al levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso;

m) distribuir las costas en el orden causado en ambas instancias.

5º) Que para así decidir, la jueza Najurieta, a cuyos fundamentos adhirieron los restantes integrantes del tribunal con algunas apreciaciones de su propia autoría, sostuvo que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. se hallaban legitimadas para promover la presente acción. Respecto de la primera, aseveró que es accionista directa o indirecta de diversas sociedades que operan licencias de medios audiovisuales. Con relación a la segunda, expresó que la impugnación se basaba en que presuntamente titularizaba licencias cuya transferencia a Cablevisión S.A. como sociedad absorbente fue rechazada mediante resolución 577 COMFER/09, pero esta decisión no estaba firme al tiempo de la promulgación de la ley 26.522 pues había sido impugnada judi-

cialmente y, además, la negativa a autorizar la fusión dejó en cabeza de la sociedad absorbida la licencia sobre las que tenía derechos al tiempo de la operación societaria.

6º) Que en lo atinente al fondo de la cuestión, en dicho voto se señaló que conforme con la doctrina de esta Corte la licencia de radiodifusión no es una prerrogativa temporal y provisoria que dependa meramente del arbitrio de la administración, por lo que los derechos de la actora no son precarios por su naturaleza y gozan de la protección constitucional que merece la propiedad.

Sostuvo que correspondía distinguir entre los servicios que se prestan con el uso del espacio radioeléctrico de aquellos cuya tecnología no lo utilizan. Expresó que los primeros, por afectar recursos limitados, están sujetos a una mayor regulación estatal; con relación a los segundos, las restricciones se sustentan en razones de defensa de la competencia y del bien común, que deben conjugarse con la libertad de información y de expresión, por lo que una reglamentación que no respete tales límites es incompatible con la protección contenida en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al artículo 41 expresó que dicha cláusula pro-cura prevenir, mediante la previa autorización, los excesos a que dio origen el régimen de transferibilidad de licencias establecido por el decreto 1005/09, que fueron puestos de manifiesto por el informe de la Sindicatura General de la Nación (fs. 2001). Entendió que los medios implementados son conformes con la finalidad perseguida por la regla, esto es, evitar incumplimientos y fraudes. A ello cabía añadir, prosiguió, que la posibilidad de transferir —previa autorización— una importante proporción del capital social, determinaba que el agravio relativo a la violación de la libertad de comercio no revistara entidad suficiente, dado que se exige la motivación del acto administrativo que resuelva conceder o negar la aprobación, recaudo

que garantiza la tutela judicial posterior y descarta el riesgo de violación de derechos por negativas arbitrarias o discriminatorias.

En lo que atañe al artículo 45 afirmó que no sólo se encuentra comprometido el derecho de propiedad, sino el derecho a la libertad de expresión e información. En ese orden de ideas, señaló que el control de constitucionalidad no puede prescindir del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sostuvo que las reglas contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. b –con excepción de la frase “más la titularidad del registro de una señal de contenidos”– y artículo 45, ap. 2, incs. a y b, que se refieren al uso del espacio radioeléctrico, guardan proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador.

En ese orden de ideas recordó, con sustento en doctrina de esta Corte, que nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad del derecho objetivo. Agregó que tratándose de un medio limitado, la satisfacción de la finalidad de la ley exige la disponibilidad de frecuencias a fin de asegurar la participación de los tres tipos de prestadores contemplados por el artículo 21 de la norma.

No obstante, señaló que en tanto los medios implementados para satisfacer aquellos objetivos comporten un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de las nuevas restricciones a las licencias adjudicadas o explotadas conforme un régimen anterior supone el resarcimiento de daños causados por la actividad licitada del Estado por razones de interés general, conforme con la doctrina de esta Corte.

En cambio, consideró que correspondía descalificar el artículo 45, ap. 1, inc. c, y párrafo final; el ap. 2, en los

incs. c y d, y párrafo final; y el ap. 3 en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. b del artículo 45.

Con sustento en la pericia económica, sostuvo que tales preceptos importan en conjunto una restricción innecesaria e irrazonable, puesto que como resultado del conjunto de las limitaciones la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas. Expresó que las reglas impugnadas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos.

En lo relativo a las limitaciones sobre las señales (artículo 45, ap. 3), cuya generación y circulación no necesita del espacio radioeléctrico, señaló que repercuten negativamente en la competencia y conducen a menos creatividad y a mayor dependencia de contenidos de producción extranjera.

Aseveró que las restricciones contenidas en la norma en cuanto a medios que no utilizan espacio radioeléctrico (itálica en el original) son innecesarias pues no perturban el uso y la reserva de frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que, de otro modo, no podrían expresarse si no es con el financiamiento del presupuesto nacional y/o publicidad oficial. Añadió que también son desproporcionadas -toda vez que existen alternativas menos restrictivas propias del derecho de la competencia-, además de que no son idóneas para los objetivos de lograr una mayor pluralidad de voces para el debate democrático.

De otro lado, consideró que correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, porque su aplicación retroactiva respecto de las licencias adjudicadas comporta una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial surgido de aquéllas, dado que equivale en sus efectos al establecimiento con carácter general de una regla que restringe y perjudica la acción de quien estima que sus derechos

han sido constitucionalmente vulnerados. Desde esta comprensión, concluyó que la norma no solamente destruye el concepto constitucional de propiedad, sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de igual protección.

Afirmó que todo lo precedentemente expuesto tenía consecuencias relevantes respecto de la aplicación del artículo 161, que declaró compatible con la Constitución Nacional. Ello era sí por cuanto, en virtud de la solución a la que se llegaba en el fallo de admitir parcialmente la tacha de invalidez constitucional, las actoras tienen la obligación de adecuar la titularidad de sus licencias a las normas contenidas en el artículo 45 únicamente en la medida en que sus preceptos habían superado el control de constitucionalidad. Por lo tanto, las empresas debían presentar su propuesta "de adecuación voluntaria" de desinversión sólo en los términos en que la sentencia rechazaba las impugnaciones constitucionales. Agregó que, por ende, el carácter limitado de esa obligación y el tiempo transcurrido, autorizaban a concluir que el artículo 161 no aparecía como irrazonable o arbitrario ni conculcaba de manera significativa derechos de las demandantes.

En lo que hace al reclamo por daños, expresó que lo resuelto sobre las limitaciones de las licencias que usen el espacio radioeléctrico habilitaba su reclamo. Pero afirmó que en la causa no concurrian las condiciones para examinar en concreto los presupuestos de la responsabilidad, por cuanto no se conocían las circunstancias fácticas que conformarán la relación de la causalidad ni el daño resarcible, por lo que el damnificado debía formular en el futuro el reclamo que en su comprensión le asiste. Con relación a las normas declaradas inconstitucionales, entendió que la vigencia de la medida cautelar impidió la producción del perjuicio, por lo que no procede en el punto reparación alguna.

Expresó que la decisión del juez de primera instancia de levantar la medida cautelar fue apresurada e improcedente,

pues ésta fue prorrogada hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa.

Por su parte, el juez Guarinoni añadió respecto del artículo 41 que lo dispuesto por la norma acerca de la intransmisibilidad de las licencias resulta compatible con un régimen en el cual la persona del licenciatario no es irrelevante. Entendió, asimismo, que el artículo 45, en cuanto contempla actividades no comprendidas en el mercado radioeléctrico, establece una discriminación visible en el tratamiento de la televisión satelital y la televisión por cable, porque permite al titular de una licencia explotarla en todo el país, lo cual hacía aplicable la doctrina de las categorías sospechosas.

A su vez, el juez De las Carreras, en el mismo orden de ideas, entendió que el precepto proyectaba manifiestas desigualdades por cuanto: a) se establecen límites territoriales o de volumen de servicio para el sistema de cable que no alcanzan a la televisión pública o a los sistemas satelitales; b) los grupos de medios extranjeros no tienen límite para la explotación de licencias; c) los titulares de una licencia de televisión abierta no pueden ser titulares de una licencia por suscripción y viceversa, cuando se trata -en rigor- de diferentes mercados que no afectan la competencia; d) se introducen limitaciones a la titularidad de registro de señales.

7º) Que contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos extraordinarios el Estado Nacional, la AFSCA, Cablevisión S.A. y el denominado Grupo Clarín conformado por Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A.

8º) Que el Estado Nacional cuestiona en primer lugar que se haya confirmado el rechazo de la excepción de la falta de legitimación activa de las sociedades actoras Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. Sostiene que la cámara soslayó que los servicios de comunicación audiovisual se rigen por leyes específicas y que las referidas demandantes son explotadoras de *facto*.

no autorizadas, en una gran parte, de las licencias que operan.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, sostiene que la alzada efectuó una prematura e infundada declaración sobre la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la adecuación del grupo actor a los preceptos del artículo 45 de la ley 26.522 declarados compatibles con la Constitución Nacional. Expresa que se ha omitido toda valoración de los reglamentos que regulan el proceso de desinversión, que no se han configurado los extremos que generan el deber de resarcir y que lo resuelto es contradictorio porque los jueces que formaron mayoría en este punto señalaron que la materia excedía el marco cognoscitivo de los términos en que quedó trabada la litis.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45, postula que no existe óbice para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico y el máximo de la población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que se limite la cantidad de señales con el fin de favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preservan la diversidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información. Destaca que la ley se ha inspirado en esa finalidad, así como la de combatir las prácticas monopólicas. Refiere que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. Asevera que el límite a la producción de señales acota el poder de la empresa dominante. Arguye que la norma no coloca a la televisión por cable en desventaja competitiva frente a la satelital, ya que la primera tiene un grado de penetración casi total que determina que los límites de participación de los cableoperadores sean fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información, mientras que la segunda posee una participación de mercado significativamente menor. Ello determina que sea inferior su capacidad de excluir a otros potenciales medios de comunicación, lo que justi-

fica el diferente tratamiento legislativo. Afirma que las reglas generales en materia de defensa de la competencia son insuficientes para garantizar los fines antimonopólicos que persigue la ley 26.522.

Respecto del artículo 48, segundo párrafo, alega que en el caso media una relación jurídica administrativa de *tracto sucesivo*, por lo que las consecuencias y efectos jurídicos se rigen por la nueva norma conforme con lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil y, además, las empresas actoras no resultan titulares de un derecho real de dominio con arreglo a aquél ordenamiento.

Postula que la descalificación del artículo 45 privó de efectos útiles al artículo 161 de la ley, pese a haberse declarado su validez constitucional.

9º) Que la AFSCA sostiene en su recurso extraordinario que la cámara incurre en valoraciones subjetivas, ingresa en el examen de la conveniencia o acierto de la ley y resuelve con prescindencia de la prudencia que debe presidir el examen de constitucionalidad de la norma. Expresa que el fallo analizó la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de las actoras, prescindiendo de toda valoración acerca de la protección de los derechos colectivos que surgen de cumplir con la manda constitucional que está dirigida a establecer políticas que favorezcan la libre competencia y eliminén los monopolios. En ese orden de ideas, sostiene que son inadecuados los fundamentos de la sentencia que dan primacía a las afectaciones económicas que hipotéticamente afrontaría el grupo actor como consecuencia de su adecuación a la nueva regulación, por sobre el resguardo del interés social que ésta procura alcanzar al impedir que las voces minoritarias sean censuradas como resultado de la monopolización de los medios de comunicación.

Objeta lo afirmado por la alzada en el sentido de que el Estado no puede regular los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico, ya que ello implica que

aquel resigne el ejercicio de potestades reglamentarias que tienen como finalidad preservar la competitividad del mercado y evitar la formación de monopolios u oligopolios. Refiere que en nuestro país existieron regulaciones similares hasta el año 1990 que jamás habían sido declaradas inconstitucionales, y que en el contexto internacional se han impuesto restricciones más severas que incluso prohíben la tenencia cruzada de medios gráficos y de radiodifusión, lo cual pone de manifiesto la razonabilidad de los topes.

Aduce que el tribunal a quo no consideró los efectos sociales de la sentencia, pues no valoró que su decisión sólo generará un mercado más concentrado a favor de la actora. Sostiene que la descalificación del artículo 48 carece de fundamento, pues en la materia debe prevalecer la continuidad de la actividad del Estado en pos del bien común.

Afirma que el artículo 45 no discrimina a favor de los operadores satelitales ni de las señales extranjeras. Ello, por cuanto los primeros no pueden prestar el servicio por cable ni por televisión abierta y las segundas no son prestadoras del servicio de televisión paga por suscripción.

Asevera que la ley no afecta la libertad de prensa porque fomenta la igualdad de oportunidades y la participación en los medios, pues desconcentra el sector e impide que haya actores dominantes. Sostiene que no corresponde indemnización por actividad lícita del Estado, porque no existe norma que genere a favor del actor un derecho subjetivo expreso susceptible de reparación ulterior.

Hace hincapié en la posición dominante de la actora en el mercado que vulnera el artículo 42 de la Constitución Nacional. Postula que lo resuelto impide el ejercicio de facultades constitucionales y legales que le asisten como autoridad de aplicación.

10) Que Cablevisión S.A. sostiene que el tribunal a

quo no dio respuesta fundada a sus planteos relativos a que el artículo 41, al prohibir la transferencia de la totalidad de los paquetes accionarios de las empresas, vulnera las garantías de propiedad y de libertad de comercio.

Aduce que la solución elegida por el legislador no guarda relación razonable con el fin perseguido de evitar incumplimientos y fraudes, que permitan conocer quién es el titular y responsable de una licencia en un momento dado, pues para ello existían reglamentaciones alternativas menos restrictivas.

Arguye que la norma modifica sustancialmente las condiciones legales bajo las cuales pueden comercializarse las licencias y, de ese modo, ignora que del contenido de los contratos emergen derechos de propiedad. Añade que se ha vulnerado la confianza legítima derivada de la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 527/05. Afirma que existe nexo entre el citado artículo 41 y lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48, pues no pueden dejar de extenderse a aquél las consideraciones efectuadas respecto de estos dos últimos preceptos, sin caer en contradicción.

Expresa que el tramo de la sentencia que cuestiona hizo mérito de las llamadas cláusulas exorbitantes a favor de la administración, que constituyen una evidente desigualdad entre el Estado y quienes contratan con él, por alegados motivos de interés público que no siempre son nítidos ni fáciles de identificar. Sin embargo, prosigue, ese interés también está integrado por el de consumidores y usuarios –entre los que se encuentra el derecho de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo– y de los contribuyentes, la libertad de empresa, la competitividad externa e internas y derechos personalísimos y fundamentales como la libertad expresiva y el derecho a la información.

Manifiesta que en ocasiones los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción es indispensable para lograr los fines de la ley.

Respecto del artículo 161 afirma que la fijación de un plazo cualquiera sea su extensión siempre sería susceptible de descalificación, porque ha sido establecido para obligar al cumplimiento de disposiciones que vulneran derechos constitucionales y convencionales. Sin perjuicio de ello, señala que la alzada no tuvo en cuenta la magnitud del eventual proceso que deberían llevar a cabo para adecuar su estructura societaria a las disposiciones de la ley.

11) Que el denominado Grupo Clarín reitera las impugnaciones efectuadas por Cablevisión S.A. relacionadas precedentemente; asimismo, cuestiona el rechazo parcial de la acción de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522 que fueron consideradas válidas en la sentencia.

Afirma que el caso requiere un control de constitucionalidad estricto que supone la presunción de invalidez de la reglamentación, y que el Estado no dio razones suficientes para desvirtuarla.

Sostiene que la norma contradice el artículo 13, inc. 3º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, por cuanto el proclamado propósito del precepto es combatir un declamado monopolio cuya existencia e ilegalidad no ha sido determinada en un juicio previo tramitado bajo la legislación vigente en materia de defensa de la competencia. Expresa que la ley 26.522, en general, y el artículo 45, en particular, establecen un régimen discriminatorio en tanto sujetan a las empresas de comunicaciones audiovisuales a un régimen más estricto en materia de libre competencia de las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos lícitos.

Arguye que el avance tecnológico torna irrazonable una mayor regulación estatal del espacio radioeléctrico. Afirma que la limitación de licencias para operar servicios de comuni-

cación que utilizan aquél soporte soslaya que la tecnología actual ha multiplicado diez veces la cantidad de señales que pueden transmitirse por esa vía, reduciendo el carácter limitado del recurso.

12) Que mediante resolución del 11 de junio de 2013 la cámara se pronunció sobre la admisibilidad de los recursos extraordinarios deducidos por el Estado Nacional y por la AFSCA. Por un lado, los concedió en las cuestiones que conciernen a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en los artículos 45 y 48 de la ley 26.522, a la interpretación de normas constitucionales y al supuesto apartamiento de lo decidido por esta Corte en la sentencia del 22 de mayo de 2012 (considerando V; punto a del dispositivo). En cambio, los rechazó en cuanto postulan como materia federal la invalidez del fallo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (considerando VI; punto b del dispositivo). Esa denegación, dio lugar a la promoción de un recurso de hecho por el Estado Nacional (causa G.445.XLIX) y de otra presentación directa efectuada por la AFSCA (G.451.XLIX), que corren agregados por cuenda.

En ese mismo pronunciamiento, la alzada concedió los recursos extraordinarios promovidos por Cablevisión S.A. y por Grupo Clarín, en la medida en que se centran en la inteligencia y aplicación de normas federales, constitucionales y legales, y en el juicio que realizó la sentencia apelada sobre la compatibilidad entre tales normas (considerando VII; punto a del dispositivo).

13) Que tras el llamamiento de autos, de haberse dado intervención al Ministerio Público de la Nación en los términos de lo dispuesto en la ley 24.946 -artículo 33, inc. a, ap. 5º- y de haber dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, el Tribunal decidió oír a las partes en audiencia pública con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/97 y habilitar la causa para que participen los *Amicus Curiae* que contempla la acordada

7/2013, efectuando las necesarias adaptaciones que exigían las circunstancias que singularizan a este caso (conf. resolución del 14 de agosto, con su reglamento anexo).

Bajo esas condiciones, en la audiencia llevada a cabo el 28 de agosto efectuaron sus alegaciones los *Amicus Curiae* (conf. acta de versión taquigráfica; fs. 4044/4071). En esta condición acompañaron en la defensa de sus derechos al litisconsorcio actor, el Observatorio Iberoamericano de la Democracia, la Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica; la Asociación Internacional de Radiodifusión; la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA); el Comité del Consumidor (CODELCO); y el Dr. Lucas Sebastián Grossman. Los *Amicus Curiae* que acompañaron al litisconsorcio demandado fueron la Universidad Nacional de Lanús; la Universidad Nacional de San Martín; el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); la Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR); y la Asociación Argentina de Juristas. También fueron autorizados por la Corte a participar en dicha condición –en los términos del punto 4º, *in fine*, del reglamento aprobado por la mencionada resolución del 14 de agosto– la Defensoría del Pùblico de Servicios de Comunicación Audiovisual y el Centro de Estudios en Derecho y Economía, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, la Procuradora General de la Nación, doctora Alejandra Gils Carbó, solicitó opinar verbalmente ante el Tribunal y fue habilitada para hacerlo en dicho acto (proveído del 27 de agosto, fs. 3992/3993, punto 1).

La audiencia pública continuó con la participación de ambos litisconsorcios el 29 de agosto, cuyas representaciones letradas y técnicas fueron ampliamente interrogadas por el Tribunal, otorgándoseles al concluir el acto la posibilidad de cerrar sus exposiciones con sus alegaciones finales (conf. acta de versión taquigráfica obrante a fs. 4072/4099).

Por último, cabe destacar que el Tribunal admitió

también la participación como *Amicus Curiae* mediante presentaciones por escrito de la Fundación LED-Libertad de Expresión más Democracia; la Asociación Civil Red de Carreras de Comunicación Social y Periodismo (REDCOM); la Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI); la Asociación Mundial de Radios Comunitarias; la Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC); la Asociación Civil FARCO (Foro Argentino de Radios Comunitarias); y la Universidad Nacional de Moreno (conf. proveido del 27 de agosto, de fs. 3992/3993, y lejajo agregado por cuerda).

14) Que por razones de prelación lógica es necesario considerar inicialmente la admisibilidad del recurso extraordinario del Estado Nacional, cuya denegación dio lugar a la queja G.445.XLIX. en el punto que impugna el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa para obrar en cabeza de dos de las demandantes.

En este aspecto la apelación federal es inadmisible, pues los agravios conducen únicamente al examen de cuestiones de hecho, prueba, derecho procesal y común, propias de los jueces de la causa y ajena, como principio, a la instancia de excepción prevista en el artículo 14 de la ley 48, máxime cuando, como en el caso, el pronunciamiento impugnado cuenta con fundamentos no federales suficientes para descartar la tacha de arbitriedad (Fallos: 323:2879, entre otros).

15) Que, en cambio, los recursos extraordinarios de los demandantes, del Estado Nacional en los demás puntos que promueve y de la AFSCA, son formalmente admisibles puesto que se encuentra en disputa la inteligencia y validez constitucional de una norma de carácter federal como la ley 26.522, bajo la tacha de ser repugnante a los derechos de propiedad y a la libertad de expresión reconocidos por la Constitución Nacional (artículos 14, 17 y 32) y por instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículos 13 y 21 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; artículo 19 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos; artículos IV y XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos Civiles del Hombre; artículos 19 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es adversa a los derechos que los apelantes sustentan en ellas (artículo 14, incs. 1 y 3, de la ley 48). Al respecto cabe 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 o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 314:529; 316:27; 319: 2931; 321:861; 331:735, entre muchos otros).

Además, corresponde efectuar el examen conjunto de las causales de arbitrariedad que se vinculan de un modo inescindible con la prescindencia o deficiente interpretación de las normas federales citadas y de argumentos conducentes para la solución de la controversia (Fallos: 313:664), por lo que en esa medida corresponde declarar admisibles las quejas del Estado Nacional y de la AFSCA, G.445.XLIX y G.451.XLIX., respectivamente.

16) Que a continuación se hará referencia al esquema que seguirá la decisión judicial pues, a pesar de las complejidades técnicas y argumentativas de casos como el presente, los jueces deben exponer, de la manera más clara posible, el modo en que argumentan para llegar a su decisión. Ello aumenta la persuasión, contribuye a la transparencia y fortalece el debate democrático.

En primer lugar, con fundamento en las posiciones de las partes, se hará referencia al marco constitucional en el que se sitúa el conflicto. A tal fin, se realizarán consideraciones sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y sobre el rol que debe asumir el Estado en cada supuesto -específicamente en materia regulatoria- para garantizar su efectiva vigencia (considerandos 17 a 25). Por su especial gravedad, se hará hincapié en las diferentes formas que el Esta-

do puede elegir para garantizar la libertad de expresión en su faz colectiva (considerandos 26 y 27).

En segundo lugar, se argumentará que la libertad de expresión puede lesionarse directa e indirectamente y se determinará si en el caso se encuentra comprometida la libertad de expresión del Grupo Clarín, para lo cual se realizarán ciertas consideraciones sobre el criterio utilizado por esta Corte en el *leading case* "Editorial Río Negro" y se analizarán las pruebas producidas en autos (considerandos 28 a 36).

En tercer lugar, se fijará el estándar de escrutinio constitucional que corresponde utilizar (considerandos 37 y 38) y se ingresará al control de cada uno de los artículos cuestionados, examinándose los requisitos que hacen a su razonabilidad. Por motivos argumentativos, este análisis se realizará en el siguiente orden: artículo 45 (considerandos 39 a 52), artículo 161 (considerandos 53 a 61), artículo 48, segundo párrafo (considerandos 62 a 67) y artículo 41 (considerandos 68 a 73).

Para finalizar, se efectuarán algunas precisiones a modo de *obiter dictum* (considerando 74).

17) Que de acuerdo con el esquema expuesto, corresponde comenzar identificando los derechos que, según las partes, se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado, el Grupo Clarín manifiesta que las disposiciones cuestionadas vulneran sus derechos de propiedad y libertad de comercio, generando daños patrimoniales graves e irreparables que afectan directamente su independencia y sus libertades de prensa y expresión (fs. 64 vta. y 72 vta.).

Por el otro, el Estado Nacional demandado funda su posición en el carácter de interés público de los servicios de radiodifusión y en la necesidad de promover la diversidad y la universalidad en el acceso a dichos servicios, por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir y difundir informaciones, ideas y opiniones. A tal fin, pone énfasis

sis en el "desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de nuevas tecnologías, de la información, y de la comunicación" (conforme artículos 1º y 2º de la ley 26.522).

18) Que así planteada la cuestión, las posiciones de las partes conducen a analizar el derecho a la libertad de expresión desde sus dos dimensiones: la individual y la colectiva. Ello es así, en tanto la libertad de expresión en su faceta individual estaría afectada -según alega el grupo actor- a través de la violación a sus derechos de propiedad y libertad de comercio. Por su parte, el Estado Nacional justifica la regulación efectuada por la ley en la promoción de la libertad de expresión en su faz colectiva.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno ("La Colegiación Obligatoria de Periodistas [artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]", Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 30; y casos "La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile", sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y "Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77).

19) Que en su faz individual el derecho a la libertad de expresión es el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no

hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., a través de cualquier medio (conf. Germán J. Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ediar, Tomo I, pág. 271 y ss).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “[e]n su dimensión 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. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ‘por cualquier...procedimiento’, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella” (OC 5/85, párrafo 31, y casos “La Última Tentación de Cristo”, párrafo 65; “Ivcher Bronstein”, párrafo 14; “Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 109).

Este derecho comprende:

a) El derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio (artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

b) La actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008).

c) La libertad de imprenta, contemplada en el artícu-

lo 32 de la Constitución Nacional.

20) Que desde esta visión, la libertad de expresión se constituye en la exteriorización de la libertad de pensamiento a través de la cual se promueve la autonomía personal y el desarrollo de quien la ejerce como individuo libre.

Entendida de este modo -como facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo- el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, la que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros (artículo 19 de la Constitución Nacional). Este Tribunal ha manifestado que “el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros” (Fallos: 335:799).

21) Que en su faz colectiva -aspecto que especialmente promueve la ley impugnada- la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (OC 5/85, párrafo 70 y casos “Herrera Ulloa”, párrafo 112; “Ricardo Canese”, párrafo 82; “Kimel”, párrafos 87 y 88; “Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela”, sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 131; “Ríos vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 105; y “Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 116) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desarrollo de la sociedad política. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos: “[s]e trata de la esencia mis-

ma del autogobierno" ("Garrison v. Louisiana", 379 U.S. 64, 1964).

Esta decisión colectiva supone que la elección de los individuos se realiza en un contexto de debate público que, tal como lo ha expresado el Juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre caso "New York Times v. Sullivan", debe ser "desinhibido, fuerte y ampliamente abierto" (376 U.S. 254, 1964) y debe priorizar la verdad, más que consentir la monopolización del mercado, ya sea por parte del gobierno o de un licenciatario privado ("Red Lion Broadcasting Co v. FCC", 395 U.S. 367, 1969). De aquí se sigue que se considere a la libertad de expresión como una protección de la soberanía popular (Alexander Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute", Supreme Court Review [1961], 245-266, en especial página 255; Owen M. Fiss, La ironía de la libertad de expresión, Harvard University Press, 1998, pág. 6 y ss), en tanto garantiza "la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas" ("Associated Press v. U.S.", 326 U.S. 1, 1945).

En este sentido, esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que "[e]ntre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enumere derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia contra toda desviación tiránica" (Fallos: 248:291; 331:1530, entre otros).

Dijo también que la libertad de expresión no sólo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático (doctrina de Fallos: 306:1892; 310:508).

22) Que desde esta perspectiva el debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que generará como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público afectando las decisiones que se tomen de manera colectiva. **La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en precondición del sistema democrático.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la libertad de expresión resulta "condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (...), una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre" (OC 5/85, párrafo 70), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcner Bronstein", párrafo 149).

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática" (caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, punto 42).

Por su parte, Owen M. Fiss explica respecto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos -fuente del artículo 32 de la Constitución Nacional- que "la discusión libre y abierta de los asuntos públicos es una precondición esencial para ejercer el poder de autogobierno de una manera inteligente y reflexiva; la libertad de expresión y de prensa, pues, son protegidas por esta razón. Bajo esta teoría, la Primera Enmienda protege el derecho de los individuos de participar en el debate público -de expresar sus puntos de vista libremente- con el fin de mantener y fortalecer el poder de au-

todeterminación colectiva. La expresión contribuye a la democracia y en razón de esta relación instrumental, la primera [enmienda] adquiere un tinte claramente político" (Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión, AD-HOC, 2010, pág. 27 y ss).

23) Que para lograr este objetivo resulta necesario garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación o, más exactamente, como lo ha manifestado el tribunal interamericano en la ya citada OC 5/85, "que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios", lo que exige "ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad" (párrafo 34).

En el mismo sentido, Carlos S. Nino ha expresado que para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias, con idéntica capacidad de introducir temas en la agenda (La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997). Es en este campo de la democracia que no pueden admitirse voces predominantes que oscurezcan el debate público. Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse.

24) Que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde -como se dijo- la actividad regulatoria del Estado es mínima, **la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado**, por lo que su intervención aquí se intensifica.

Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés

del Estado en la regulación resulta incuestionable. Ello es así, en tanto “[e]n la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático” (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, principio 12, punto 55).

25) Que en este marco, el Estado puede optar por la forma que estime adecuada para promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apuntado que “en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (OC 5/85, párrafo 56).

La intervención estatal activa para la vigencia de la libertad de expresión ha sido también reconocida en numerosas decisiones de la corte interamericana al expresar que la equidad

debe regir el flujo informativo. En estos términos, puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas ("Kimel", párrafo 57; "Tristán Donoso", párrafo 113; "Ríos y otros", párrafos 106 y 107; y "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45).

26) Que una de las formas que el Estado podría elegir para asegurar el debate libre y robusto sería la de dejar librando al mercado el funcionamiento de los medios de comunicación e intervenir a través de las leyes que defienden la competencia cuando se produzcan distorsiones -como las formaciones monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante, etc.- que afecten la pluralidad de voces. Bajo este sistema, el Estado -a través de la autoridad competente- podría castigar aquellos actos o conductas que se constituyan en prácticas restrictivas de la competencia y que puedan resultar perjudiciales a la libertad de expresión en su faz colectiva. Este sistema supone la intervención *a posteriori* de la autoridad pública, la que trabajará caso por caso para ir corrigiendo las distorsiones que afecten el objetivo buscado.

27) Que otra forma que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es **a través de la sanción de normas que a priori organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación**. En este supuesto, le corresponde al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas.

A favor de esta forma de regulación la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos expresó que "es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de ra-

diodifusión y la pluralidad de la información" y agregó que "las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son insuficientes para el sector de la radiodifusión (...). Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado" (Capítulo IV, apartado d, del Informe 2004).

Desde este punto de vista, la política regulatoria podría establecer la cantidad de licencias de las que un sujeto puede ser titular, porcentuales máximos a nivel nacional y local y todas aquellas limitaciones y combinaciones que considere adecuadas para incentivar el pluralismo en el debate público. Este tipo de política regulatoria del Estado puede recaer sobre licencias de cualquier naturaleza, ya sea que éstas utilicen el espectro radioeléctrico o no. Ello es así, pues el fundamento de la regulación no reside en la naturaleza limitada del espectro como bien público, sino, fundamentalmente, en garantizar la pluralidad y diversidad de voces que el sistema democrático exige, que se manifiestan tanto en los medios que usan el espectro como en aquellos cuyas tecnologías no utilizan tal espacio.

28) Que la libertad de expresión en su faz individual puede lesionarse de manera directa e indirecta. Sobre esta última, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 13.3, que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Este modo indirecto de lesionar la libertad de expresión es el que interesa en el caso, dados los términos en que ha sido planteada la cuestión por la actora, cuando sostiene que la ley, al afectar la sustentabilidad económica del grupo, viola su

libertad de expresión (conf. escrito de demanda, fs. 64 vta. y 72 vta., y acta de versión taquigráfica de la audiencia pública celebrada el 29 de agosto de 2013, agrega a fs. 4072/4099, en especial fs. 4072 vta. y 4073).

29) Que de acuerdo con ello, para determinar si en el caso se encuentra comprometida la libertad de expresión del Grupo Clarín deben realizarse las siguientes consideraciones.

En el *leading case* "Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén", esta Corte ha señalado que los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de ideas. En este precedente el Tribunal se refirió a la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que "[l]os medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas" (*Fallos*: 330:3908).

En dicho fallo el Tribunal partió de la existencia de conductas del Estado provincial demandado dirigidas a disminuir e interrumpir el otorgamiento de publicidad oficial al medio actor. Sobre la base de esa premisa -la existencia de medidas que de manera **desigual** afectaban a un sujeto en comparación con otros- examinó si esas conductas habían importado discriminar al medio, lesionando su libertad de expresión. Por ello el Tribunal consideró necesario presumir la inconstitucionalidad de las medidas e invertir la carga de la prueba, y exigió al Estado que pruebe la existencia de motivos suficientes que justificaran la interrupción abrupta de la contratación de la publicidad oficial.

Para ello, la Corte -con cita de John Stuart Mill- estableció que "la carga de la prueba debe recaer sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea

cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o a alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción *a priori* es en favor de la libertad y de la imparcialidad" ("The Subjection of Women", Wordsworth Classics of World Literature, 1996, pág. 118).

30) Que el criterio expuesto no resulta aplicable a esta causa. En efecto, a diferencia de lo acontecido en el caso "Editorial Río Negro" en el que, según se expresó, existían medidas discriminatorias tomadas por el Estado contra el medio actor -lo que justificaba la sospecha de inconstitucionalidad de dichas medidas con la consiguiente inversión de la carga de la prueba-, en el sub lite la ley en cuestión regula el mercado de medios de comunicación sin efectuar distinción alguna respecto a los sujetos alcanzados por sus disposiciones. En otros términos, la ley 26.522 no establece reglas dirigidas a afectar a un sujeto o alguna clase de sujetos y no a otros. Por el contrario, **promueve la libertad de expresión en su faz colectiva estableciendo límites iguales a todos los titulares de licencias.**

De modo que no corresponde aquí partir de una sospecha de ilegitimidad de la norma con desplazamiento de la carga de la prueba, sino que debe ser el grupo actor quien debe acreditar que la ley afecta sus derechos constitucionales.

31) Que a tal fin, según se señaló, la actora argumentó que la ley -especialmente el régimen de multiplicidad de licencias impuesto por el artículo 45- afecta su libertad de expresión porque priva a su parte de sustentabilidad operativa y económica. Para acreditar tal extremo el Grupo Clarín ofreció una pericia económica (agregada a fs. 1840/1898) y otra contable (fs. 1758/1777), cuyas conclusiones resultan necesarias para determinar si efectivamente la limitación de licencias quita sustentabilidad económica a su parte.

32) Que el perito económico abordó tal cuestión al

responder el punto 2 propuesto por la actora, relativo a cómo la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley afecta la sustentabilidad operativa y económica de las empresas que conforman el Grupo Clarín.

Una adecuada lectura de la respuesta a este punto, teniendo en cuenta también el resto de las consideraciones realizadas por el perito a lo largo de todo su dictamen, permite extraer dos conclusiones principales. La primera, que la modificación al régimen de licencias dispuesta por la ley tiene virtualidad para afectar las economías de escala, densidad y alcance propias de toda industria de red, así como las sinergias que se obtienen a partir de la utilización de recursos en forma compartida. Esta afectación se traduciría en un incremento de costos medios y en una reducción de ingresos, lo cual podría generar, a su vez, efectos negativos sobre el acceso al mercado de capitales para el financiamiento de proyectos de inversión y dificultades para el desarrollo de nuevas tecnologías. También podría ocasionar pérdidas en el valor patrimonial de las empresas y en la cotización de las acciones del grupo.

La segunda conclusión, que adquiere aquí un valor decisivo, es que no surge de la pericia que las restricciones mencionadas tengan entidad suficiente como para comprometer o poner en riesgo la sustentabilidad económica u operativa de las empresas que componen el Grupo Clarín, aun cuando puedan conllevar una disminución de sus beneficios o rentabilidad.

En efecto, si bien el perito afirma en varias oportunidades que la ley afecta fuertemente la sustentabilidad operativa y económica de las empresas del grupo, un minucioso examen del informe pericial evidencia que se trata de una afirmación dogmática que no ha sido debidamente fundada. Así, por ejemplo, de la respuesta al punto 3 del dictamen, en referencia a los perjuicios que le causaría a la empresa Cablevisión S.A. la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley -especialmente, cómo impactarían en su evolución económico-financiera los lími-

tes de 24 licencias o del 35% del total de abonados- surge que, a pesar de la reducción de la rentabilidad, la compañía puede restablecer el equilibrio en el flujo de fondos ajustando algunas variables, tales como prescindir de empleados en las regiones en las que dejaría de operar, incrementar los precios del servicio y reducir las inversiones de capital en forma proporcional a la disminución del tamaño de la empresa.

Con respecto a los demás límites de licencias previstos en el artículo 45, el informe señala cuáles serían las pérdidas de ingresos, facturación y rentabilidad para los distintos supuestos que plantea, además de la eventual baja en la calidad de programas y señales, pero en ningún momento hace referencia a que tales pérdidas pudieran afectar la sustentabilidad de las distintas empresas.

33) Que a idéntica conclusión cabe arribar con relación a la pericia contable, donde la perito informó acerca de las pérdidas que sufriría el Grupo Clarín -y especialmente las empresas Cablevisión S.A. y Multicanal S.A.- en caso de tener que adecuarse a los límites de licencias y registros que fija el artículo 45 de la ley (respuestas a los puntos "e", "h", "i", "j" y "k" propuestos por la actora). Tampoco allí se realiza consideración alguna que permita siquiera intuir que tales pérdidas podrían llegar a comprometer la sustentabilidad financiera de las empresas actoras.

34) Que de todo lo anterior se desprende que no se encuentra probado en autos que la adecuación del Grupo Clarín al régimen de licencias previsto en la ley ponga en riesgo, desde un punto de vista económico u operativo, la subsistencia del grupo ni de cada una de las empresas que lo integran.

35) Que, por otra parte, si la adecuación del grupo actor al límite de licencias que prevé la ley lo tornara inviable desde el punto de vista económico, cabría preguntarse cómo es posible que otros grupos licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual que no exceden ese máximo de licencias re-

sulten económicamente sustentables. La realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector.

36) Que las consideraciones precedentes llevan a concluir que de acuerdo con las constancias de la causa, **en el caso no se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica.**

Corresponde aquí realizar una aclaración. Si bien en el citado precedente "Editorial Río Negro" el Tribunal no consideró necesaria la asfixia económica o quiebre del medio para tener por configurada una afectación indirecta a su libertad de expresión (considerando 9º), tal conclusión tuvo como premisa fundamental que la medida en examen estaba dirigida exclusivamente a la editorial actora e implicaba un trato desigual e injustificado. Fue por esa razón que el Tribunal entendió que la medida restringía indirectamente su libertad de expresión aun cuando su impacto económico no pusiera en riesgo la subsistencia de la empresa. Pero en el presente caso no se da esa premisa básica, pues la medida que se evalúa consiste en una ley general que promueve la libertad de expresión en su faz colectiva y no genera diferencia alguna entre sus destinatarios. De ahí que, en casos como el presente, la violación indirecta a la libertad de expresión requiere la afectación de la sustentabilidad económica de la empresa.

Por consiguiente, habiendo concluido el trámite del juicio, las pruebas producidas permiten ratificar la conclusión a que arribó el Tribunal en su pronunciamiento del 22 de mayo de 2012 en el incidente de medida cautelar, en el sentido que la actora no aportó elemento probatorio alguno que demuestre de qué modo resultaría afectada su libertad de expresión, ni ha acreditado que exista una restricción concreta a dicha libertad que permita invalidar una norma de regulación de la competencia

(considerando 10).

37) Que se ingresará ahora en el control de constitucionalidad de las normas cuestionadas, según el orden ya indicado. Dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravidad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258: 255; 330:855 y 5345, entre muchos otros).

38) Que para determinar la intensidad con que debe ejercerse el control, cabe tener presente que, por las razones expresadas, no corresponde presumir la inconstitucionalidad de las normas involucradas. Además, el escrutinio debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza -como ocurre en el caso de autos-, el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad.

**Estas pautas permiten descartar un estándar intenso de control,** por lo cual no corresponde que el Tribunal revise el requisito de necesidad de los medios seleccionados por el legislador para el cumplimiento de los fines.

39) Que para evaluar la razonabilidad del artículo 45 -de acuerdo con los criterios establecidos- corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los

fines que persigue la norma.

40) Que en cuanto a los medios escogidos por el legislador, debe tenerse presente que la disposición enjuiciada establece límites a la cantidad de licencias y registros de servicios audiovisuales en cabeza de una misma persona, sea en forma directa o a través de la participación en sociedades titulares de licencias o registros. Dichos límites se fijan en un doble orden: nacional y local.

En el orden nacional, una persona puede ser titular de:

(a) una licencia de servicio audiovisual sobre soporte satelital, y si ese servicio es por suscripción, no puede acumular otro tipo de licencia;

(b) 10 licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico; y

(c) 24 licencias de televisión por suscripción con vínculo físico y sin uso de espectro radioeléctrico, es decir, de televisión por cable.

En ningún caso la acumulación de licencias puede implicar que una misma persona preste el servicio a más del 35% de habitantes o abonados, según corresponda.

En el orden local, los límites a la cantidad de licencias son los siguientes:

(a) una licencia de radio AM;

(b) una licencia de radio FM, o 2 licencias si existen más de 8 en el área; y

(c) una licencia de televisión por suscripción o una licencia de televisión abierta.

En ningún caso se pueden acumular más de 3 licencias en una misma área.

Finalmente, la norma fija límites a la cantidad de registros de señales de servicios audiovisuales:

(a) los titulares de licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico, sólo pueden tener el registro de una señal; y

(b) los titulares de licencias de televisión por suscripción sólo podrán tener el registro de una señal de generación propia.

41) Que tales limitaciones -a la luz del proceso de adecuación previsto en el artículo 161 de la ley, cuya constitucionalidad será examinada más adelante- implica que la actora deberá desprenderse de las licencias y registros que excedan los límites previstos en el artículo 45, lo que podría llegar a generar una restricción sobre su derecho de propiedad que eventualmente se materializaría en pérdidas de ingresos y rentabilidad, según concluyen las pericias económica y contable producidas en autos.

42) Que con relación a los fines de la norma, las mencionadas restricciones persiguen como objetivos centrales fomentar la libertad de expresión como bien colectivo y preservar el derecho a la información de todos los individuos. En palabras de la ley, lo que se busca es garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local (artículo 45), así como el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia para abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (artículo 1).

Así lo estableció el Poder Ejecutivo Nacional al elevar al Congreso de la Nación el proyecto de ley, cuando expresó que la iniciativa de la regulación buscó "...echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituye también

un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión". Tuvo como objetivo primordial "la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural" (Mensaje n° 1139, del 27 de agosto de 2009).

Con mayor detalle, en el artículo 3 de la ley se hace referencia, entre otros objetivos, a la promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura; a la construcción de una sociedad de la información y el conocimiento que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías; a la promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población; al ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública; a la actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos; al desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación; a la administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos; a la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual; al derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad; y a la preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios.

43) Que no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que **las medidas en cuestión resultan idóneas** para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la par-

ticipación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones.

44) Que el examen de proporcionalidad de la medida requiere valorar la entidad de la restricción que genera la norma impugnada en función de la importancia del fin legislativo. En tal sentido, cabe destacar que, al limitar la cantidad de licencias y registros que puede tener cada operador, el legislador tuvo como esencial propósito regular el mercado de medios audiovisuales para promover la diversidad y pluralidad de voces y evitar que se consoliden prestadores en posiciones dominantes que distorsionen el mercado.

Las pérdidas de ingresos y rentabilidad a que hacen referencia los peritos en sus informes constituyen lógicas consecuencias de la reducción de los beneficios de las economías de escala, como resultado ineludible de todo proceso de reestructuración empresaria tendiente a evitar o limitar situaciones de concentración.

En el análisis de costos y beneficios que supone el juicio de proporcionalidad no debe perderse de vista la función que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática. A diferencia de otros mercados, en el de las comunicaciones, la concentración tiene consecuencias sociales que se manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales. La ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos. En otras palabras, la regulación en examen apunta a favorecer políticas competitivas y antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la

libertad de expresión y de información.

45) Que en este examen de razonabilidad de los distintos límites previstos en el artículo 45 es esencial tener en cuenta que ellos no comprometen la sustentabilidad económica de las empresas que integran el grupo actor ni impiden a éste -como a ningún otro prestador- alcanzar una dimensión de significativa importancia en el mercado audiovisual.

46) Que los requisitos de idoneidad y proporcionalidad a que se viene haciendo referencia se encuentran cumplidos en cada una de las limitaciones contenidas en el artículo 45.

En cuanto al mercado de la televisión por cable, una vez admitida la posibilidad de que el Estado lo regule, la limitación del 35% de abonados aparece justificada ya que cualquier operador podría prestar el servicio a más de un tercio del mercado. A su vez, el límite de 24 licencias, en tanto permite alcanzar un porcentaje de mercado similar (32.7%, según surge de la pericia económica; fs. 1858 vta.) tampoco se muestra irrazonable.

A idéntica conclusión cabe arribar con relación al diferente modo en que la ley regula la televisión por cable y la televisión satelital. Ello es así en tanto ambos servicios reconocen la misma cuota de mercado (35% del total de abonados), y si bien las licencias tienen -por razones técnicas- distinto alcance territorial, tal circunstancia carece de entidad en la medida en que las 24 licencias de televisión por cable permiten llegar a un porcentaje muy cercano al límite máximo del mercado. Se suma a ello que la titularidad de licencias de televisión satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual, restricción que no se aplica a los titulares de licencias de televisión por cable.

Con relación a los servicios que usan espectro radioeléctrico, el máximo de 10 licencias se encuentra justificado en

función del carácter reducido del medio que utilizan, los derechos de terceros y el interés público (Fallos: 335:600 y sus citas). Por estas razones, este tipo de servicios admite una mayor reglamentación (Fallos: 326:3142).

Por su parte, la limitación según la cual el titular de una licencia de televisión por suscripción no puede acumular en una misma área una licencia de televisión abierta y viceversa, resulta coherente con el principal propósito de la ley de permitir la participación de la mayor cantidad posible de voces en un mismo mercado local.

Y finalmente, la limitación de un registro de señal de contenido, sea que el servicio utilice o no espectro radioeléctrico, impide que los distribuidores de señales privilegien las producciones propias por sobre las de sus competidores, logrando así una mayor pluralidad, otro de los objetivos primordiales de la ley.

47) Que no debe perderse de vista que el régimen de multiplicidad de licencias que impugna la actora surge de la propia ley y no de un acto emanado de la autoridad administrativa, ley que, además, ha sido precedida de numerosos proyectos durante los últimos treinta años, fue debatida ampliamente dentro y fuera del Congreso y finalmente sancionada por una importante mayoría de legisladores, representantes de numerosas corrientes políticas.

De acuerdo con ello, y en atención a las valoraciones realizadas por las partes tanto en sus escritos como en la audiencia pública en relación a la jurisprudencia norteamericana, conviene aclarar que las conclusiones que de allí puedan extraerse no resultan aplicables al caso de autos en tanto en dichos precedentes se examinó la constitucionalidad de actos específicos dictados por la autoridad administrativa sobre la base de situaciones fácticas diferentes a las del sub lite.

48) Que, por otra parte, el espíritu de la ley es co-

herente con el derecho de los consumidores a la información y con la defensa de la competencia. El primer derecho, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, favorece el acceso de voces plurales. Existe una elaborada doctrina en el área del derecho del consumidor que explica cómo las redes contractuales pueden producir cautividad mediante la restricción de las opciones que el público tiene a su disposición. La defensa de la competencia, que está prevista como derecho de incidencia colectiva (artículo 43 de la Constitución Nacional), importa la regulación del mercado para evitar la constitución de monopolios y el abuso de posición dominante, ya que, en ambos casos, se perjudica a la población. Este principio constitucional se concreta en las normas de derecho público que regulan la competencia y en las de derecho privado, que, por ejemplo, exigen una función procompetitiva en los contratos.

El principio es que en un modelo de mercado perfecto, cuanto más oferentes existan, más competencia habrá, mejorará los precios y la calidad de los productos, y los consumidores recibirán los beneficios. En cambio, si hay pocos oferentes con capacidad de imponer sus decisiones en un mercado relevante, podrán aumentar los precios o disminuir la calidad, perjudicando a los usuarios.

En la medida en que las ideas y la información constituyen bienes que se difunden a través de los medios de comunicación, si hay concentración, sólo algunas ideas o algunas informaciones llegarán al pueblo, perjudicando seriamente el debate público y la pluralidad de opiniones.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que los eventuales perjuicios que, durante la etapa de implementación de la ley, pudieran sufrir los consumidores y usuarios como consecuencia de la alteración -o incluso ruptura- de su relación contractual con los operadores, podría dar lugar a las acciones correspondientes.

49) Que por las razones apuntadas, la entidad de los

objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego, las restricciones al derecho de propiedad de la actora –en tanto no ponen en riesgo su sustentabilidad y sólo se traducen en eventuales pérdidas de rentabilidad– no se manifiestan como injustificadas. Ello es así en la medida en que **tales restricciones de orden estrictamente patrimonial no son desproporcionadas frente al peso institucional que poseen los objetivos de la ley.**

50) Que en función del tipo de escrutinio constitucional que corresponde realizar no cabe que el Tribunal controle el requisito de necesidad. Por consiguiente, no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa. Cabe recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322: 842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313:1333). Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines.

Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las

circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

51) Que con especial referencia a los servicios de radiodifusión que no utilizan espectro radioeléctrico -cuyo límite de licencias y registros fue declarado inconstitucional por el tribunal a quo- cabe reiterar que corresponde al Estado la decisión de regular el mercado o dejarlo librado a las reglas de la libre competencia. Es posible argumentar que los fines de la ley podrían lograrse igualmente sin las restricciones que prevé el artículo 45 de la ley -precisamente por el carácter ilimitado del espectro-, pero ello implicaría un indebido juicio de la necesidad de la medida. En otros términos, si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era necesario fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas -inclusive hasta la posibilidad de no regular el mercado- es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante.

52) Que en razón de las consideraciones precedentes, corresponde concluir que se encuentran cumplidos los requisitos para reconocer validez constitucional al artículo 45 de la ley.

53) Que corresponde ahora examinar el artículo 161 de la ley, que dispone lo siguiente:

*"Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada*

*en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso– correspondiesen.*

*Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41.”*

54) Que la actora dirigió contra esta disposición una doble impugnación. En primer lugar, argumentó que la aplicación retroactiva de los límites previstos en el artículo 45 a las licencias otorgadas o prorrogadas al amparo del régimen anterior vulnera sus derechos adquiridos; y en segundo lugar, sostuvo que el plazo de un año fijado para la adecuación conllevaría, en razón de su brevedad, una serie de inconvenientes operativos de difícil solución (como la separación física de redes y la separación de la facturación). Adujo también que ese exiguo plazo para la venta forzada de las licencias debilitaría su posición para negociar las condiciones de la operación, afectando así su derecho de propiedad.

55) Que el agravio referido a la invocada afectación de derechos adquiridos debe ser desestimado, en razón de las siguientes consideraciones.

Tal como se explicó precedentemente, la sanción de la ley 26.522 –que modificó el régimen anterior– se funda en el interés público y en la defensa de la libertad de expresión en su faceta colectiva. Así, la ley caracteriza a la actividad desarrollada por los medios de comunicación audiovisual como una actividad de interés público (conf. artículo 2º). Es en la búsqueda de este objetivo que el legislador estableció una nueva política regulatoria en la materia.

56) Que con este fundamento, el Congreso diseñó un sistema de multiplicidad de licencias basado en reglas cuya aplicación tiende a modificar relaciones jurídicas existentes por razones de interés público. Para lograrlo, el legislador estableció que los sujetos que fueran titulares de un mayor número de licencias que el establecido en su articulado tendrán que adecuarse, pudiendo para ello transferir aquellas que tengan en exceso.

De manera que no se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias y, en consecuencia, deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite actualmente dispuesto por la norma.

57) Que sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico (*Fallos: 267:247; 308:199*, entre muchos otros). Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisible y contrario al texto constitucional (conforme artículo 17). La existencia de derechos adquiridos de ningún modo puede eximir a un sujeto del cumplimiento de un nuevo régimen normativo.

58) Que, sin perjuicio de ello, es importante aclarar que las licencias de radiodifusión integran el concepto constitucional de propiedad, que comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad (Fallos: 145:307), por lo que resulta aplicable la doctrina del Tribunal según la cual "[l]a facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (artículo 17)" (Fallos: 301:403; 318:1531).

59) Que el legislador contempló una forma de compensar la restricción al derecho de propiedad como modo de paliar las consecuencias negativas que la aplicación de la nueva legislación pudiera generar, en la medida en que el sistema de desinversión previsto **permite que los titulares de licencias transfieran a un tercero las que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio**. Esta posibilidad de obtener un precio se extiende a los distintos casos contemplados en el decreto reglamentario 1225/10 y en la resolución 297/2010 dictada por la AFSCA (transferencia voluntaria, oferta por la AFSCA y transferencia de oficio; conf. artículo 161 del decreto y capítulo III, puntos a, b y c de la resolución).

Por lo demás, cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso de desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita (Fallos: 328:2654).

En estas condiciones, y no encontrándose en juego la libertad de expresión, no existen razones que justifiquen la

aplicación de una tutela inhibitoria a favor de los titulares de las licencias, protección que conllevaría la imposibilidad de implementar la ley hasta que se produzca el vencimiento de los plazos de cada una de las licencias.

60) Que con relación al cuestionamiento del plazo en razón de su brevedad, cabe señalar que más allá de los inconvenientes operativos y de los eventuales e hipotéticos perjuicios patrimoniales invocados por la actora, no surge de autos ningún elemento concreto que permita sostener ni justificar de algún modo la declaración de inconstitucionalidad del plazo de un año previsto en la ley.

En su recurso extraordinario, la actora se limita a mantener la impugnación del plazo en razón de que "cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales", de modo que una vez reconocida la constitucionalidad del régimen de licencias del artículo 45 de la ley, el agravio, así planteado, pierde sustento.

61) Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir, como ya lo señalara el Tribunal en dos oportunidades en esta misma causa (*Fallos: 333:1885* y *335:705*), que el plazo de un año previsto en la norma venció el 28 de diciembre de 2011. De ahí que, además de los argumentos que conducen a la constitucionalidad del plazo, no puede dejar de valorarse que ya han transcurrido casi dos años desde su vencimiento, lo cual justifica que dentro del término fijado para el cumplimiento de la presente sentencia, el artículo 161 de la ley resulte plenamente aplicable a la actora, con la aclaración de que el plazo de un año allí previsto se encuentra vencido.

62) Que el artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522 establece:

*"El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta*

*ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro".*

63) Que, ante todo, cabe señalar que los términos empleados por el legislador en esta disposición ofrecen algunas dudas interpretativas en relación a sus efectos. Por un lado, la ley refiere que no podrá alegarse como derecho adquirido frente a nuevas limitaciones "el régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley" (subrayado agregado), lo cual da la idea de que está aludiendo a la situación que deriva de la adecuación a sus parámetros. Por el otro, y en ese mismo párrafo, el legislador establece la imposibilidad de alegar derechos adquiridos frente a limitaciones establecidas "por la presente [ley]" (subrayado agregado), con lo cual podría entenderse que se refiere a las licencias adquiridas al amparo del régimen anterior.

64) Que en esas condiciones, existen dos posibles interpretaciones: (a) que la norma se aplique al régimen de licencias que resulte del proceso de adecuación previsto en el artículo 161, o (b) que se aplique al régimen de licencias nacido al amparo de la legislación anterior.

En el primer supuesto (señalado como punto a), se podría concluir que la norma dispone que aquellos sujetos que cumplan con el régimen de multiplicidad de licencias que deriva de la ley 26.522 no podrán invocar derechos adquiridos frente a restricciones que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, surjan de su articulado o de normas generales futuras. Bajo esta interpretación la norma sólo podría generar al grupo actor un agravio futuro, una vez que se adecúe al régimen de multiplicidad de licencias que surge de la ley. En otras palabras, no se daría aquí el presupuesto que la norma contiene: la adecuación a los límites del artículo 45, por lo que, de adoptarse este criterio, habría que concluir que resulta prematuro y conjetural expedirse sobre el planteo de in-

constitucionalidad formulado.

El segundo supuesto (señalado como punto b), al establecer la imposibilidad de alegar derechos adquiridos frente a las limitaciones que se establezcan en la presente ley, implicaría que sus disposiciones alcanzan a las licencias adquiridas bajo el régimen anterior.

65) Que en razón de que esta última interpretación haría mantener virtualidad al agravio, resulta necesario desentrañar el sentido que corresponde asignar a la imposibilidad de alegar derechos adquiridos. En este punto, a su vez, la norma puede ser interpretada de dos maneras: (a) que el licenciatario no pueda alegar derecho alguno frente a las limitaciones de la ley, o (b) que esa imposibilidad se refiera exclusivamente a la titularidad de la licencia.

Cabe recordar que frente a varias interpretaciones se debe optar por aquella "que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental..." (conf. doctrina de Fallos: 200:180 y sus citas, entre otros). Se debe estar por aquella forma de interpretar que tienda a preservar la norma y no a destruirla (conf. doctrina de Fallos: 247:387 y sus citas). Ello es así en tanto, como ya se señaló, "la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional" (Fallos: 256:602; 302:1666; 316:1718; 322:842; 325:1922; 333:447, entre muchos otros).

66) Que sobre la base de estos principios, la limitación en torno a la imposibilidad de invocar derechos adquiridos debe ser interpretada según el criterio enunciado en el punto b), en el sentido de que **el titular de una licencia no tiene un**

**"derecho adquirido"** al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento. Esta interpretación coincide con la ya recordada doctrina de este Tribunal de que "nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos" (conf. Fallos: 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 318:1531; 323:3412, entre muchos otros).

En otros términos, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de la titularidad de la licencia hasta el plazo de su finalización, circunstancia que no impediría que quien considerase afectado su derecho de propiedad pudiera reclamar daños y perjuicios. Esta es la interpretación que mejor armoniza con la Constitución Nacional, a cuyos principios y garantías debe adecuarse la hermenéutica jurídica de las normas legales, en tanto lo permita su letra y su espíritu (Fallos: 258:75).

67) Que, además, esta forma de interpretar el segundo párrafo del artículo 48 es la única que resulta compatible con el artículo 161, que permite a los licenciatarios transferir las licencias a título oneroso. Resultaría una contradicción del legislador sostener, por un lado, que los licenciatarios no tienen derecho alguno frente a normas generales que modifiquen su situación jurídica (artículo 48, segundo párrafo) y, por el otro, reconocer a éstos el derecho de obtener un precio a cambio de sus licencias (artículo 161).

Cabe recordar que "[l]a ley ha de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y de los propósitos que la animan, a fin de lograr su armonía con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente, del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos: 307:2284).

68) Que el artículo 41 establece:

*"Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y li-*

cencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.

Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscripto o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación.

La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta.

Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles".

69) Que esta norma consagra, como principio, la intransferibilidad de las licencias de servicios de comunicación audiovisual. Sin perjuicio de ello, autoriza excepcionalmente su transferencia luego de transcurridos cinco años desde su adjudicación, cuando la operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, siempre que los titulares originales retengan al menos el 50% del capital suscripto o por suscribirse, y que éste represente más del 50% de la voluntad social. La transferencia, en tales casos, está sujeta a la previa aprobación de la autoridad de aplicación.

70) Que el grupo actor manifiesta que esta disposición resulta inconstitucional en tanto, al establecer el principio de que las licencias son intransferibles, cambia retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles y produce que éstas, al quedar fuera del comercio, pierdan significativamente su valor.

71) Que el sistema original de la ley fue el de la intransferibilidad de las licencias (artículo 45 de la ley 22.285). Este régimen fue modificado por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99 que dispuso que "resultaba oportuno suprimir el concepto de intransferibilidad de las licencias, atento a que la realidad del mercado no puede ser soslayada, condicionando su procedencia a la conformidad de la autoridad que corresponda, según el servicio de que se trate". A través de este decreto se pasó al régimen de transferibilidad, previa autorización de la autoridad de aplicación (conf. artículos 45, 46 y 85, inciso i, de la ley 22.285, modificada por el decreto 1005/99).

Con la sanción de la ley 26.522, el Congreso reguló la facultad del Estado de autorizar, bajo determinadas condiciones, la transferencia de licencias. Al volver al principio de intransferibilidad, el legislador tuvo por finalidad -como surge del fallo en revisión- "evitar incumplimientos y fraudes mediante sucesivas operaciones de transferencias y fusiones que impedían controlar al titular y responsable de las licencias en un momento dado".

Así, al considerar a la comunicación audiovisual como una actividad social de interés público, el principio de la intransferibilidad brinda especial importancia al carácter *intuitu personae* del titular de la licencia, constituyéndose en un medio adecuado para la consecución del fin social que persigue. Cabe resaltar que las licencias son otorgadas luego de un análisis de las condiciones económicas, técnicas y jurídicas de los solicitantes.

72) Que los agravios del grupo actor deben ser deses-

timados en tanto, como ya se ha manifestado, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos (Fallos: 268:228; 284:229; 330: 108, entre muchos otros). En otros términos, el actor no tiene un derecho al mantenimiento del régimen de transferibilidad consagrado por la ley 22.285 (según la modificación introducida por el decreto 1005/99).

73) Que, sin perjuicio de lo anterior, y tal como lo decidiera el tribunal a quo, la posibilidad de transferir -previa autorización- una importante proporción del capital social o cuotas partes de licencias, hace que el agravio del grupo actor relativo a la lesión indebida del derecho a la libertad de comercio no revista entidad suficiente. De todos modos, las eventuales consecuencias que la aplicación retroactiva de la ley pudiera generar al derecho de propiedad del actor podrían dar lugar al pertinente reclamo según los principios que gobiernan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

74) Que dada la trascendencia de la cuestión debatida y los graves cuestionamientos que ambas partes se han dirigido recíprocamente en la audiencia pública ante esta Corte, resulta pertinente realizar algunas precisiones.

La primera de ellas, cabe recordar, es que la función de esta Corte no es la de establecer si la ley 26.522 se adecúa a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces.

Asimismo, como es sabido, la Corte no puede sustituir a las partes en sus planteos, sino que debe limitarse estrictamente a las cuestiones que le han sido propuestas y que constituyen el objeto del pleito. Dicho del modo más claro posible: si un punto específico no es sometido por los apelantes al conocimiento del Tribunal, éste no podrá expedirse al respecto.

Por otra parte, algunos planteos que han sido traídos a conocimiento del Tribunal corresponden a la etapa de aplicación de la ley y no pueden ser decididos en este proceso. El examen constitucional debe llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones contenidas en las leyes y no sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (*Fallos: 311:1565; 324:754; 325:2600*, entre otros).

Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial.

La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas.

Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales.

Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión.

La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos

nos al acceso de información plural.

Todas estas cuestiones, si bien resultan cruciales para el pleno goce de la libertad de expresión, no han sido sometidas a la jurisdicción del Tribunal, en tanto no han sido el objeto de la demanda presentada en esta causa. También han sido ajenos a este pleito -y, por consiguiente, a las consideraciones aquí realizadas-, los eventuales perjuicios que la implementación de la ley pudiera producir respecto de personas distintas a las partes, como son los usuarios y consumidores, quienes podrían por hipótesis hacer valer sus derechos por las vías que correspondan.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1º) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.

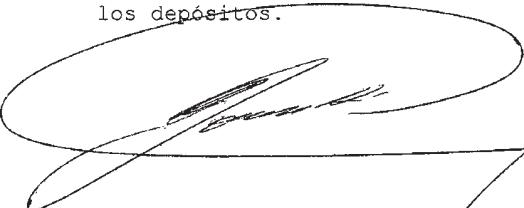
2º) Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso "c" y párrafo final; apartado 2, incisos "c" y "d" y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso "b", en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.

3º) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

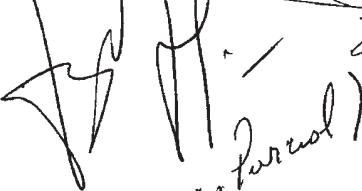
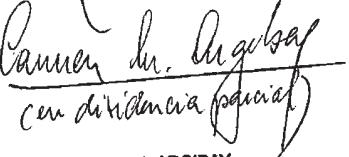
Notifíquese, agréguese las quejas al principal y, oportu-

namente, devuélvase. Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas en autos (artículo 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial). Reintégrense los depósitos.

RICARDO LUIS LORENZETTI

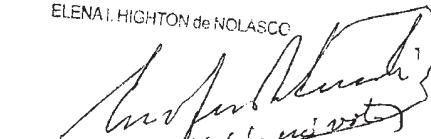
  
(Constitucional)

CARLOS S. FAYT

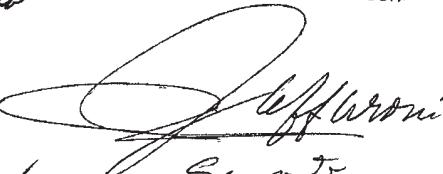
  
(Constitucional parcial)  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
Carmen M. Argibay  
(en distinción parcial)

CARMEN M. ARGIBAY

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

  
En su favor  
cuyo voto

ENRIQUE S. PETRACCHI

  
Se osto  
VO-11-

E. RAUL ZAFFARONI

-///-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes del caso, las posturas sostenidas por las partes, y la admisibilidad formal de los recursos deducidos, esta Corte adhiere a lo expresado en los apartados I a VII, inclusive, del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que el 14 agosto de 2013 el Tribunal llamó a una audiencia pública informativa que tuvo lugar los días 28 y 29 de ese mes. En dicho acto doce *amicus curiae* expusieron sus puntos de vista, y las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia.

3º) Que la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal consiste en determinar si el contenido de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, es compatible con los derechos y garantías consagrados en los artículos 14, 16, 17 y 32 de la Constitución Nacional –igualdad ante la ley, propiedad y libertad de expresión– y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (en particular, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

4º) Que la ley 26.522 (B.O. 10/10/2009) tuvo por objetivo producir una profunda reforma en la regulación de los servicios de comunicación audiovisual, que hasta entonces habían estado regidos por la Ley de Radiodifusión 22.285 y sus disposiciones modificatorias.

Según lo expresó el Poder Ejecutivo Nacional al ele-

var al Congreso de la Nación el proyecto de ley, la iniciativa de dicha regulación buscó “(...) echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituya también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión”. Tuvo “(...) como objetivo primordial (...) la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural”. Asimismo, se destacó que los lineamientos del proyecto responden al criterio sentado en Opiniones Consultivas y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial, en el caso “Ríos v. Venezuela” del 13 de marzo de 2009 (§ 106), en el que se afirmó que, dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, “(...) el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo” (Mensaje n° 1139, del 27 de agosto de 2009).

Para el logro de su cometido, la ley concibió a la actividad mencionada como 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*” (artículo 2º, primer párrafo). Puso énfasis en: “el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías, de la información, y de la comunicación” (artículo 1º).

Con mayor precisión, en el artículo 3º, la nueva regulación legal enumeró una serie de objetivos, entre otros: “a) La promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura, en el marco del respeto al Estado de

Derecho democrático y los derechos humanos, conforme las obligaciones emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados incorporados o que sean incorporados en el futuro a la Constitución Nacional"<sup>1</sup>, "...i) La participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de ideas"; "...k) El desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación"; "l) La administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en su acceso por medio de las asignaciones respectivas".

Este es el contexto normativo en el que deberán examinarse las previsiones cuya constitucionalidad se cuestiona.

5º) Que con particular referencia al artículo 45 de la ley 26.522, cabe precisar que el legislador, bajo el rótulo de "Multiplicidad de licencias", ideó un esquema de restricciones a la concentración de licencias en el ámbito nacional y en el local, cuya finalidad fue expresamente consignada en la norma: "(...)garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local(...)".

Así, en el orden nacional, la norma dispuso en su **apartado 1** que cada persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:

a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual.

---

<sup>1</sup> Cf. En este sentido, el profuso contenido de la nota a los artículos 2º y 3º de la ley.

b) Hasta diez (10) licencias de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso del espectro radioeléctrico y, además, la titularidad del registro de una sola señal de contenidos –ver Señales, apartado 3, punto a), de la misma norma–.

c) Hasta veinticuatro (24) licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción por vínculo físico en diferentes localizaciones (televisión por cable). En este caso la norma prevé que no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia –ver Señales, apartado 3, punto b), de la misma norma–.

Finalmente, a nivel nacional y para todos los servicios, el último párrafo del apartado 1, establece una limitación adicional: la multiplicidad de licencias en ningún caso podrá implicar la prestación de servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda.

Por su parte, en el orden local, el apartado 2, dispuso que sólo se podrá ser titular de:

a) Hasta una (1) licencia de radio AM.

b) Hasta una (1) licencia de radio FM o hasta dos (2) cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio.

c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una (1) licencia de televisión abierta.

d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una (1) licencia de televisión por suscripción.

Adicionalmente, establece, que en ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.

6º) Que el fundamento para el dictado de la disposición transcripta fue expuesto en la nota que acompañó al artículo 45 del proyecto de ley elaborado por el dictamen de mayoría<sup>2</sup>, y en la nota a los artículos 45, 46 y 48 del texto de la ley

<sup>2</sup> Cf. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias, año 2009, Orden del día nº 2005, páginas 30 y 31.

26.522 finalmente aprobado.

En aquel dictamen se expresó que la primera premisa a considerar consistía en el Principio 12 de la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Presencia de Monopolios u Oligopolios en la Comunicación Social", y en el Capítulo IV del Informe 2004 de la Relatoría Especial, apartado D, conclusiones. En particular, se reprodujo el siguiente texto: "*La relatoría reitera que la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos de los Estados miembros, y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática*". (...) "*La Relatoría (...) considera que es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información. El establecimiento de mecanismos de supervisión de estas directrices será fundamental para garantizar la pluralidad de la información que se brinda a la sociedad*".

Asimismo, en aquel dictamen se expresó: "*Las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son insuficientes para el sector de la radiodifusión. Sólo proveen niveles mínimos de diversidad, muy lejanos de aquello que es necesario para maximizar la capacidad del sector de la radiodifusión para entregar a la sociedad valor agregado. La excesiva concentración de la propiedad debe ser evitada (...) no sólo por sus efectos sobre la competencia, sino por sus efectos en el rol clave de la radiodifusión en la sociedad, por lo que requiere específicas y dedicadas medidas. Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado*". "(...) *Otras formas*

de reglas para restringir la concentración y la propiedad cruzada son legítimas e incluyen medidas para restringir la concentración vertical. Por ejemplo, propiedad de radiodifusores y agencias de publicidad y propiedad cruzada por dueños de diarios en el mismo mercado o mercados solapados". Por otra parte, en el dictamen de mayoría se expresó que "(...) en cuanto a la porción de mercado asequible por un mismo licenciatario (...)” se ha tenido en cuenta el modelo regulatorio de Estados Unidos.

A su vez, en la nota a los artículos 45, 46 y 48, se examinó la legislación de otros países en materia de concentración de medios y se señaló que también fueron tenidas en cuenta "(...) las disposiciones de la ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia y Prohibición del Abuso de la Posición Dominante, así como los criterios de la jurisprudencia nacional en la aplicación de la misma".

7º) Que, tal como resulta de la lectura de los agravios, ambas partes fundan su postura, en lo sustancial, en la libertad de expresión reconocida y garantizada por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, así como en diversos tratados internacionales incorporados a ella.

Es que "existe una estrecha relación entre los medios de comunicación, que son el vehículo por el cual se trasmiten las ideas e informaciones, y el concreto ejercicio de la libertad de expresión, pues ésta resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar información o acceder a su conocimiento. Bastaría con una simple restricción a la actividad de tales medios para coartar el pleno ejercicio de esa libertad" (Fallos: 315:1943, voto de la mayoría, considerando 10).

En otras palabras, "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente" (Fallos: 330:3908, voto de la mayoría, con-

siderando 10, y 334:109)<sup>3</sup>.

8º) Que cabe recordar que la libertad de expresión es, "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra (...) una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal" (Fallos: 248:291; 311:2553; 331:162, entre muchos otros).

En el mismo sentido, la Corte de los Estados Unidos ha destacado reiteradamente la estrecha relación que existe entre la libertad de prensa y el funcionamiento del sistema democrático y republicano<sup>4</sup>; y ha señalado que "en una sociedad en la que los individuos no pueden observar personalmente todos los actos de su gobierno, éstos –necesariamente– deben ser conocidos a través de la prensa. Sin la información suministrada por los medios de comunicación sobre la administración del gobierno –y su crítica–, no se podría ejercer adecuadamente el derecho a elegir autoridades"<sup>5</sup>.

Es, precisamente, por esa íntima correlación, que la libertad de expresión exige asegurar "la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas", a fin de lograr que "el debate sobre los asuntos públicos sea desinhibido, robusto, y abierto de par en par"<sup>6</sup>.

En definitiva, la protección constitucional no se limita al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, sino que también incluye el derecho a la información de todos los individuos que viven en un estado democrático (Fallos:

<sup>3</sup> Cf. en igual sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Ivcher Bronstein v Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001, § 147.

<sup>4</sup> Cf. 274 US 357,375,376; 283 US 359,369; 354 US 476,484; 337 US 1,4 y 376 US 254,270.

<sup>5</sup> Cf. "Cox Broadcasting Corp. v. Cohn" 420 US 469, pág. 491/492 –1975–, citado en Fallos 316:1632, voto de los jueces Boggiano y Petracchi.

<sup>6</sup> Cf. "Associated Press v. US" 1, pág. 20 –1945– y "New York Times v. Sullivan", 376 US 254, pág. 270 –1964–.

306:1892; 310:508 y 315:1943, disidencia parcial del juez Petracchi).

9º) Que, por otra parte, el Tribunal ha explicado que "las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (...) han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas. 'La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista'" (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, considerando 11).

Y, en este nuevo escenario, la concepción clásica de la libertad de expresión –entendida solamente como el derecho a estar libre de toda interferencia estatal–, se adapta mal a la prensa contemporánea.

En efecto, "la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial" (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, considerando 24).

De toda esta clase de atentados –directos e indirectos, estatales y privados– la libertad de prensa debe ser defendida, con igual energía. Porque el propósito de la protección constitucional es "el de preservar un mercado de ideas desinhibido en el que, en último término prevalezca la verdad, más que consentir la monopolización del mercado, ya sea por parte

del gobierno o de un licenciatario privado”<sup>7</sup>.

Por tal motivo, esta Corte “participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del artículo 14” y considera que “es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático” (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, considerando 9º, y Fallos: 330:3908, voto de la mayoría, considerando 10).

10) Que el alcance de la garantía constitucional de la libertad de prensa coincide con el contenido de los tratados internacionales que hoy integran nuestros textos constitucionales<sup>8</sup>.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la libertad de expresión “es una piedra angular de la democracia” (...) “Ella se inserta en el orden público primario y radical de esta última, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse”<sup>9</sup>.

Asimismo, sostuvo que la libertad de expresión, en su doble dimensión individual y social, requiere, “por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. Afirmó que “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de

<sup>7</sup> Cf. “Associated Press”, 326 US 1, 20 y “Red Lion”, 395 US 367, 390.

<sup>8</sup> Cf. doctrina de Fallos: 321:2558, esp. Considerando 7º del voto de la mayoría y 335:2393.

<sup>9</sup> Cf. CIDH, Opinión Consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre Colegiación Obligatoria de Periodista, §§ 69 y 70.

la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”<sup>10</sup>.

También sostuvo que “no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa (...) [C]omo tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”<sup>11</sup>.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “una política integral en materia de libertad de expresión debe incorporar medidas dirigidas a fomentar la diversidad y el pluralismo en el debate democrático”. En ese sentido, sostuvo que la promoción de estos valores “es un interés público legítimo, que puede justificar la toma de decisiones en materia de radiodifusión”<sup>12</sup>.

11) Que, en igual sentido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) establece que “(...) Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones [estatales] directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión” (principio 13).

Y, paralelamente, dispone que “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad

---

<sup>10</sup> Cf. Corte IDH, OC 5/85, §§ 30 y 32 y caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, supra cit., § 148.

<sup>11</sup> Cf. Corte IDH, OC 5/85, supra cit., § 33.

<sup>12</sup> Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/12 “Marcel Granier y otros vs. Venezuela”, § 150.

que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos" (principio 12).

12) Que, a su vez, en su Informe Anual (2004), la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH interpretó el alcance del principio 12 antes mencionado. En particular, entendió que la expresión "En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación", "no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios". En efecto, "el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas". Consideró que "no se impide entonces la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión". En todo caso, lo que los Estados no deben hacer es "adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión"<sup>13</sup>.

13) Que, por último, en el año 2007, las Relatorías para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, de la OEA y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) sobre Libertad de Medios de Comunicación, emitieron la Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión: Declaración para la Promoción de la Diversidad en Medios de Comunicación.

---

<sup>13</sup> Cf. Informe anual 2004 cit. §§ 92 A 94.

En lo que al caso interesa, declararon: “*En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas*”.

14) Que, por otra parte, aproximadamente desde principios de los años noventa el debate sobre pluralismo en los medios también ha sido intenso en el ámbito de la Unión Europea<sup>14</sup>.

Así, el Parlamento Europeo ha instado<sup>15</sup> a la Comisión Europea y a los Estados a tratar de evitar la concentración, considerando el compromiso de la Unión Europea con la defensa y la promoción del pluralismo de los medios de comunicación “*como un pilar fundamental del derecho a la información y la libertad de expresión*” (pto. A). Señaló, además, “*que la experiencia demuestra que una concentración ilimitada de la propiedad pone en*

<sup>14</sup> En este sentido, el Parlamento Europeo ha señalado en varias oportunidades su preocupación e interés en este tema y ha invitado en repetidas ocasiones a la Comisión Europea a presentar medidas concretas. Ello dio origen a varios documentos de la Comisión destinados a abrir el debate sobre la necesidad de la intervención de la Comunidad, tales como el “Libro Verde sobre Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior”, en COM (92), 23/12/1992, 480 final; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Seguimiento de las Consultas sobre el Libro Verde sobre ‘Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior’; “Evaluación de la Necesidad de una Acción Comunitaria”, en COM (94), 5/10/1994, 353 final; “Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General”, en COM (2004), 12/5/2004, 374 final. Por su parte, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea dispone que “se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo” (artículo 11, 2).

<sup>15</sup> Resolución del Parlamento Europeo del 25 de septiembre de 2008, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea (2007/2253 INI, Diario Oficial de la Unión Europea C 8 E/85, 14/1/2010).

**peligro el pluralismo y la diversidad cultural**", y que un sistema basado exclusivamente en la libre competencia del mercado no puede garantizar tales valores (pto. N).

15) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "Informationsverein Lentia v. Austria"<sup>16</sup>, al analizar la compatibilidad de normas que autorizaban un monopolio estatal con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos destacó "*el rol fundamental de la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática, en particular, en los supuestos en que, por medio de la prensa, sirve para difundir información e ideas de interés general que el público (...) tiene derecho a recibir (...). Dicho objetivo no puede ser logrado exitosamente si no se apoya en el principio del pluralismo, respecto del cual el Estado es el garante último. Esta observación es particularmente válida en relación con los medios audiovisuales, cuyos programas frecuentemente son difundidos en forma muy extendida*"<sup>17</sup>.

16) Que, por último, el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido en varias ocasiones que "las tendencias a la concentración deben contrarrestarse con la mayor rapidez y eficacia posibles", ya que "es muy difícil en este ámbito reparar los errores cometidos"<sup>18</sup>.

Dicho tribunal ha afirmado el carácter de libertad "funcional"<sup>19</sup> de la libertad de radiodifusión (artículo 5 I, 2º. oración, alt. 2, Ley Fundamental alemana), cuyo ejercicio debe garantizar una información que no esté sujeta a la influencia del Estado o de grupos de intereses particulares. En una decisión de hace más de cincuenta años destacó la significación de la radiodifusión como "medio y factor" de la opinión pública e

---

<sup>16</sup> Sentencia del TEDH, 24/11/1993.

<sup>17</sup> Sentencia cit., § 38.

<sup>18</sup> BVerfGE 57, 295 -p.323-, 73, 118 -p.173-.

<sup>19</sup> Con relación a la concesión de licencias a particulares, especialmente en BVerfGE 57, 295, "FRAG", del 16 de junio de 1981.

individual, que "exige asegurar el acceso de las fuerzas sociales relevantes y un mínimo de equilibrio, objetividad y respeto mutuo"<sup>20</sup>. Sobre esta base, se afirmó más tarde que la importancia de la radiodifusión como configuradora de opinión, impide que ella quede, sin más, en manos del mercado<sup>21</sup>. En esa ocasión se dijo expresamente que la libertad de radiodifusión está "al servicio" del aseguramiento de la libre formación de opinión individual y pública.

En la interpretación del Tribunal citado, la libertad de radiodifusión no se limita a un derecho subjetivo del individuo frente al Estado, sino que, además, ella **obliga al legislador a asegurar que la diversidad de las opiniones** existentes se ponga de manifiesto en la radiodifusión en la forma más completa y amplia posible. La **necesidad de regulación** -se indicó- **subsiste aun cuando la particular situación de la radiodifusión derivada de la escasez de frecuencias** y de los altos costos financieros **se modifique a largo plazo**.

17) Que, establecido el alcance y el contenido del derecho a la libre expresión, cabe recordar que "las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas". En el caso del derecho en juego, ella "consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república" (Fallos: 315:1943; 324:975).

Sin embargo, la reglamentación de ese derecho no puede ser arbitraria, caprichosa o excesiva, y debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, esto es, la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella (artículo 75, inc. 22). Asimismo, las medidas adoptadas deben ser razonables, es decir, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden

<sup>20</sup> BVerfGE 12, 205, "Deutschland-Fernsehen", del 28/2/1961.

<sup>21</sup> BVerfGE 31, 314, del 27/7/1971.

regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (artículos 14 y 28, Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 248:800; 243:449 y 467; 313:1638; 315:1370, 330:855; 334:516, entre otros).

18) Que, con referencia específica a las restricciones a la libertad de expresión, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé, en su artículo 13, que:

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

19) Que la Corte Interamericana ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones estatales a la libertad de expresión.

Para que una determinada restricción sea compatible sa y clara a través de una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de fines imperiosos, estrictamente proporcionada a su finalidad, e idónea para lograr tales objetivos<sup>22</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana ha explicado que

<sup>22</sup> Cfr. CIDH, OC 5/85 supra cit., § 59; caso "Kimel vs. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008, § 63; caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, § 121; caso "Palamara Iribarne vs. Chile", sentencia del 22 de noviembre de 2005, § 85. Véase también, CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 de febrero de 1995, 88º periodo de sesiones.

la validez de las restricciones "fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (...)".

Asimismo, se dijo que: "El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante 'vías o medios indirectos (...) encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones' (...) El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente 'controles... particulares' que produzcan el mismo resultado (...). Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente 'la comunicación y la circulación de ideas y opiniones', sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los 'controles (...) particulares' mencionados en el párrafo 3 del artículo 13'"<sup>23</sup>.

En el mismo sentido, en el caso "Kimel vs. Argentina", el tribunal interamericano ha manifestado que "el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la in-

---

<sup>23</sup> Cf. Corte IDH, OC 5/85, supra cit., §§ 46 a 48.

formación sino también **equilibrar**, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo”<sup>24</sup>.

20) Que, a partir de los criterios enunciados, corresponde determinar si las normas impugnadas respetan los límites constitucionales y convencionales precedentemente expuestos.

21) Que el diseño de la ley 26.522 reposa, básicamente, en la concurrencia de dos circunstancias: a) un mercado de prestación de servicios de comunicación audiovisual que por ser altamente concentrado afecta la diversidad y pluralidad de voces y, en consecuencia, es inconciliable con el ejercicio de la libertad de expresión; b) la necesidad de establecer un conjunto de condiciones generales tendientes a modificar tal estado de cosas, mediante la fijación de nuevas reglas legales a las que deberán sujetarse la totalidad de los actores que participen en aquel mercado.

22) Que en este caso puede afirmarse que las restricciones impugnadas cumplen con el requisito de haber sido previstas en forma precisa y clara en una ley en sentido formal y material.

Asimismo, ellas persiguen objetivos e intereses imperativos, autorizados por la Convención; es más, esta última obliga a los Estados a adoptar acciones positivas para garantizarlos. Tal como ya se señaló<sup>25</sup>, el propósito de estas restricciones fue el de “garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local”, lo que constituye “un interés

---

<sup>24</sup> Cf. Corte IDH, caso “Kimel v. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, § 57 y su cita de Corte IDH OC 5/85, párrafo 34. En igual sentido, caso “Ríos y otros v. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, § 106.

<sup>25</sup> Cf. Considerando 4º.

público legítimo, que puede justificar la toma de decisiones en materia de radiodifusión"<sup>26</sup>.

23) Que en cuanto al requisito según el cual una restricción debe ser "necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada, e idónea"<sup>27</sup>, resulta relevante señalar que, en el caso, se encuentra acreditado que el mercado argentino de medios audiovisuales está altamente concentrado.

Esto surge no sólo de la conformación del Grupo Clarín<sup>28</sup>, sino también de la admisión de la propia actora en el sentido de que su modelo de negocios es un multimedio periodístico, y es "el grupo más importante y diversificado del país y uno de los más relevantes de habla hispana, cuya presencia, fundamentalmente, opera en los medios escritos, radio, televisión por aire y cable, producción audiovisual, industria gráfica e internet"<sup>29</sup>. Incluso, uno de los agravios más significativos del Grupo Clarín se basa, precisamente, en que la alta concentración que posee en la actualidad resulta indispensable para continuar siendo sustentable y no ver afectada su independencia y la libertad de expresión.

Asimismo, según se refiere en el peritaje económico de fs. 1840/1898 vta., la participación en el mercado de televisión paga del mayor operador de cable del país, asciende al 45% del total nacional de abonados. Este nivel de concentración, según el perito, "confirma lo que se ha sostenido en este informe, las economías de escala y de alcance en esta industria son muy importantes y son la principal razón por la que se observan

<sup>26</sup> Cf. *supra* Considerando 10.

<sup>27</sup> Cf. *supra* Considerando 19 y sus citas.

<sup>28</sup> Cf. pto. VIII del dictamen de la Procuradora General de la Nación.

<sup>29</sup> Cf. punto VIII del dictamen de la Procuradora General de la Nación; en igual sentido, versión taquigráfica de la audiencia del día 29 de agosto de 2013, págs. 9 y s. y 14.

mercados con empresas líderes que muestran elevadas participaciones de mercado".

En un mercado de las características descriptas, las restricciones a la concentración de la propiedad de los medios aparecen como necesarias a fin de lograr "la diseminación más amplia posible de información de fuentes diversas y antagónicas"<sup>30</sup>. Es que "la propiedad conlleva el poder de seleccionar, editar y elegir los métodos, manera y énfasis de la presentación"<sup>31</sup>. Por lo que, en principio, es posible pensar que permitir a un único actor dominar la oferta mediática, o al menos, preponderar en forma decisiva, habrá de representar una amenaza potencial a los intereses de los consumidores y del pluralismo<sup>32</sup>.

24) Que la necesidad de tales medidas también se encuentra justificada por la especificidad de los bienes jurídicos protegidos y la insuficiencia de las normas generales de defensa de la competencia para lograr los objetivos de pluralismo y diversidad a los que se hizo referencia.

En efecto, la concepción según la cual los medios reducen su significación a meros objetos económicos, sujetos a las reglas de la libertad de comercio, ha quedado desplazada. Al afirmarse como bienes valiosos para la preservación de identidades culturales diversas y como garantes del pluralismo queda planteada la tensión entre la libertad comercial y la necesidad de asegurar una libertad de expresión amplia, plural y diversa.

Desde esta perspectiva, las reglas destinadas a regular la defensa de la competencia no resultan suficientes, por

<sup>30</sup> Cf. en este sentido "FCC vs. National Citizens Com. for Broadcasting" (NCCB), 436 US 775,785.

<sup>31</sup> Cf. "FCC v. National Citizens Com. For Broadcasting" (NCCB), 436 US 775,801 y s.

<sup>32</sup> Cf. las explicaciones del Estado en la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 39.

cuanto ellas intervienen frente al monopolio o "posición dominante" únicamente como fenómenos distorsivos del mercado y de la libertad empresaria. En cambio, lo que en el caso se encuentra en juego es fomentar una oferta plural y diversa y, fundamentalmente, evitar una formación homogeneizada de la opinión pública. En otras palabras, cuando la concentración empresarial supera ciertos límites, puede afectar la efectiva libertad de comercio, por dominio del mercado. Pero cuando la concentración se produce en el "mercado de la información", ella puede restringir la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad.

En igual sentido se ha expedido la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, en el informe mencionado en el considerando 12º.

25) Que, a su vez, las restricciones a la concentración de la propiedad resultan medidas estrictamente proporcionadas a la luz del estándar expuesto precedentemente. Por un lado, porque –tal como surge de los considerandos 10 a 16– se encuentran en línea con la práctica internacionalmente aceptada, según la cual las medidas tendientes a desconcentrar la propiedad son adecuadas y conducentes para lograr mayor diversidad y pluralismo en la información. Por el otro, porque son regulaciones que, sin necesidad de imponer un monitoreo constante del Estado sobre el contenido del discurso, resultan idóneas para lograr los objetivos imperiosos de diversidad y pluralidad<sup>33</sup>.

26) Que, en particular, las restricciones a la concentración horizontal en el orden nacional –tanto la fijación del número máximo de licencias como de un límite en el porcentaje o cuota de mercado– se encuentran adecuadamente justificadas.

En primer lugar, la asignación de cuotas de mercado ha sido una práctica utilizada en diversos países con el objeti-

---

<sup>33</sup> Cf. "FCC vs. National Citizens Com. for Broadcasting" (NCCB), 436 US 775, 801 y s.

vo de desconcentrar los medios de comunicación<sup>34</sup>. Así lo ha tenido en cuenta el legislador argentino, tal como surge de la nota a los artículos 45, 46 y 48 de la ley 26.522.

Con particular referencia a los Estados Unidos<sup>35</sup>, corresponde hacer una aclaración.

La actora sostuvo, tanto en el expediente como en la audiencia, que una cuota de mercado similar a la fijada por la ley 26.522 fue declarada "caprichosa y arbitraria" por la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América en el caso "Comcast Corporation v. Federal Communications Commission CCTV", del 28/8/2009.

El caso "Comcast" se planteó a raíz de la reglamentación de la llamada "Ley del Cable" (1992 "Cable Act")<sup>36</sup>. Dicha ley —en una disposición especial llamada *subscriber limit provision*— facultaba a la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) a fijar cuotas máximas en el mercado nacional de la televisión por cable.

Sobre la base de tal autorización legal, la FCC estableció que ninguna empresa podía prestar el servicio a más del 30% de los abonados en todo el país. Tal regulación dio origen a la impugnación judicial por parte de una de las operadoras de

<sup>34</sup> Cf. Cable Television Consumer Protection and Competition Act (1992 Cable Act), Pub. L. No. 102-385; 106 Stat. 1460. Asimismo, la "Broadcast Ownership Guide" en <http://transition.fcc.gov/cgb/consumerfacts/reviewrules.pdf>. Con relación a los sistemas de restricciones en la Unión Europea, "Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria", Libro Verde de la Comisión, COM (92) 480 final, págs. 39 y ss. y anexo respectivo.

<sup>35</sup> País que ha adoptado la restricción de cuota de mercado (cf. 1992 "Cable Act, supra cit), y cuyas regulaciones fueron tomadas como modelo por nuestro legislador (Ver considerando 6º).

<sup>36</sup> Cf. la "Cable Act", supra cit.

televisión por cable, Comcast Co.

Al decidir este planteo, la corte de apelaciones recordó que la restricción establecida por la Ley del Cable (1992 "Cable Act") relativa a la cuota de mercado había sido declarada constitucional en un caso anterior, pues ella resultaba razonable en el contexto de gran concentración que existía en 1992 en el mercado del cable, que amenazaba la diversidad y la libre competencia<sup>37</sup>.

Distinto es el caso con respecto a la regulación concreta de la FCC impugnada por Comcast. Con relación a esto, la Corte sostuvo que, si bien el número del 30% podría haber sido válido hacia varios años, cuando el mercado de televisión por cable estaba más concentrado, la situación había variado sustancialmente. Para la Corte, en el caso había sobrada evidencia de que el mercado audiovisual se había tornado altamente competitivo tanto por el aumento del número de prestadores como por la mayor diversidad de tecnología (satélite, fibra óptica, cable, etc.). En tales condiciones, el tribunal concluyó que la restricción del 30% no había sido adecuadamente justificada en el expediente administrativo y, por ello, la regulación de la FCC era "arbitraria y caprichosa".

Es importante señalar que la corte de apelaciones no dijo que la restricción al número máximo de suscriptores fuera inconstitucional, ni tampoco que el 30% fuera, en sí mismo, un número arbitrario. Lo único que resolvió el tribunal en "Comcast" fue que la nueva realidad del mercado –altamente competitivo– ya no representaba una amenaza para la diversidad y la libre competencia y, por ende, la restricción del 30% no se encontraba justificada.

---

<sup>37</sup> Cf. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, caso "Time Warner Entertainment Co. v. United States of America", 19 de mayo de 2000.

En consecuencia, la cita de este precedente no es pertinente para fundar la postura del Grupo Clarín. Puede advertirse, sin dificultad, que **la situación tomada en cuenta por el tribunal norteamericano difiere sustancialmente de la del mercado de la televisión por cable en la Argentina** que, como ya se explicó en el considerando 23, está altamente concentrado<sup>38</sup>.

27) Que, en cuanto al número de 35% como tope de la audiencia, no puede considerarse irrazonable, no sólo porque representa, en definitiva, más de un tercio del mercado, sino porque en el expediente se ha acreditado que dicha restricción no impide la sustentabilidad económica de la actora.

Así, según surge de la pericia que la propia parte cita en apoyo de su postura, cuando el Grupo decida de qué licencias se ha de desprender, al menos en uno de los escenarios posibles, "la compañía [seguirá] siendo operativamente rentable, no estando en riesgo su sustentabilidad operativa a largo plazo"<sup>39</sup>.

Es cierto que el perito también señala que "Cablevisión tiene en la actualidad una deuda de aproximadamente 641 millones de dólares, por la que paga anualmente en promedio 55 millones [de] dólares de intereses"; y que "Cablevisión es una compañía con elevado contenido de tecnología y para competir en el mercado debe invertir constantemente", y que "con esta limitación la estructura actual del negocio de Cablevisión se torna inviable".

<sup>38</sup> Cf., en este mismo sentido, lo afirmado por el perito a fs. 1843/44 en cuanto a que "el mercado de televisión paga de los Estados Unidos [a diferencia del argentino] (...) es muy competitivo (...) seis compañías de cable dan servicio al 50% de los hogares del país (...) dos empresas de TV satelital nacionales, y las compañías telefónicas más importantes, además de un número creciente de servicios en línea de videos a través de la banda ancha".

<sup>39</sup> Cf. respuesta al pto. 3 del informe pericial de fs. 1840/98 vta. citado.

Sin embargo, de tales afirmaciones no es posible extraer, sin más ni más -como lo hace la actora-, que es la ley 26.522 la que le provocaría ese desequilibrio financiero pues, por una parte, no surge de la pericia cuál es el origen de dicha deuda ni si ella responde al giro normal de la explotación del negocio; y por la otra, según el propio experto, "existe la posibilidad de que la compañía restablezca el equilibrio en el flujo de fondos si logra ajustar algunas variables"<sup>40</sup>.

En definitiva, "sustentabilidad" -contrariamente a lo que parece sugerir la actora- no puede ser equiparada a "rentabilidad", y en este sentido, hace a la naturaleza propia de un proceso de desconcentración la posibilidad de una reducción consiguiente de los márgenes de ganancia empresaria.

28) Que tampoco resulta admisible el argumento de la actora relativo a que sólo una economía de escala como la que posee actualmente le garantiza la independencia suficiente como para constituir una voz crítica, que no esté condicionada a la concesión de subsidios estatales o a la pauta oficial. Este razonamiento presupone que el Estado va a actuar ilegítimamente y va a distribuir la publicidad en forma discriminatoria. En este sentido, cabe recordar que si bien la distribución de tales recursos públicos es una facultad discrecional, ella no puede ejercerse en forma irrazonable. Quien se considere excluido arbitrariamente, tiene derecho a reclamar por vía judicial<sup>41</sup>. Esta cuestión, sin embargo, **no ha sido planteada por el Grupo Clarín** en este pleito.

En este mismo orden de ideas, ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión de un medio de comunicación la que, por si, determina la existencia de una voz crítica en la sociedad, o bien, de una voz complaciente. Por el contrario, son

<sup>40</sup> Cf. respuesta al pto. 3 del informe pericial citado.

<sup>41</sup> Cf. doctrina de Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert; 330:3908 y 334:109.

sobrados los ejemplos de estructuras mediáticas pequeñas o medianas que ejercen su actividad en forma independiente y, a la inversa, de concentraciones mediáticas de grandes dimensiones que son condescendientes con los gobiernos de turno.

29) Que, por otra parte, también se encuentra justificado el número máximo de licencias permitidas por la ley.

Por un lado, con relación a las 24 licencias autorizadas para los servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico, el Estado ha señalado: "Si el punto de inicio es que los licenciatarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias cada uno, dar 24 como máximo implica estar dando más de 15 veces lo que el promedio tiene" (...) "Por lo tanto, la afectación entre 709 licenciatarios y dos que deben adecuarse, era más que razonable para llevarlo a un mercado igualitario. Adicionalmente es bueno señalar que con las 24 licencias más sus extensiones autorizadas de acuerdo a lo que la ley marca se puede alcanzar el 35 por ciento del mercado. El Grupo Clarín lo podría alcanzar"<sup>42</sup>.

En cuanto al motivo por el cual se estableció, junto a la cuota de mercado, un número máximo de 24 licencias, el Estado señaló que existían razones de eficiencia que así lo aconsejaban: "porque uno necesita, al tener menos posibilidades de ocupar territorio, tener más eficiencia en la prestación del servicio que da, tener más penetración de mercado en el territorio que da"<sup>43</sup>.

En tales condiciones, las razones expresadas, en tanto vinculan el número de 24 licencias con la cuota de mercado

<sup>42</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 36. En el mismo sentido, peritaje económico, fs. 1858 vta.

<sup>43</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 38. En este mismo sentido, ver la explicación relativa a la capacidad productiva en exceso propia de los monopolios del Lic. Seillant, loc. cit., pág. 39.

del 35% y con el propósito de evitar que exista una capacidad productiva ociosa, resultan suficientes para tener por fundada la restricción.

30) Que también se encuentra fundada la restricción relativa al número máximo de licencias de servicios audiovisuales que utilizan el espectro radioeléctrico.

Según ha dicho el Tribunal, el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público (Fallos: 322:2750; 327:4969; y más recientemente, el 8/5/2012, en Fallos: 335:600).

En tales condiciones, el número de 10 licencias previsto por la ley resulta razonable, pues dada la escasez del espectro de frecuencias radioeléctricas, el derecho a su utilización admite mayor reglamentación (doctrina de Fallos: 326:3142).

Es cierto que, tal como lo afirma la actora, las nuevas tecnologías de digitalización van a permitir una utilización más eficiente del espectro, y lograr una mayor disponibilidad de frecuencias. No obstante, ello no alcanza para modificar su característica esencial de recurso finito. A esto se agrega que las frecuencias no se utilizan exclusivamente para la comunicación audiovisual, sino que también son necesarias para otros varios usos (ej., telefonía móvil, internet inalámbrica de banda ancha, etc.<sup>44</sup>).

Por lo demás, es irrazonable suponer que al fijar las restricciones vinculadas con el espectro radioeléctrico el legislador haya perdido de vista las consecuencias que derivarían del proceso de digitalización, en tanto éste ha sido expresamen-

<sup>44</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 34 y s.

te mencionado en los artículos 4, 47 y 93 de la ley.

A mayor abundamiento, puede decirse que la transformación tecnológica referida se encuentra aún en etapa de transición en Argentina, y que el llamado "apagón analógico" —que permitirá abandonar definitivamente la antigua tecnología— está previsto sólo para el año 2019 (así, artículo 4, decreto 1148/09).

31) Que, sentado lo expuesto, cabe hacer particular referencia a la restricción que el legislador, entre diversas formas de regulación de la llamada propiedad cruzada, adoptó, **en el orden local**, esto es, que el titular de una licencia de televisión abierta no pueda al mismo tiempo ser titular de una licencia de televisión por suscripción o, a la inversa, el titular de una licencia de televisión por suscripción no pueda ser titular de una licencia de televisión abierta.

El propósito que subyace a esta clase de restricciones es el de lograr que el número de voces que se difunde mediante diferentes plataformas (radio, televisión abierta, televisión por cable, medios gráficos, etc.) en un mismo mercado geográfico sea lo más diverso y plural posible. Esto, a su vez, se sustenta en la premisa de que no se puede esperar que la divergencia de puntos de vista sea la misma cuando ambas plataformas pertenecen a un único prestador en lugar de que éstas sean explotadas por prestadores antagónicos<sup>45</sup>.

El Estado se ha referido a esta restricción en la audiencia pública. En esa ocasión, señaló que "muchas de las señales de televisión abierta son del mismo dueño que maneja el cable, con lo cual no hay ningún tipo de diversidad informativa"; "lo que se buscó, nuevamente, es impedir una integración de manera tal que en las ciudades quien tiene —pensemos [en] la escala de las ciudades del interior del país—, (...) el sistema de ca-

<sup>45</sup> Cf. "FCC vs. National Citizens Com. for Broadcasting" (NCCB), págs. 796, 797.

ble, no pueda al mismo tiempo manejar muchas veces la única estación de televisión abierta que existe." Agregó: "La televisión analógica –y para que lleguemos a la digital en forma plena falta un largo trecho– no tiene tantas frecuencias como para poner muchas estaciones de televisión abierta a lo largo del país, porque nos repartimos las frecuencias"<sup>46</sup>.

Con relación a este último argumento, cabe resaltar un dato significativo: uno de los dos servicios en juego utiliza el espectro radioeléctrico, cuyas limitaciones físicas son conocidas<sup>47</sup>. En estas condiciones de escasez, resulta sensato que de todos los postulantes interesados en explotar ese espacio limitado, se opte por aquellos que no tienen, en esa localidad, otra plataforma para expresar su voz<sup>48</sup>.

A esto se agrega que, según el Estado, "hay muchos motivos por los cuales se ha legislado en este sentido y no permitir que en una misma localidad se tenga la televisión abierta y el cable. Tiene que ver con la sustentabilidad de los medios, con permitir más voces. La televisión abierta se sustenta por la publicidad; el cable, por el abono. Para el cable es obligatorio subir la señal de la televisión abierta local, por lo tanto, si nosotros permitimos que el mismo dueño sea el dueño de la televisión y del cable, se queda con la publicidad, se queda con el abono y se queda con las dos voces. De la otra manera lo que estamos haciendo es que quien tiene televisión tiene una voz, quien tiene el cable tiene otra voz, porque está obligado a tener una señal de producción propia local (...), uno se sustenta con la publicidad y el otro con el abono"<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 40.

<sup>47</sup> Cf. considerando 30 y sus citas; en igual sentido, caso "Red Lion Broadcasting Co", supra cit.

<sup>48</sup> Cf. doctrina del caso "FCC vs. NCCB" supra cit.

<sup>49</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 40.

De lo expuesto precedentemente se desprende que el Estado ha justificado en forma suficiente la validez de la restricción examinada, mientras que **ninguno de estos argumentos ha sido considerado por la contraparte**. En efecto, en sus presentaciones ante el Tribunal, el Grupo Clarín se ha limitado a oponerse en forma dogmática a la restricción en cuestión (sobre la base de que ambos servicios no compiten entre sí) y a reiterar los mismos argumentos genéricos que ha utilizado para cuestionar la totalidad de las limitaciones legales, esto es, la irrazonabilidad de regular la televisión por cable —porque no utiliza un recurso escaso— y la suficiencia de las normas generales de defensa de la competencia para sanear posibles distorsiones del mercado (cf. contestaciones a los recursos extraordinarios del Estado Nacional y de la AFSCA). Asimismo, en la audiencia pública, y frente a lo señalado por el Estado, tampoco realizó ningún aporte dirigido a controvertir este punto.

32) Que, finalmente, corresponde tratar las restricciones relativas a las señales de contenido. En este punto, la norma prevé que en un mismo sujeto no pueden converger la prestación de un servicio de comunicación audiovisual y la titularidad del registro de más de una señal de contenidos, tanto en el caso de los prestadores que utilizan el espectro radioeléctrico como en el de los que prestan servicios de televisión por suscripción.

El fundamento de esta limitación fue dado por el Estado en la audiencia pública, en la que se manifestó que en la ley "se trató de poner barreras tanto a la acumulación concentrada en términos horizontales, en términos de propiedad cruzada, y también en términos de integración vertical de la actividad. Básicamente lo que se busca es que no se generen situaciones disvaliosas en términos de que quien produce la señal, que también las distribuye, genere dos tipos de efectos: o bien privilegie las señales producidas por sí por sobre las de la competencia, o bien en razón de que sus sistemas de distribución tienen sus propias señales decidida no incluir a las señales de la

competencia. Esto además tiene una explicación económica que está dada por la posibilidad de difusión de contenidos." (...) "[P]ara el usuario, cuando elige un sistema de provisión de cable el proveedor pasa a ser monopólico. Lo que llega por ese cable es lo que el usuario ve. Por lo tanto, si usted llega con el cable y puede producir todas las señales que van en ese cable, no hay libertad de expresión, no hay pluralidad"<sup>50</sup>.

A su vez, a lo largo del expediente, el Estado Nacional ha fundado la existencia de prácticas anticompetitivas por parte del Grupo actor en diversos antecedentes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Por ejemplo, ha indicado que, según ese organismo, "en la información que aportaron las partes se pudo constatar criterios disímiles para la distribución de señales a otros operadores de cable. A modo de ejemplo, esta Comisión Nacional ha considerado el precio cobrado por la señal TN (...). Este ejercicio permitió verificar que la señal TN es vendida a un competidor que opera en Castelar (...) a \$ 6000.-, mientras que la misma señal es vendida a un tercer cableoperador, no competidor, en Comodoro Rivadavia (...), a \$ 1030.-"<sup>51</sup>.

En igual sentido, se invocó otro informe del año 2007, en el que se expresa: "El alto grado de integración vertical que existe en la Argentina entre los proveedores de señales y los operadores de sistemas televisivos -cable, satélites y televisión abierta- hace que muchas prácticas de exclusión sean posibles entre los operadores y en muchos segmentos y en muchos mercados geográficos". "Resulta también factible, además, que ocurra el fenómeno inverso. Es decir, que a través de la negativa a adquirir señales por parte de un gran operador integrado verticalmente con un proveedor de señales, se busque excluir del mercado a otro proveedor desintegrado, a los efectos de incrementar el poder del mercado del proveedor integrado". "Estos ca-

<sup>50</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 37 y s.

<sup>51</sup> Cf. impugnación del Estado Nacional al informe del perito económico a fs. 1916/1941, esp. 1939/40.

sos son más infrecuentes, en virtud de que a nivel global cada operador individual es usualmente un cliente relativamente pequeño de los proveedores de señales, aunque puede ser monopolista en su área geográfica. Conforme la concentración de operadores va aumentando sin embargo, este problema puede comenzar a aparecer como un tema de mayor importancia, en especial con las señales de carácter local o nacional”<sup>52</sup>.

De este modo, el Estado también ha justificado adecuadamente la validez de esta restricción.

La actora, por su lado, ha fundado la invalidez de esta restricción únicamente en la afectación del artículo 16 de la Constitución. Al respecto corresponde remitir a lo que se expresará en el considerando 37.

33) Que, concluido el análisis del artículo 45, corresponde abordar la validez del artículo 41 de la ley, que establece:

*“Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.*

*Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscripto o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo*

---

<sup>52</sup> Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 437 y s. En igual sentido, cf. impugnación del Estado Nacional al informe del perito económico a fs. 1916/1941, esp. 1930/1 vta.

*en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación.*

*La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta.*

*Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles".*

En este punto, ambas partes coinciden en que los fines que tuvo en cuenta el legislador fueron, por un lado, controlar con certeza y transparencia quién es el titular y responsable de la licencia en un momento dado; y por el otro, respetar el carácter *intuitu personae* que implica un régimen de licencias en el que la identidad del licenciatario no es irrelevante.

Por lo demás, no es posible soslayar que los servicios de comunicación audiovisual son considerados por la ley 26.522 como una actividad de interés público (artículo 2º).

En tales condiciones, la norma constituye una razonable reglamentación, pues la importancia fundamental de la identidad del licenciatario es más que suficiente para justificar la exigencia legal de que el titular de origen permanezca como responsable de la licencia -al menos en más del 50%- durante todo su plazo.

34) Que, por otra parte, corresponde tratar los agravios de la actora relativos al artículo 161 de la ley, que establece que los titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual deben adecuarse a los requisitos exigidos por la ley 26.522 "en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición".

En este aspecto, las apelantes se limitan a afirmar

dogmáticamente:

a) que "aunque el plazo transcurrido pueda ser en sí mismo un plazo razonable -cuestión que no puede afirmarse sin considerar la magnitud de las eventuales adecuaciones y desinversión requeridas- (...) un plazo, cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales";

b) que, subsidiariamente, el plazo sería insuficiente, dada la complejidad de la desinversión exigida por la ley. Tal falencia no puede considerarse subsanada por haberse otorgado una medida cautelar suspensiva en favor de la actora.

Lo transcripto **es lo único** que la recurrente ha manifestado para impugnar la constitucionalidad del artículo 161. Esto implica que **el agravio se encuentra notoriamente infundado** ya que, más allá de la mera referencia a la "magnitud de las eventuales adecuaciones", no explica concretamente en qué consistirán estas últimas ni cuál sería el plazo necesario para llevarlas a cabo.

A esto se agrega que el Grupo Clarín tampoco ha dicho nada respecto del modo y procedimientos establecidos por la ley y sus reglamentaciones (decreto 1225/10, resolución AFSCA 297/10 y sus complementarias) a los fines de concretar la adecuación.

En definitiva, no demuestra, en absoluto, que el plazo y el procedimiento establecidos por las normas para realizar la desinversión resulten irrazonables.

35) Que, finalmente, corresponde tratar el artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522, que establece:

*"El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en*

el futuro".

Con relación a esta norma, la cámara declaró su inconstitucionalidad por entender que "la aplicación retroactiva del segundo párrafo del artículo 48 (...) equivale en sus efectos al establecimiento con carácter general de una regla que restringe y perjudica la acción de quien estima que sus derechos han sido sustancialmente vulnerados. Este límite no solamente destruye el concepto constitucional de propiedad (...) sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva".

Es cierto que la redacción de la norma puede resultar confusa. Pero esta Corte ha dicho reiteradamente que en materia de interpretación de las leyes, debe preferirse la que mejor concuerde con la Constitución Nacional, con el objeto de evitar su invalidez, "de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental" (Fallos: 200:180; 258:75; 284:9 y 307:146). Porque, no debe olvidarse que "la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (Fallos: 256:602; 302:761; 316:1718; 322:842; 325:1922 y 333:447, entre muchos otros).

En tales condiciones, el artículo transcripto no podría ser interpretado en el sentido de que quien se vea afectado en sus derechos adquiridos frente a normas generales no pueda reclamar judicialmente la reparación que legalmente le corresponda en virtud de la garantía constitucional de propiedad. En rigor de verdad, este artículo debe entenderse como el reflejo de la regla jurisprudencial conforme a la cual nadie tiene derecho al mantenimiento de un régimen jurídico (Fallos: 267:247; 308:199; 315:839; 323:3412, entre otros).

Por lo expuesto, corresponde revocar la decisión de

la cámara en este punto.

36) Que concluido el análisis de los artículos impugnados, corresponde dar respuesta a los restantes agravios de las partes.

En primer lugar, la actora alega que la ley 26.522 "afectó gravemente derechos adquiridos derivados del decreto de necesidad y urgencia 527/05", y reclama que se respeten los plazos de las licencias que en él se habían reconocido. Al respecto, se queja, pues "la confianza legítima en el mantenimiento del régimen bajo el cual nacieron los derechos después afectados" debe prevalecer "para limitar la omnipotencia legislativa" y preservar su derecho constitucional de propiedad.

Este planteo supone que la actora tiene derecho a que no se le aplique una nueva ley –aunque ésta sea constitucional– por haber adquirido una licencia bajo el régimen legal anterior, ya derogado.

El argumento resulta manifiestamente inadmisible. En él se omite considerar que la existencia de derechos adquiridos puede dar lugar a una indemnización pecuniaria, pero de ningún modo implica un privilegio para ser eximido del cumplimiento de la legislación vigente. En tal sentido, es pacífica la doctrina del Tribunal relativa a que "la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos" (cf. Fallos: 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875, todos ellos citados en el caso "Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar" registrado en Fallos: 329:976).

Asimismo, el Tribunal ha señalado que cuando la actividad lícita del Estado se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el

campo de la responsabilidad del Estado por su obrar **lícito** (doctrina de Fallos: 310:943; 312:2266; 318:1531; 321:2345, entre otros). Incluso ha hecho aplicación de esta doctrina en un caso en el cual se trataba precisamente de la revocación de una licencia de radiodifusión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (cf. Fallos: 328:2654).

37) Que llegados a este punto corresponde examinar el agravio del Estado contra la afirmación de la cámara en el sentido de que la ley 26.522 afecta el derecho de igualdad de la actora, al colocarla en peor situación que a los prestadores extranjeros y a la televisión satelital.

En lo atinente a los prestadores extranjeros, el a quo no consideró que el diferente tratamiento responde a un hecho relevante, cual es, que los titulares de señales de contenido extranjeros, a diferencia de la actora, no son, a su vez, quienes la distribuyen, ya que no son licenciatarios ni de servicios de radiodifusión ni de televisión por suscripción. Es que, precisamente, el fundamento de las restricciones al número de señales se refiere a la necesidad de evitar la llamada "concentración vertical". Por ello, si algún titular de señal extranjero quisiera acceder a una licencia de servicios audiovisuales también quedaría alcanzado por los límites de la ley.

Por otra parte, en cuanto a los prestadores de televisión satelital, no puede afirmarse que la ley les dispense un tratamiento más favorable que al resto de los prestadores de servicios audiovisuales. En todo caso, de lo que se trata es de un régimen diferente, fundado en las características técnicas propias del satélite<sup>53</sup>. Así, si bien su licencia tiene alcance nacional, la ley le prohíbe -y no así a la actora- "la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual" (artículo 45, ap. 1. inc. "a", ley 26.522). Por lo demás, la televisión satelital también se

<sup>53</sup> Cf. afirmaciones de la demandada en audiencia pública de fecha 29/8/2013, versión taquigráfica, pág. 34.

encuentra alcanzada por el límite del 35% del mercado (artículo 45, ap. 1., *in fine*, ley 26.522).

En tales condiciones, la regulación establecida por el legislador en cuanto al tratamiento de estos dos servicios se adecua a la doctrina del Tribunal que sostiene que la igualdad constitucional exige que las distinciones tengan un sustento fáctico razonable y no obedezcan a propósitos discriminatorios (*Fallos: 123:106; 229:428; 318:1256; 326:3142*, entre otros).

38) Que, por otra parte, corresponde rechazar el agravio del Estado en cuanto sostuvo que la decisión de los jueces de la causa importó adelantar un juicio sobre la existencia de una obligación de resarcir a la actora.

En efecto, de la lectura de la sentencia impugnada surge con claridad que el a quo no ha anticipado nada respecto de la procedencia de la eventual acción de daños y perjuicios que en el futuro pudiera interponer la actora. Por el contrario, sólo afirmó que "en este expediente no se dan las condiciones para examinar en concreto los presupuestos de toda responsabilidad, pues no se conocen las circunstancias fácticas que conformarán la relación de causalidad y el daño resarcible. Ello implica que el damnificado deberá formular en el futuro el reclamo al que se crea con derecho con sustento en la prueba pertinente que no ha sido producida en este expediente y que es imposible de cuantificar actualmente, por desconocimiento de las opciones empresariales y de sus correlativas consecuencias"<sup>54</sup>.

39) Que, por último, dada la trascendencia de la cuestión debatida y los graves cuestionamientos que ambas partes se han dirigido recíprocamente en la audiencia pública ante esta Corte, resulta pertinente realizar algunas precisiones.

La primera de ellas es que la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en exa-

---

<sup>54</sup> Cf. considerando 24 del voto de la jueza Najurieta, al que adhirió el Juez Guarinoni en el considerando 20 de su voto.

minar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquéllos. Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces.

Asimismo, como es sabido, la Corte no puede sustituir a las partes en sus planteos, sino que debe limitarse estrictamente a las cuestiones que le han sido propuestas y que constituyen el objeto del pleito. Dicho del modo más claro posible: si un punto específico no es sometido por los apelantes al conocimiento del Tribunal, éste no podrá expedirse al respecto.

Por otra parte, algunos planteos que han sido traídos a conocimiento del Tribunal, corresponden a la etapa de aplicación de la ley, y no pueden ser decididos en este proceso, el examen constitucional debe llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones contenidas en las leyes y no sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (Fallos: 311:1565; 324:754; 325:2600, entre otros).

No obstante, cabe señalar que todo lo que se lleva dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial.

La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas.

Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales.

Finalmente, es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión.

La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, los Tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural.

Todas estas cuestiones, si bien resultan cruciales para el pleno goce de la libertad de expresión, no han sido sometidas a la jurisdicción del Tribunal, en tanto no han sido el objeto de la demanda presentada en esta causa.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1º) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.

2º) Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso "c" y párrafo final; apartado 2, incisos "c" y "d" y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso "b", en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.

3º) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

Notifíquese, agréguese las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase. Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas en autos (artículo 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial). Reintégrese los depósitos.



ENRIQUE S. PETRACCHI

VO-//-

-//TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con fecha 17 de abril del corriente año, dictó sentencia en estos autos (a fs. 3648/3675) y decidió: **i)** confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y a Teledigital Cable S.A.; **ii)** rechazar la impugnación deducida por la actora contra los artículos 41, 45 -ap. 1, incs. 'a' y 'b' (con excepción de la exigencia de limitación a una señal) y ap. 2, incs. 'a' y 'b'- y 161 de la ley 26.522 (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual -en adelante "LSCA"-), al tiempo que declaró que dicha compatibilidad constitucional supone el derecho de la parte actora al resarcimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión -en los términos de los considerandos 18 y 24 del voto de la vocal preopinante-; **iii)** declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45 ap. 1, inc. 'c' y párrafo final; ap. 2, incs. 'c' y 'd' y párrafo final; y ap. 3, en su totalidad, incluso en la li-

mitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. 'b', del artículo 45- y 48, segundo párrafo, de la mencionada ley, y ordenó la inaplicabilidad de dichas normas a las licencias que explota la parte actora; **iv)** rechazar la acción de daños y perjuicios tal y como fue promovida en el expediente; y **v)** revocar lo resuelto por el juez de primera instancia en tanto había decidido el inmediato levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso.

2º) Que, para resolver del modo en que se anticipó, el a quo en primer lugar sostuvo que el Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. poseen legitimación para plantear la constitucionalidad de la ley 26.522 y para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Destacó que el mencionado grupo empresario es accionista mayoritario de sociedades titulares de licencias de radiodifusión televisiva y sonora; en tanto que los derechos de Teledigital Cable S.A. resultan -de manera indirecta- de las tenencias accionarias respecto de empresas que prestaban servicios de comunicación audiovisual, en atención a lo que surge de las resoluciones 1488/06 y 577/09 del COMFER.

Con relación al fondo de la cuestión controvertida, el tribunal -de modo preliminar- recordó el sustento constitucional y las características de las facultades judiciales en el control de constitucionalidad de una ley de la Nación; y, a la hora de examinar la naturaleza y caracteres de las licencias, afirmó que aquellas que han sido adjudicadas para operar medios de comunicación audiovisual importan una situación jurídicamente protegida, que genera derechos, y que éstos, a su vez, gozan del amparo constitucional de la propiedad.

A continuación, con relación al artículo 41 de la LSCA que regula la transferencia de licencias, el a quo entendió que dicha disposición es compatible con la Constitución Nacional pues no afecta los derechos de propiedad y de libertad de comercio de las actoras. En ese sentido, señaló que la norma instru-

menta un sistema de autorización previa mediante acto fundado para la transferencia de licencias que puede ser revisado judicialmente, y consideró que con ello se procura evitar los incumplimientos y fraudes que se pusieron en evidencia durante la vigencia del régimen anterior. A ello agregó que la nueva ley contempla la posibilidad de transferir una significativa proporción de capital social, de modo tal que la eventual afectación de la libertad de comercio carece de entidad suficiente como para configurar un agravio constitucional.

A la hora de examinar la validez del artículo 45 de la ley 26.522, el tribunal estableció una diferencia entre los medios que utilizan el espacio radioeléctrico y aquellos que funcionan sobre otros soportes tecnológicos. En su opinión, la circunstancia de que el espacio radioeléctrico sea un recurso escaso justifica su asignación y administración con racionalidad y, por lo tanto, una mayor reglamentación estatal. Por el contrario, entendió que las restricciones a los medios que no usan espectro se funda en las políticas que subyacen en las regulaciones de defensa de la competencia y del bien común, objetivos éstos que deben conjugarse con el respeto a la libertad de información y de expresión, por lo que su reglamentación no puede ser restrictiva ni irrazonable.

Sobre la base de la distinción referida, el a quo decidió que el ap. 1, incs. 'a' y 'b' (con excepción de la exigencia de limitación a la titularidad de una señal de contenidos) y el ap. 2, incs. 'a' y 'b', del artículo 45 de la ley resultan constitucionalmente válidos en virtud de que esas limitaciones a la multiplicidad de licencias guardan proporción con los fines perseguidos por el legislador, esto es, asegurar la participación de distintos actores en la prestación de un servicio que aprovecha un recurso escaso, como lo es el espectro radioeléctrico.

Señaló la cámara que, en la medida en que los medios implementados mediante estas normas comporten un sacrificio sus-

tancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de aquéllas supone el resarcimiento de los daños causados por la actividad lícita del Estado. Sin embargo, entendió que en este proceso no se han acreditado los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad, por lo que rechazó la acción de daños tal y como fue promovida por la parte actora. Concluyó, a este respecto, en que la reparación debería ser determinada en un juicio posterior y basándose en resultado del procedimiento de adecuación dispuesto en el artículo 161 de la LSCA.

Por otro lado, el a quo resolvió que es inconstitucional la regulación de la multiplicidad de licencias que no utilizan espacio radioeléctrico prevista en el artículo 45, ap. 1, inc. 'c' y párrafo final; ap. 2, incs. 'c' y 'd' y párrafo final; y ap. 3, en su totalidad [incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. 'b', del mencionado artículo], en tanto vulnera los derechos de libertad de expresión y de información de las sociedades actoras.

A partir de la opinión del perito experto en economía, la cámara concluyó en que las regulaciones previstas en estas normas producen un perjuicio tangible a la sustentabilidad de las empresas actoras, al tiempo que son innecesarias, irrazonables y desproporcionadas para alcanzar los fines queridos por el legislador. Afirmó además que esas disposiciones destruyen el sostenimiento financiero de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de Internet, lo que implicaría una forma indirecta de restringir su libertad de expresión y de información. Finalmente, respecto del examen de la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522, señaló que, por estar en juego la libertad de expresión, debe aplicarse el llamado *escrutinio estricto*.

La cámara entendió que la norma genera una situación de privilegio incompatible con el principio de igualdad consa-

grado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, y señaló que las reglamentaciones impugnadas ponen a las actoras en una posición de desventaja frente a la televisión satelital, al tiempo que beneficiaron a los productores de contenidos extranjeros.

Respecto de la necesidad de evitar los efectos perniciosos del abuso de la posición dominante, uno de los vocales del tribunal afirmó la suficiencia de la legislación vigente sobre defensa de la competencia, de manera que las disposiciones antimonopólicas de la ley 26.522 aparecerían como redundantes.

En relación con el artículo 48, segundo párrafo, de la ley, el a quo declaró su inconstitucionalidad en la medida en que, respecto de las licencias ya adjudicadas, la aplicación retroactiva de esa norma implicaría una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial que surge de la licencia. Esta consecuencia vulnera, según entendió el tribunal, el derecho de propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente la cámara resolvió que, respecto a las normas que fueron declaradas constitucionales, los términos de la adecuación previstos en el artículo 161 de la LSCA no lucen arbitrarios ni irrazonables.

3º) Que, contra dicha sentencia, Cablevisión (fs. 3681/3701), Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A. y Radio Mitre S.A. (fs. 3703/3723), la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual -AFSCA- (fs. 3724/3745) y el Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros- (fs. 3746/3766) interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron declarados formalmente admisibles en tanto se fundaron en cuestión federal típica e inadmisibles en cuanto tacharon de arbitrarria la sentencia recurrida.

Contra dicha denegación parcial el Estado Nacional interpuso el recurso de queja que tramita por expediente

G.445.XLIX y la Administración Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual mediante expediente G.451.XLIX.

4º) Que los agravios de las partes en sus recursos ante este Tribunal pueden sintetizarse del siguiente modo:

I) Cablevisión (en su recurso extraordinario de fs. 3681/3701) se agravia de la sentencia de cámara en tanto en ella se rechazó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 los cuales, según expresa, le infligen considerables perjuicios de índole patrimonial asegurados por los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional, desde que sujetan la transferencia de la licencia a la aprobación estatal, retroactiva e irrazonablemente, violando "claras reglas de juego" anteriores. También, porque esas transferencias nunca pueden superar el 50% de la titularidad. Pero además de ello -afirma- porque toda la regulación incide sobre derechos y libertades de contenido no patrimonial, como los de expresar la opinión propia o ajena, de prensa y de informar, también asegurados en nuestra Carta Magna.

Asegura que en el presente caso -como ocurrió en la expropiación del diario La Prensa- el ataque patrimonial del Poder Ejecutivo Nacional y de la ley 26.522 repercute inevitablemente sobre la libertad de expresión, dado que intenta acallar una opinión contraria al régimen de gobierno imperante, mediante la consciente y reiterada violación de los derechos de propiedad, de trabajar y de ejercer industria lícita de las empresas aquí involucradas. En igual sentido agrega que, a su juicio, no existe perjuicio mayor a la libertad de prensa y de expresión que obligar al titular de un medio de comunicación a desprenderse de éste de manera compulsiva, o sujetar la transferencia de las licencias a la previa e indiscriminada autorización estatal, impidiendo la enajenación de más del 50%, sea quien fuera el futuro adquirente y fuera cual fuese la situación económica del titular de la licencia o las presiones a las que pueda ser sometido (artículos 45 y 161).

Concretamente, respecto de las deficiencias constitucionales que le imputa a la ley 26.522 –y en respuesta a lo decidido por el a quo, que descartó dicha impugnación–, reitera que el **artículo 41** de la ley, al impedir la transferencia de la totalidad del paquete accionario, a) transforma retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles, y b) produce que las licencias, al quedar fuera del comercio, pierdan significativamente su valor. Entiende que los argumentos del voto mayoritario de la cámara, a este respecto, no dan una respuesta concreta y efectiva a tales agravios.

Afirma que, contrariamente a lo sostenido por la jueza preopinante, si bien la ley 22.285 consagraba la intransferibilidad de las licencias en uno de sus artículos (45), a reglón seguido permitía la enajenación de partes, cuotas o acciones, previa autorización del Poder Ejecutivo (artículo 46, inc. f). Destacó que la reglamentación de esta última norma se incorporó al Pliego de Servicios Complementarios, aprobado por resolución 725/COMFER/1991, que es la norma que en definitiva rigió la gran mayoría de las licencias de televisión por suscripción que a la fecha se mantienen vigentes.

Por otro lado, asegura que si el objeto del artículo 41 bajo análisis es evitar incumplimientos y fraudes que impidan conocer de manera efectiva al titular y responsable de una licencia en un momento dado –como señaló la jueza que votó en primer término–, no entiende por qué el remedio elegido es impedir la transferencia de su totalidad. En esta línea afirma que la opción elegida por el legislador –prohibición de transferir más del 50%– no tiene relación razonable ni guarda proporcionalidad con el fin cuya satisfacción persigue la norma. De igual modo que considera que lo razonable en tal caso hubiera sido arbitrar mecanismos encaminados a conocer en todo momento al titular y responsable de la licencia, sostiene que si lo que se quiso fue preservar una determinada calidad en la persona del licenciatario, entonces la norma debió establecer los requisitos que, de manera indispensable, el adquirente debe cumplir, y no prohibir

la posibilidad de transferir.

Afirma que el Poder Legislativo de la Nación sancionó una serie de normas –las aquí impugnadas– que afectaron gravemente sus derechos adquiridos y, con posterioridad, ratificó la norma de la que emergían aquellos derechos; es decir que, al ratificar ambas cámaras legislativas el DNU 527/05 que prorrogó las licencias (B.O. 9/12/2009), mantuvo sus garantías después de sancionada la ley que las anulaba, todo lo cual afecta gravemente el principio de confianza legítima y las reglas claras de juego.

Sostiene que las consideraciones de la cámara de apelaciones al invalidar determinadas disposiciones de los artículos 45 y 48 de la ley resultan igualmente aplicables a las restricciones del artículo 41, y que limitar la aplicación de tal principio a esta norma comporta una contradicción lógica insalvable de la sentencia. En tal sentido se pregunta cómo proteger derechos contractuales, con el resguardo constitucional y convencional de la propiedad, ante la hipótesis de mantenerse la declaración de constitucionalidad de las partes pertinentes del artículo 45 de la LSCA, junto a la prohibición de transferir esas licencias y cuotas sociales, y la necesidad de requerir autorización previa para hacerlo en la porción no prohibida ante la autoridad administrativa que ha dado muestras de persecución denodada, constante, agresiva para con (la) parte (actora).

Entiende que la cámara filió la sentencia a arcaicas concepciones administrativistas y por ello, aunque rechazó formalmente que las licencias constituyan un permiso precario, la declarada compatibilidad constitucional del artículo 41 va en línea con la censurada existencia de una categoría general de los contratos administrativos, y con la pertinencia de las controvertidas cláusulas exorbitantes a favor de la Administración. En ese sentido opina que el interés público, con el que se suele justificar la desigualdad a favor del Estado que implican dichas estipulaciones, está integrado también por los intereses de con-

sumidores y usuarios y de los contribuyentes, la libertad de empresa y los derechos personalísimos y fundamentales, como la libertad de expresión y el derecho a la información.

Sostiene que en ocasiones —según el derecho de que se trate, por ejemplo en materia de igualdad— los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción es indispensable para obtener los fines de la ley; así, afirma que el a quo debió examinar la otra cara del principio de la confianza legítima, es decir, la obligación estatal de no ir contra los propios actos, y juzgar la conducta de la autoridad administrativa que desconoció lo mandado por el artículo 41 impugnado y se abstuvo de aplicarlo a los medios que no habían planteado judicialmente la inconstitucionalidad de la disposición y respecto de los cuales, por tal razón, se encuentra plenamente vigente (citó en tal sentido la transferencia de la señal C5N). Ante tal situación señala que sólo cabe entender que la propia Administración reconoce la inconstitucionalidad o irrazonabilidad de la norma, o bien que actúa con discriminación persecutoria.

Respecto del **artículo 161** de la ley, afirma que la cámara entendió su adecuación constitucional con el sólo argumento de la validez parcial declarada respecto del artículo 45, y en razón del carácter limitado de la obligación de adecuación y del tiempo transcurrido. Sin embargo, asegura que, aunque el tiempo transcurrido pudiera entenderse en sí mismo como un plazo razonable —lo que no podría afirmarse sin considerar la magnitud de las eventuales adecuaciones y desinversión requeridas de prosperar las pretensiones del Estado— todo plazo, cualquiera fuera su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales. En tal línea de pensamiento, sostiene que la afectación de derechos deviene tanto de la complejidad de las tareas exigidas en el artículo 45, como por las condiciones de entrada al mercado que impone la LSCA que, al afectar —según afirma— la sustentabilidad económica del

negocio, reduce el número de interesados.

Finalmente asegura que las restricciones que impone la LSCA constituyen un sistema de artículos encadenados en un objetivo, y que por ello el daño y los agravios que produce el artículo 161 son mayores ante la constitucionalidad declarada por el a quo del artículo 41.

II) Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A. y Radio Mitre S.A. —en adelante "Grupo Clarín"—, en su recurso extraordinario (de fs. 3703/3723), al igual que Cablevisión se agravia de la sentencia de cámara en tanto en ella se rechazó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 los cuales, según expresa, le infligen considerables perjuicios de índole patrimonial asegurados por los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional.

Además se agravia de la forma en la que el a quo ha interpretado el artículo 45, inc. 1, en tanto entiende que es inconstitucional y anticonvencional porque lesiona su libertad/derecho de expresión, la trata desigualmente respecto de la única proveedora satelital e importa el ejercicio de funciones administrativas y judiciales, alterando irrazonablemente su derecho a ejercer una industria lícita y su propiedad.

En este sentido señala que, como consecuencia del artículo 45.1. ap. b), Grupo Clarín debería desprenderse de dos (2) licencias de radiodifusión abierta y treinta y seis (36) radiofrecuencias por las que presta el servicio de televisión por cable a través del sistema UHF y MMDF.

En forma previa a la impugnación de la sentencia de cámara efectúa una reseña de los antecedentes históricos del artículo 32 de la Constitución Nacional, a través fundamentalmente del examen de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y del sistema inglés de licencia previa —conocido como *licensing*—, y señala que los artículos 14 y 32

prohiben que el gobierno federal establezca un sistema de licencias previas al estilo inglés respecto de medios de prensa escritos. Recuerda que con posterioridad, con la aparición de medios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico, y dada su escasez y necesidad de disponibilidad igualitaria, se autorizó la expedición de licencias por parte del Estado. Sin embargo, y atendiendo a las transmisiones que no utilizan espacio radioeléctrico, subraya que la corte norteamericana consideró de forma unánime la necesidad de diferenciar los parámetros que justifican la regulación de la televisión por cable respecto de los que gobiernan la televisión abierta.

En tal contexto, señala que el primer problema constitucional que plantea el **artículo 41 de la LSCA** es, justamente, que la ley pareciera creer que las razones que justificarían la regulación sobre los canales de aire y sobre los que se soportan en el cable serían las mismas. Esto lo entiende como un gran error pues sostiene que los cable-operadores deben equipararse con los medios tradicionales de prensa, pues éstos como aquéllos no utilizan un medio que por sus características físicas resulte escaso.

Por lo expuesto, afirma que un sistema que regule las licencias de los cable-operadores resulta constitucionalmente sospechoso, que el Estado no ha brindado ninguna explicación respecto de la necesidad de su implementación, prohibiendo su enajenación total, ni ha defendido ni probado que tal medida resulte ser la menos restrictiva para alcanzar el fin estatal, por todo lo cual carece de validez constitucional.

Concretamente, respecto de las deficiencias constitucionales que le imputa a la ley 26.522 —y en respuesta a lo decidido por el *a quo*—, en relación con los **artículos 41 y 161** reitera los agravios y consideraciones expresadas por Cablevisión en su recurso extraordinario.

En relación con el **artículo 45, inc. 1**, entiende que los jueces de cámara yerran al acudir a otros artículos de la

ley (7, 21 y 89), que no fueron impugnados por la actora, para encontrar la finalidad que le atribuyen a la disposición atacada y así examinar —y justificar— su razonabilidad. A su entender en la segunda parte del artículo 45 reside su finalidad, cual es la de restringir la concentración de licencias, y se pregunta —al tiempo que le reprocha a los jueces la falta de cuestionamiento al respecto— si resulta constitucional que una ley que rige a los medios audiovisuales regule la *desconcentración* de las licencias.

En tal sentido pone en duda que dicha regulación no se relacione más estrechamente con la Ley de Defensa de la Competencia que con una Ley de Medios Audiovisuales y, en tal caso, que el Estado pueda establecer regulaciones antimonopólicas en materia exclusiva de radiocomunicación.

Respecto del examen constitucional de las normas cuestionadas, señala que cuando —como en la causa— está en juego una restricción a la igualdad ante la ley y a la libertad de expresión, el caso exige un análisis estricto y, por tanto, la carga de su justificación debe estar depositada en quien intenta menoscabarlas.

Afirma que en la causa se produce un ataque a la libertad de expresión de manera directa e indirecta. En tal sentido asegura que la legislación impugnada contradice explícitamente disposiciones expresas de la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como la que veta la restricción de tal derecho por medios tales como el *abuso de controles oficiales... de frecuencias radioeléctricas o por cualquier otro medio...* (artículo 13.3). Por su parte, recuerda que la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión dice que las leyes antimonopólicas en ningún caso deben ser exclusivas para los medios de comunicación (Principio 12).

En definitiva, asevera que el objeto exclusivo de la ley, y de su artículo 45.1 en particular, es combatir un declarado monopolio/concentración de la actora, cuya existencia e

ilegalidad no ha sido declarada tal como consecuencia de una resolución obtenida de la tramitación de un juicio previo, con todas las garantías constitucionales y procesales, dentro del marco de la ley antimonopolios (Ley de Defensa de la Competencia). Por el contrario –recuerda–, la resolución 257/07 SCI expresamente desestimó que la operatoria conjunta de Cablevisión S.A. con Grupo Clarín S.A. y las demás empresas produjera lesión alguna a la competencia.

En esa línea argumental afirma que a las empresas de comunicación audiovisual no se les han reconocido iguales garantías que a las empresas comerciales o civiles que actúen en el mercado; que se les ha conferido un trato desigualitario, y que se las silencia y se perjudica su propiedad sin que se las escuche previamente (artículos 16, 14, 32, 17 y 18 de la Constitución Nacional).

Como corolario de lo expuesto señala que, estando comprometidas la libertad de expresión, la igualdad y demás garantías enunciadas, devendría imperativo el examen estricto del asunto según el cual el Estado no sólo debería haber demostrado que el fin que se propone la norma es constitucional, sino además que no existían otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

En este sentido, a la hora de cuestionar la razonabilidad de la norma en relación con la cantidad de licencias admitidas, señala que en el nuevo escenario tecnológico de la televisión en formato digital –más eficiente en el uso del espectro– la restricción en materia de disposición de frecuencias disminuyó de veinte a cuarenta veces (según se trate de canales de alta definición o de definición estándar); es decir que, el límite de diez (10) licencias, incluso en el caso de haber sido razonable en el escenario tecnológico de 2009, no tiene en cuenta la multiplicación de las frecuencias de televisión digital terrestre disponible actualmente. Por lo demás, recuerda que los concursos públicos convocados en 2012, para la adjudicación de

licencias para prestar servicios de comunicación audiovisual de televisión abierta digital, quedaron vacantes en un 98% de los procedimientos de selección convocados por falta de oferentes.

**III) La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA)**, en su recurso extraordinario (de fs. 3724/3745), expresa agravios contra la sentencia de cámara en la medida en que declaró la incompatibilidad constitucional de determinadas disposiciones de la LSCA.

Además de enunciar las razones que, a su entender, tornan arbitraria la sentencia del a quo -causal ésta por la que fue declarado inadmisible el recurso extraordinario, lo que dio lugar al recurso de queja que tramita por expediente G.451.XLIX- la autoridad de aplicación en materia de comunicación audiovisual enuncia los siguientes agravios:

i) Ejercicio abusivo de competencias por parte del tribunal, que no valora objetivamente la LSCA. A este respecto recuerda que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad, por lo que los jueces deben limitarse a verificar si las normas resultan repugnantes o no a la cláusula constitucional que se invoca como vulnerada. Sostiene que la cámara se ha excedido en sus funciones injiriéndose en competencias que son privativas del Congreso de la Nación, en tanto no es del resorte del Poder Judicial decidir acerca del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar una situación, ni de las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley.

Afirma que la sentencia recurrida, al desarticular el artículo 45 y disponer su constitucionalidad parcial, desvirtuó el sentido regulatorio de la ley, creó a favor de la actora excepciones no admitidas por la norma ni contempladas por el legislador, y se apartó del principio de sujeción de los jueces a la ley que, en la práctica, sustituyeron a aquél.

**ii)** La sentencia apelada prescinde de valorar la LSCA desde el plano de los derechos constitucionales del colectivo social, y se limita a dar primacía a las potenciales afectaciones económicas de la actora como consecuencia de su adecuación a los términos de la ley.

**iii)** El pronunciamiento del a quo se sustenta en un análisis sesgado, parcial e intencionado de la prueba pericial, en tanto las afectaciones que la ley 26.522 le causaría a la actora no se encuentran debidamente probadas ya que, en palabras de la perito, dichos eventuales menoscabos dependerán de las decisiones del propio Grupo Clarín S.A.

**iv)** La decisión de la anterior instancia, si bien ha cambiado de posición respecto del plazo del artículo 161 de la ley –considerado escueto e irrazonable a la hora de decidir la medida cautelar, y declarado constitucional en la sentencia aquí apelada– resulta beneficiosa o, en el peor de los casos, inocua para la actora. Entiende que, dado que al Grupo Clarín no se le aplicará la mayoría de las regulaciones del artículo 45 de la LSCA, el plazo referido sólo se aplicará al resto de los prestadores, lo que revertirá en una ventajosa situación dominante en el mercado para la actora.

**v)** La opinión de la cámara con relación a que sólo se puede regular la asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico –en tanto recurso limitado– es contraria a la actividad reglamentaria del Estado en virtud de su poder de policía. Afirma en este sentido que no existe óbice ni impedimento alguno para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan espectro y el máximo de población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco en relación con la cantidad de señales, pues es función del Estado regular el mercado y favorecer políticas competitivas y antimonopólicas.

**vi)** La declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la LSCA es a la medida de la actora. Ello es así pues, en forma contraria a lo pretendido por la ley –cuya regu-

lación considera razonable y coincidente con normas internacionales-, y como resultado de la sentencia, la situación de concentración a favor de la actora se afianzará y consolidará, en la medida en que los restantes prestadores deben adecuarse a la ley. En tal sentido destaca que, a fin de evaluar una norma dictada en el ejercicio del poder de policía, deben visualizarse sus efectos, su armonía y su compatibilidad con el resto del sistema normativo.

**vii)** La declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 48 de la ley es infundado. Ello así pues las normas que protegen la libre competencia constituyen un nudo regulatorio que tiende a establecer medidas contra los monopolios y la concentración del mercado en distintas áreas, por lo que cada norma tiene una especificidad precisa, basada en las características naturales de la materia que regula. En tal contexto, si en el futuro, por razones de interés público, correspondiera modificar el régimen de multiplicidad de licencias establecido en la LSCA no debería haber impedimento, pues no es lícito paralizar el ejercicio normativo del Estado con fundamento en el marco jurídico preexistente.

**viii)** La cámara considera que la ley 26.522 afecta el derecho a la igualdad de la actora, aunque prescinde de considerar que la norma establece restricciones a todos los licenciatarios. En tal sentido recuerda que DirectTV no está en las mismas condiciones que la actora, lo que le genera distintas incompatibilidades -a una se le aplica el inc. a del artículo 45.1 y a la otra el inc. b-, no obstante ello, cada una tiene restricciones específicas -con base en la distinta naturaleza del medio utilizado- y ambas tienen restricciones comunes -artículo 45.1, párrafo final-.

**ix)** El a quo señala que la ley 26.522 afecta el derecho a la libertad de prensa, sin embargo su garantía precisamente está en la participación de distintos actores en el mercado. La LSCA no aborta ni restringe la libertad de expresión, sino que establece límites razonables a los prestadores para impedir que uno

de ellos pueda dominar el mercado. En este contexto la intervención estatal regulatoria es oportuna y pertinente, y encuentra sustento en opiniones de organismos internacionales.

**x)** La cámara entiende que corresponde indemnizar a la actora en caso de que deba ajustar el límite de licencias con uso de espectro radioeléctrico a lo determinado en el artículo 45.1. inc. 'b', no obstante, si no hay lesión concreta a una situación protegida, no corresponde reparación alguna. En el caso, las licencias son propiedad del Estado que las otorga para que terceros las gestionen prestando un servicio: la decisión estatal es lícita y no existe, en concreto, una norma específica que proteja al actor en una situación como la presente y le genere un derecho subjetivo expreso susceptible de reparación ulterior por parte del Estado.

**xi)** El tribunal a quo considera que el monopolio resguarda y garantiza la eficacia y calidad de la prestación, promueve mejores inversiones y permite que haya libertad de expresión; sin embargo la posición dominante en un mercado nunca puede ser ponderada como un mecanismo que permita y promueva más pluralidad y competencia, sino que, por el contrario, restringe la libertad de elección y desmotiva a la competitividad en el sector en perjuicio de los consumidores (artículo 42 de la Constitución Nacional). En ningún segmento de la ley se discrimina a la actora ni a prestador alguno, sino que, por el contrario, se regula el mercado para fomentar mayor participación y competencia, para promover voces y para alentar a que participen en el mercado comunicacional distintos actores.

Finalmente, recuerda la competencia de la AFSCA para prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anti-competitivas, predatorias o de abuso de posición dominante; y recuerda que debe primar frente a cualquier análisis destinado a la protección de un eventual y difuso derecho individual (*sin perjuicio del eventual derecho indemnizatorio que en la oportunidad procesal que corresponda pueda hacerse valer*) aquella norma que ajustándose a la Constitución propende a desconcentrar y

*a eliminar los monopolios, todo ello para resguardar la libertad de elección y competencia (fs. 3745).*

**IV) El Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros-**, en su recurso extraordinario (fs. 3746/3766), en primer lugar enuncia las razones que, a su entender, tornan arbitraria la sentencia del a quo -causal ésta por la que fue declarado inadmisible el recurso extraordinario, lo que dio lugar al recurso de queja que tramita por expediente G.445.XLIX-. Entre dichas causales cita el hecho de carecer la sentencia apelada de fundamentación suficiente y objetiva, y sustentarse en meras afirmaciones dogmáticas, omitir el tratamiento de cuestiones conducentes para la solución del litigio, efectuar una interpretación arbitraria y desnaturalizadora de la normativa involucrada, inaplicar la normativa constitucional y federal que rige el caso, e incurrir en contradicciones.

De modo preliminar al desarrollo de sus agravios recuerda que el artículo 42 de la Constitución Nacional impone a las autoridades la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales, y señala que la cámara centró su atención exclusivamente en el derecho de propiedad de la actora y en su supuesta afectación -conjetural y prematura en este estadio-, en su sostenibilidad, rentabilidad y economía y, bajo la sólo aparente defensa de su libertad de expresión, omitió considerar y valorar los verdaderos objetivos y finalidades de la LSCA, esto es, garantizar la pluralidad y diversidad de voces y opiniones, tendientes a resguardar el derecho a la libertad de expresión.

A este mismo respecto señala que la Sala I en su sentencia ha desatendido lo sostenido por este Tribunal en su pronunciamiento del 22 de mayo de 2012, dictado en la causa "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares" (Fallos: 335:705), en tanto allí se afirmó que, en cuanto a la protección de la libertad de expresión, esta Corte ha sido muy clara y consistente en su reconocimiento a lo largo de una extensa e importante jurisprudencia. Sin embargo, en la causa no hay más que una mención

al tema, ya que la parte actora no aportó ningún elemento probatorio que demuestre de qué modo resultaría afectada esa libertad. Más aún, en sus escritos no hay más que menciones generales, pero no existen argumentos que relacionen directamente la norma de desinversión con la libertad de expresión. Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia, lo que en el caso no se ha demostrado, al menos en el campo de la medida cautelar. Asegura el recurrente que en el sub lite sigue sin acreditarse que exista esa afectación concreta a la libertad de expresión.

Enfatiza que la declaración de inconstitucionalidad parcial declarada por el tribunal a quo respecto del Grupo Clarín ha importado, en los hechos, la consagración de un régimen legislativo a la medida de los intereses económicos del grupo y ha facilitado que la altísima concentración que posee la actora pueda incrementarse *ad infinitum*, toda vez que los servicios que no utilizan espectro y la titularidad de registro de señales ha quedado sin límite alguno de acumulación de licencias respecto de dicho grupo empresario exclusivamente.

Destaca que resulta palpablemente desatinado el razonamiento del a quo, que subyace en los fundamentos del examen del artículo 41 de la ley y atraviesa la totalidad de la resolución recurrida, en tanto importa una negación a los principios de la LSCA en la medida en que apunta en todo momento, de modo sesgado, a otorgarle a los derechos de propiedad y libertad de comercio de las actoras -que equivocadamente la cámara considera afectados por algunas de las normas- un alcance exacerbado que conduce a la negación de otras normas y principios constitucionales que informan el citado régimen legal.

A continuación expresa los agravios que, en particu-

lar, le provoca la sentencia recurrida. Ellos son:

i) Falta de legitimación activa. A este respecto señala que dentro del denominado "Grupo Clarín", si bien algunas de las actoras son licenciatarias, ninguna es "propietaria" de licencias, con el alcance iusprivatista que pretenden, y la mayoría de ellas apenas tiene una mera expectativa de acceder a eventuales titularidades de licencias, lo que depende del dictado de una resolución administrativa por parte de la autoridad de aplicación. Afirma que, tratándose de derechos subjetivos públicos que no se encuentran en el comercio y a los que no se les aplican las reglas del derecho privado, para su perfeccionamiento debieron contar, invariablemente, con la aprobación de la autoridad concedente.

ii) Prematura e infundada declaración sobre la responsabilidad del Estado por aplicación de las disposiciones del artículo 45 respecto de las cuales se rechazó la impugnación de inconstitucionalidad. Prejuzgamiento. Entiende el Estado que la cámara incurrió en prejuzgamiento en el ap. c de la parte resolutiva de su sentencia cuando, al rechazar la impugnación de la actora respecto de determinadas disposiciones del artículo 45 de la LSCA [concretamente, del ap. 1, incs. a y b (con excepción de la limitación respecto de la titularidad de señales) y del ap. 2, incs. a y b], declaró que la compatibilidad de dichos preceptos con la Constitución Nacional supone el derecho de la parte actora al resarcimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión, en los términos desarrollados en dos considerandos de la sentencia por la vocal que votó en primer término.

En este sentido, el Estado Nacional recuerda que los camaristas que conformaron la mayoría consideraron que los límites a las licencias establecidos en tales disposiciones son compatibles con la Constitución Nacional dado que, habida cuenta la finitud del espectro radioeléctrico, es una opción de política legislativa que a los jueces no le corresponde sustituir. No obs-

tante lo expuesto entendieron que, en tanto ello implicaría un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias que utilizan ese medio de transmisión, las normas en cuestión suscitan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita y generan el consecuente derecho de las actoras a ser resarcidas, para lo cual remitieron a un proceso judicial futuro la determinación y cuantificación del daño.

Afirma la demandada que los jueces, pese a considerar válidas tales restricciones dada la escasez del recurso y sin dar razón alguna de cuál ha sido el criterio en el que se han basado a esos efectos, reconocen que la adecuación por parte del grupo empresario actor a los límites fijados en las normas señaladas aparejará el derecho al resarcimiento de los daños producto de una eventual desinversión, lo que constituye una declaración que, sin hacerse cargo de que el objetivo que persigue la norma es el de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local y no meramente asegurar el uso racional de un medio limitado, resulta prematura e impropia en el marco cognoscitivo de este proceso.

Destaca que las disposiciones reglamentarias, que regulan los procedimientos para las denominadas *desinversiones de oficio o voluntarias*, contemplan que los interesados en acceder a la titularidad de las licencias objeto de adecuación han de abonar los importes pertinentes a los hasta ahora prestadores de los respectivos servicios. En cualquier caso, resalta que el reconocimiento del derecho de las actoras a ser resarcidas importa la adopción de una definición extemporánea, emitida cuando aún no se ha concretado el procedimiento de adecuación y, por ende, no se han configurado, siquiera mínimamente, los requisitos a los cuales se encuentra subordinada la existencia de responsabilidad del Estado por su accionar lícito.

**iii) El artículo 45 de la LSCA es constitucional en su integridad.** Recuerda el Estado que la cámara declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, en su ap. 1 (**orden nacional**), inc. b, en la parte que **veda a los titulares de licencias de servi-**

cios de comunicación audiovisual tener más de una señal de contenidos, e inc. c, en cuanto limita a veinticuatro (24) licencias la titularidad en un solo prestador, cuando se opere a través de vínculo físico. Además se efectuó idéntica consideración respecto del párrafo final, donde se establece que el total de licencias, de todo tipo, no podrá superar el 35% de la población nacional o de abonados.

Por otra parte, respecto del apartado 2 (**orden local**), el tribunal valoró como inconstitucionales los incs. c y d en los cuales se fija un límite de hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción (siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta) y hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta (siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción). Idéntico temperamento adoptó respecto al último párrafo de este apartado, que impide que la suma total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas, que se superpongan de modo mayoritario, exceda de tres (3) licencias. En lo que toca al ap. 3, que limita la titularidad de registro de señales, lo declaró inconstitucional en su totalidad.

Recuerda que la jueza que votó en primer término infirió que las restricciones en cuanto a medios que no utilizan el espectro radioeléctrico son innecesarias, en el entendimiento de que, en tal supuesto, no se está ante un recurso escaso y no perturban el uso ni las reservas de las frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que no podrían expresarse si no es con financiamiento de presupuesto público. Agregó la magistrada que dichas limitaciones son irrazonables pues implican destruir la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de Internet, donde compite con grandes grupos de telecomunicaciones (considerando 19).

En este contexto, el Estado Nacional advierte diversas

cuestiones no tratadas por la camarista: **1)** que la restricción a la cantidad de licencias que no usan espectro radioeléctrico es una facultad estatal propia, cuya finalidad es regular legítimamente una actividad declarada de interés público; **2)** que la regulación es lícita pues se ha limitado a restringir razonablemente los derechos alegados por los actores, los que, como toda garantía constitucional no son absolutos, destacando la altísima cuota de mercado audiovisual con la que podrá continuar la actora después de su readecuación -35%, es decir, más de catorce millones de personas, según el último censo poblacional-; y **3)** que no hay afectación a derecho alguno, ni discriminación, cuando la regulación recaiga sobre personas que se encuentren en una misma situación o condición -la LSCA regula a todos los licenciatarios de comunicación audiovisual, sin excepción alguna-.

A la luz de lo expuesto, remarca que no existe óbice ni impedimento alguno para que el legislador regule la cantidad de licencias de servicios que no utilizan espectro y el máximo de población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que limite la cantidad de señales, pues ***es función del Estado regular los servicios de comunicación audiovisual para favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preserven la diversidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información*** -en un todo de acuerdo con lo establecido por la CIDH, artículo 13.3-. Insiste en que sostener lo contrario implica negar al Estado poderes de policía que le son inherentes, y recuerda que esta Corte los ha definido como ***un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz ("confort") y bienestar general del pueblo*** (fs. 3756 vta.; el destacado pertenece al original).

Destaca también otro aspecto que, a su entender, no ha sido valorado por el tribunal, cual es el de medir las consecuencias disvaliosas que se derivarían de la inaplicación de la LSCA a la actora en virtud de lo que ha decidido en la sentencia. A este respecto recuerda que la ley se ha inspirado en la finalidad de asegurar la libertad de expresión, la pluralidad de voces y opini-

niones, así como el combate a las prácticas monopólicas. Sin embargo, como resultado de la sentencia, y de manera contraria a los fines que han inspirado la ley, la situación de concentración a favor de la actora se consolidará en la medida en que los restantes prestadores se adecuen a ella, con el consiguiente perjuicio para los consumidores cautivos en un mercado con un prestador en franca posición dominante.

Más allá de los señalamientos apuntados, aclara que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado, sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. En efecto, destaca que la relatividad de la importancia del medio de transmisión utilizado resulta evidente habida cuenta del principio de neutralidad tecnológica que impera en la regulación, de lo que el régimen de telecomunicaciones es muestra acabada. Abunda en que, más allá del dato evidente de la realidad de los distintos medios de transmisión utilizables, el fallo toma como parámetro para definir la constitucionalidad de la ley sólo la utilización o no del espectro, en tanto bien escaso, con la consiguiente configuración de una barrera de entrada al mercado. Sin embargo, la demandada remarca que la arbitrariedad del decisorio consiste en suponer que la única barrera de entrada en el mercado de los medios de comunicación es física –espectro–, cuando en rigor también lo son las económicas –tendido de cables, aéreos o subterráneos-. Ahonda en ese sentido en las barreras que puede imponer una empresa que ocupa una posición dominante o de gran concentración en la oferta de televisión por cable al ingreso de nuevas empresas.

En relación con la validez constitucional de la limitación de las señales (artículo 45 ap. 1, inc. b, y ap. 3 de la LSCA), destaca que otra vez la cámara analiza el caso partiendo del medio de transmisión, omitiendo considerar que en el mercado de la TV –por cualquier vía de difusión que se trate– la posición dominante puede tener efectos antijurídicos no sólo respecto de quienes adquieran bienes y servicios de la empresa dominante, sino también en relación con sus proveedores, lo cual es parti-

cularmente grave en relación con el ejercicio efectivo de la libertad de expresión.

Respecto de lo concluido en la sentencia a partir de lo aportado por el experto en economía designado a instancia de las actoras, el Estado señala que lo agravia por cuanto, so pretexto de una supuesta defensa de la libertad de expresión, el tribunal intenta mantener incólumes los intereses económicos del Grupo Clarín, valiéndose para ello de un informe pericial económico que, amén de haber sido cuestionado oportunamente por la demandada —por apuntar a demostrar un planteo incompatible con la vía procesal escogida por la actora—, ha sido utilizado de modo asaz improcedente para realizar un test de constitucionalidad de las normas atacadas. En tal sentido advierte que el tribunal descontextualizó el plexo probatorio pericial, supliendo tal carga procesal de la actora, a fin de tener por configurada una inconstitucionalidad directamente relacionada a la violación a la libertad de expresión de las actoras, pese a la inidoneidad de los medios de prueba elegidos para acreditarla.

Sostiene que la camarista de primer voto parte de la falsa premisa de que solamente una economía de escala, como la que detenta el Grupo Clarín, puede garantizar su sustentabilidad empresaria y, con ello, asegurar su libertad de expresión; aseveración que, según entiende el Estado, la realidad desmiente paliadamente. Insiste en tal sentido en que la LSCA no discrimina al actor ni a ningún otro prestador del servicio audiovisual, sino que, por el contrario, regula el mercado para fomentar una mayor participación y competencia, para promover la diversidad de voces y para alentar a que participen distintos prestadores; y que la sentencia visualiza la situación exclusivamente desde el ángulo que atañe a quien se encuentra en condiciones de distorsionar el funcionamiento normal del mercado, es decir, del grupo que ostenta una posición dominante.

Con relación a lo afirmado por la cámara respecto de que la limitación de licencias contenida en el artículo 45 colocaría a

Cablevisión en desventaja con DirectTV (que cuenta con una licencia satelital de alcance nacional), señala que la incorrección de la conclusión parte de no examinar la estructura de costos de ambas empresas —menor en el caso de la televisión por cable, lo que le ha permitido operar con ventaja competitiva— y de no advertir que la LSCA basa sus límites en materia de licencias en la realidad de los mercados de comunicación en la Argentina, donde la televisión por cable tiene un grado de penetración casi total, entre los más altos del mundo, por lo que los límites para la participación de los cable-operadores son fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información.

Considera contradictoria la sentencia que, por un lado, en la parte que declara constitucionales las normas atacadas, reconoce el derecho de las actoras a un resarcimiento; y a continuación, y respecto de las disposiciones que limitan el número de licencias de servicios por vínculo físico, construye un sofisma para sustentar una inexistente inconstitucionalidad, y allí preserva en especie los hipotéticos derechos supuestamente afectados, con todo lo cual consolida la posición monopólica y dominante del grupo actor.

Finalmente, respecto de este agravio destinado a defender la constitucionalidad del artículo 45 de la LSCA en su integridad, destaca que es falaz el escenario que se infiere de lo afirmado por la cámara en su sentencia, relativo a un universo de emisoras abiertas, sólo sustentadas por la publicidad oficial y sin relevancia comercial, en el que no median problemas de competencia, en coexistencia con otro, de emisoras por suscripción, en el que el mercado se regula a través de una mano invisible. Afirma que en realidad el universo es complejo e interconectado, entre emisoras abiertas, sistemas por suscripción y producción de contenidos, donde todos compiten por los mismos recursos. Asegura que todas son un vehículo imprescindible para la libertad de expresión y de acceso a la información, y que por ello todas las plataformas requieren normas que regulen su in-

tervención en el mercado.

**iv) El artículo 48, 2º párrafo, de la LSCA es constitucional.** En relación con los alegados derechos adquiridos y la supuesta retroactividad de la norma, señala que en el caso dista de aparecer comprometido el principio de irretroactividad de la ley, ni se justifica la pretensión de mantener la ultra actividad de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la normativa anterior. Sostiene que nos encontramos ante una relación jurídica administrativa de trato sucesivo, donde de lo que se trata es de la aplicación inmediata de la nueva norma a los efectos en curso de una relación jurídica, aun cuando haya nacido bajo el imperio de la ley antigua.

Y respecto de la presunta afectación del derecho de propiedad, recuerda en primer lugar que tal derecho no es absoluto, y agrega que algunas empresas del grupo actor poseen licencias y otras son explotadoras de hecho, pero que en ningún caso resultan titulares de un derecho real de dominio en los términos del Código Civil. Destaca además que el DNU 527/05 no alteró la situación jurídica de los actores, ni implicó ningún reconocimiento de derechos, ni saneó la situación de los explotadores de facto de servicios de comunicación audiovisual, sino que simplemente suspendió —por el plazo de diez años— los términos que estuvieran corriendo de las licencias, o sus prórrogas, previstas en la ley 22.285.

**v) El artículo 161 de la LSCA quedó vacío de contenido a partir de la inconstitucionalidad decretada respecto de otras normas de la ley.** A este respecto recuerda que, en atención a los términos de la decisión de cámara, esta norma —que impuso a los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por la ley la adecuación al nuevo régimen dentro del plazo allí establecido— sólo tendría operatividad respecto de los preceptos que han superado el test de constitucionalidad, es decir, los que imponen límites para la titularidad de licencias de servicios que utilizan espectro radioeléctrico, y no será aplicable

a los servicios a los que se refieren las disposiciones de la LSCA que son declaradas inconstitucionales (conceptualmente, las que no utilizan espectro).

Así las cosas, y pese a que la decisión ha sido formalmente adversa al planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de la LSCA, la demandada se agravia de la desnaturalización y vaciado de contenido que ha experimentado tal norma, en tanto la decisión recurrida es esencialmente funcional a la subsistencia e incluso a la profundización de las situaciones monopólicas u oligopólicas que la ley ha querido evitar.

Además de recordar el trato palmariamente desigual que la sentencia recurrida produce respecto de los titulares de otras licencias, concluye en que el a quo, en violación al principio de división de poderes, ha reescrito para las actoras el texto de esa norma.

**vi)** Los precedentes jurisprudenciales extranjeros citados en la sentencia avalan la legitimidad de la ley en su totalidad. En este aspecto el recurrente efectúa un desarrollo de los fundamentos de los precedentes extranjeros citados por el a quo y, a partir de la realidad allí descripta y su comparación con la actualidad del mercado de los servicios de comunicación audiovisual en nuestro país, concluye en que no sólo sus conclusiones no resultan aplicables a la cuestión debatida, sino que su recta interpretación confirma la plena adecuación de la LSCA a la Constitución Nacional en su dimensión teleológica y axiológica de garantizar derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la información y el combate a las prácticas monopólicas.

**vii)** Necesidad de una regulación específica. Examina aquí el Estado el voto de uno de los jueces de cámara, que considera que las limitaciones fijadas en la LSCA para la propiedad de las licencias serían redundantes en sus fines antimonopólicos pues bastaría —en su opinión— con las normas generales en materia de defensa de la competencia. El recurrente considera tal asevera-

ción absolutamente desacertada, pues pone énfasis en un eventual control *ex post facto* que, tal como señalara el informe elaborado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de 2007, es ineficiente para resolver los conflictos derivados de la integración vertical y horizontal de la actividad de comunicación audiovisual.

En definitiva, a juicio del recurrente el juez sólo expresa una opinión contraria a la voluntad legislativa, ya que no fundamenta por qué una regulación especial no es necesaria en el caso, lo que no significa que la decisión del legislador esté viciada de constitucionalidad.

Finalmente asegura que, además de la necesaria adopción de medidas que protejan de manera efectiva los derechos de usuarios y consumidores, disolviendo los monopolios y restableciendo el equilibrio en la oferta y condiciones de acceso a los bienes o servicios de que se trate, la LSCA va más allá, pues los legisladores determinaron que eran insuficientes las reglas que surgen de la defensa de la competencia por la índole de la materia en cuestión, lo que justifica que el control de las prácticas monopólicas que contiene en su texto no sea un valor que se agote en sí mismo, sino que se encadene a la promoción de la diversidad en la información y la participación de actores de diferentes sectores de la sociedad.

5º) Que los agravios de las partes suscitan cuestión federal, en tanto en el pleito se ha puesto en cuestión la validez de una ley del Congreso y la decisión ha sido contra su validez. Por su parte, la inteligencia de varias disposiciones constitucionales ha sido cuestionada y la decisión fue contra la validez del derecho que las partes fundan en dichas cláusulas y es materia de litigio (artículo 14, incs. 1º y 3º de la ley 48).

Dado que la decisión de esta Corte se encuentra limitada a la jurisdicción que le ha sido conferida mediante los recursos interpuestos, con dicho alcance —es decir, limitado exclusivamente a lo que aquí interesa— se relatan a continuación

los pormenores de la causa.

**I. Relato de los hechos**

**I.1. La acción de inconstitucionalidad**

6º) Que con fecha 2 de febrero de 2010 el Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. iniciaron acción contra el Poder Ejecutivo Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 (segundo párrafo), 161 y concordantes de la ley 26.522, y su inaplicabilidad respecto de las licencias y señales de las que los actores eran titulares al momento de promulgarse la mencionada norma. En la misma presentación, y a los fines dispuestos en los artículos 6º -inc. 4- y 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, informaron que, con fecha 7 de diciembre de 2009, el titular del Juzgado nº 1 del fuero Civil y Comercial Federal les había concedido una medida cautelar.

Para fundar su pretensión señalaron que la ley impugnada establece en forma irrazonable y arbitraria limitaciones y restricciones a la propiedad de medios que no existían hasta su sanción (artículo 45), a la vez que dispone la venta compulsiva de los medios y empresas que no se adecuen a sus disposiciones en el plazo máximo de un año (artículo 161). En concreta referencia a cada uno de los artículos impugnados señalaron que:

a) El **artículo 41**, al prohibir a los actores la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de sociedades titulares de licencias, así como la venta o transferencia de las licencias mismas de las que son propietarias, extingue su valor patrimonial en claro atropello a los derechos de propiedad y libertad de comercio.

b) **El artículo 45**, al establecer un régimen de multiplicidad de licencias que desbarata la sustentabilidad operativa y económica de la empresa, afecta directamente, en consecuencia,

su independencia y sus libertades de prensa y expresión.

A este respecto manifestaron que la limitación a la titularidad de licencias impuesta a las personas de existencia visible o ideal en el orden nacional:

**i)** a una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital (ap. 1, inc. 'a') impone una desventaja competitiva a la TV por cable, tanto frente a la TV satelital como plataforma competitiva como frente a los servicios de comunicación audiovisual que brinden las empresas del Estado. Ello por cuanto la TV satelital –de la que en la Argentina existe hoy un solo prestador (DirectTV)– puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la TV por cable requiere de múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios sin justificación económica o técnica, de manera que se generan costos de operación diferenciados que afectan el equilibrio competitivo. Por su parte, el Estado a través de sus empresas puede acumular el servicio de TV satelital con el resto de los servicios previstos en la norma (TV abierta, por cable, radio, etc.). Esta limitación afectaría no sólo la eficiencia efectiva de los distintos competidores, sino también la libertad de expresión, al establecer mayores limitaciones para los operadores de TV por cable privados;

**ii)** hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiotelevisión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico (ap. 1, inc. b), carece de todo fundamento lógico. Al no utilizar espectro radioeléctrico las señales de televisión por cable, no existe justificación alguna para incluirlas en la norma basándose en argumentos relacionados con la limitación y la escasez de dicho recurso, al tiempo que la limitación aplicada a los contenidos es una medida claramente distorsiva, que afecta negativamente la propiedad y la libre expresión, sin beneficios colaterales que

puedan justificar semejante limitación a la libertad de prensa. Finalmente, el número establecido (10 licencias), incluso al tratarse de casos de ocupación del espectro radioeléctrico, es totalmente arbitrario y caprichoso;

*iii) hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias. La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda (ap. 1, inc. c y párrafo final), carece de justificación económica. Al no utilizar espectro radioeléctrico la TV por cable, no existe motivo alguno que justifique la regulación que se propone, que afecta abiertamente el artículo 32 de la Constitución Nacional. Por otro lado, estos límites restringen el aprovechamiento de las economías a escala y densidad, que son inherentes a esta industria. Con esta restricción no se permitirá la reducción de costos medios que podría obtenerse con el incremento del número de suscriptores y, por ende, se impedirá una disminución en los precios pagados por los abonados.*

A su vez, al dejarse a criterio de la autoridad de aplicación la determinación de los alcances territoriales y de población de dichas licencias, se establece una diferencia en el tratamiento respecto del otorgado a los servicios de TV satelital, a los que se les otorga una sola licencia nacional para operar.

En relación con el límite establecido (35%) respecto del total de habitantes o abonados a los servicios referidos en este artículo, afirmó que su aplicación puede incentivar a que se limite la competencia, y que privará a las empresas de incentivos para reducir sus precios y mejorar la oferta de canales y servi-

cios para atraer a más clientes. Reiteró aquí los reproches referidos a la restricción al aprovechamiento de economías de escala, cuestionó el carácter arbitrario de los rangos de participación de mercado instituidos y aseguró que las limitaciones de este artículo tendrán un impacto muy negativo sobre el desarrollo y despliegue del servicio de banda ancha en la Argentina pues, si bien el límite no se aplica al acceso a Internet, el negocio es la *paquetización* en la oferta de los distintos servicios.

Recordaron la limitación a la titularidad de licencias impuesta a las personas de existencia visible o ideal en el orden local, dispuesta en el mismo artículo:

*Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM) (ap. 2, inc. a); hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio (ap. 2, inc. b); hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta (ap. 2, inc. c); hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción (ap. 2, inc. d). En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias (ap. 2, párrafo final).*

A este respecto señalaron que la TV por suscripción no compite con la TV abierta; que el canal abierto es, por antonomasia, productor de contenidos y, en la Argentina, el gran motor de la producción audiovisual; mientras que los sistemas de TV por cable, por el contrario, son meros distribuidores de contenidos de las más variadas fuentes. Afirmaron que, pese a esta separación de mercados relevantes, la ley, de manera irrazonable desde el punto de vista de la competencia, los trata y limita

como si actuaran en el mismo mercado, lo que genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores. Aseguraron que esta restricción impide el aprovechamiento de las economías de ámbito existentes en la industria y se reduce la eficiencia de los procesos.

Dentro de la misma disposición de la ley (artículo 45), atacaron los términos de su ap. 3, referido a la titularidad de registro de señales, que establece las siguientes reglas:

*Para los prestadores consignados en el ap. 1, subap. b, se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales (ap. 3, inc. a); los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia (ap. 3, inc. b). Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona (ap. 3, párrafo final).*

A este respecto señalaron que la libertad de expresión se promueve aumentando el número de señales, no reduciéndolo; y que esta medida limita la integración vertical, entre productores de contenidos de TV y empresas distribuidoras de TV por suscripción (cable y satélite), lo que genera el problema del doble margen y un aumento de los costos de transacción, con el consiguiente aumento del precio de suscripción para los consumidores. También hicieron referencia a los menores incentivos de las empresas de cable debido a los menores márgenes que se obtienen en las ventas de canales no afiliados respecto de los que sí lo son. Volvieron a insistir aquí con que la norma contraría el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existente en la producción de contenidos, y en que los distintos problemas de competencia que puede generar esta estructura de mercado deberían enfrentarse en cada caso concreto con la ley de defensa de la competencia.

Como colofón a la crítica del artículo 45, resaltaron el gravísimo e irreparable daño patrimonial que les causa, así como el atropello a sus derechos de propiedad privada, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y de prensa que significa esta norma; a la que tacharon además de irracional económicamente, con perjuicio para el interés público.

c) El **artículo 161**, al obligarlos a desprenderse de activos estratégicos, en condiciones absolutamente negativas y en el plazo —que calificaron de irrisorio— de un año, les provoca un gravísimo e irreparable daño patrimonial.

A este respecto, recordaron que la norma dispone que *(l)os titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41;* y manifestaron que la aplicación de las restricciones a la multiplicidad de licencias (artículo 45), cuya titularidad adquirieron al amparo de otra legislación, en combinación con la adecuación dispuesta (artículo 161), implica el absoluto desconocimiento de *(sus)* derechos adquiridos... así como la virtual aniquilación de su derecho de propiedad.

d) Con el **segundo párrafo del artículo 48**, en tanto dispone que *(e)l régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o*

*defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro, se violentan las garantías constitucionales más elementales (artículos 14, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional). Mediante ella el Estado pretende privar a los actores de la posibilidad de invocar derechos adquiridos contra arbitrariedades actuales y futuras.*

*Afirmaron que no reconocían la constitucionalidad de los artículos y efectos de la LSCA no cuestionados en esta demanda, efectuando expresa reserva de accionar judicialmente en el futuro, en la oportunidad y forma que les parezca más adecuada para la mejor defensa de sus derechos.*

Finalmente, mediante otra presentación, ampliaron la demanda, peticionando la reparación de los daños y perjuicios que, según informaron, les ha causado y le causa la mera sanción y promulgación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA). Afirmaron que el daño cuya reparación reclamaron en este punto se verifica con la imposibilidad de acceso al crédito y financiamiento de las actoras con motivo de la situación de incertidumbre que ha causado la LSCA, y que debía adicionarse al desagravio económico solicitado en la demanda para el caso de aplicarse los artículos 45 y 161 de la ley.

#### **I.2. La medida cautelar**

7º) Que según surge de lo manifestado por los actores en las presentes actuaciones, con anterioridad a la interposición de la demanda que les dio origen, el 7 de diciembre de 2009 —en los autos “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”— el titular del Juzgado nº 1 del fuero Civil y Comercial Federal les había concedido una medida cautelar.

Apelada la medida por el Estado Nacional, la cámara del fuero, con fecha 13 de mayo de 2010, decidió confirmar la resolución en cuanto ordenaba la suspensión de la aplicación del artículo 161 de la ley 26.522 (LSCA) respecto de las actoras, y revocarla en lo que se refería al artículo 41 de la misma ley.

Contra dicha decisión, el Estado Nacional recurrió ante esta Corte.

**A) Primer pronunciamiento de la CSJN.** Este tribunal, el 5 de octubre de 2010, resolvió desestimar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que había hecho lugar a la medida cautelar, pues no se había demostrado la existencia de los dos requisitos tradicionalmente exigidos por su jurisprudencia para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar, esto es, que mediara cuestión federal bastante conjuntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resultara irreparable. Ello no obstante, en la misma resolución consideró que cabía fijar un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar, pues podría presentarse una situación de desequilibrio si la sentencia en la acción de fondo se demorara un tiempo excesivo y se permitiera a la actora excepcionarse —por el simple transcurso del tiempo— de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo por vía del pronunciamiento cautelar un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial, debiendo entonces ponderarse no sólo la irreparabilidad del perjuicio del peticionante, sino también el del sujeto pasivo de éste, quien podría verse afectado irreversiblemente si la resolución precautoria fuera mantenida *sine die* (*Fallos*: 333:1885).

En tales circunstancias, el 19 de octubre de 2010 el Estado Nacional solicitó el levantamiento de la medida precautoria y, en subsidio, solicitó la fijación de un plazo para su vigencia. Rechazadas ambas peticiones por el juez, y ante la apelación de la demandada, la cámara del fuero —el 12 de mayo de 2011— decidió confirmar el rechazo del levantamiento de la medida, mas dispuso fijar el plazo de su vigencia en treinta y seis (36) meses contados a partir de la notificación de la demanda.

Recurrida tal decisión por la demandada, y denegado dicho recurso, acudió en queja a esta Corte.

**B) Segundo pronunciamiento de la CSJN.** El Tribunal, en fe-

cha 22 de mayo de 2012, confirmó la sentencia que rechazó el levantamiento de la medida cautelar de no innovar y fijó su plazo de vigencia en treinta y seis meses, y la revocó en lo relativo al momento desde el cual dicho plazo debía computarse. A este último respecto afirmó que aparecía como contradictorio fijar un plazo para la medida cautelar y luego computarlo a partir de la notificación de la demanda, máxime cuando, como en el caso, se observaba una diferencia temporal tan notoria entre ambos momentos —un año— por la sola voluntad de las peticionarias.

En consecuencia decidió que el cómputo debía iniciarse a partir del dictado de la medida cautelar, razón por la cual su vigencia debía fenercer el 7 de diciembre de 2012 (Fallos: 335:705).

Ante el pedido de prorrogar la vigencia de la medida precautoria formulado por los actores, y tras su rechazo por el juez, la cámara del fuero, el 6 de diciembre de 2012, decidió conceder lo peticionado por el grupo empresario y que continuara la vigencia de la cautelar hasta que se dictara sentencia definitiva en la causa.

**C) Tercer pronunciamiento de la CSJN.** Finalmente esta Corte, en virtud del recurso de la demandada, dictó sentencia con fecha 27 de diciembre de 2012, en la que, por mayoría, resolvió confirmar lo resuelto por el a quo, en relación a la prórroga de la vigencia de la medida precautoria (Fallos: 335:2600).

#### **I.3. La sentencia de primera instancia**

8º) Que, con fecha 14 de diciembre de 2012, el juez a cargo del Juzgado Nacional de primera instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 1 dictó sentencia y resolvió: **i)** rechazar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada; **ii)** rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por los actores; **iii)** ordenar, como consecuencia de lo decidido y en virtud de las nuevas circunstancias configuradas, el inmediato levantamiento de toda medida cautelar dicta-

da en el presente proceso; **iv)** imponer las costas del juicio en el orden causado, atenta la novedad de los planteos formulados, la dificultad y complejidad de las cuestiones debatidas y la naturaleza de los derechos involucrados en la causa; **v)** dejar sin efecto la habilitación de días y horas inhábiles dispuesta en la causa; y **vi)** diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervenientes para el momento en que quedara firme o consentido el decisorio.

Contra dicha decisión, ambas partes interpusieron recursos de apelación.

La actora expresó que la agraviaba lo decidido en relación con el rechazo de la acción de inconstitucionalidad y el inmediato levantamiento de las medidas cautelares.

El Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), manifestaron que el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa y la imposición de las costas en el orden causado les causaba un gravamen irreparable.

Ante la interposición de los mencionados recursos, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con fecha 17 de abril del corriente año, dictó sentencia en estos autos, de la que se ha dado cuenta en los considerandos 1º y 2º de esta sentencia.

#### **I.4. Trámite de la causa en esta Corte.**

9º) Que, llegados los autos a esta Corte en virtud de los recursos mencionados y desarrollados en los considerandos 3º y 4º de la presente, el Tribunal ordenó su remisión a la Procuración General de la Nación. La señora Procuradora General emitió su dictamen, con fecha 12 de julio de 2013, en el que entendió que correspondía declarar la procedencia de los recursos interpuestos y revocar la resolución recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. 'c' y párrafo final; ap. 2, incs. c y d y párra-

fo final; ap. 3, en su totalidad; y ap. 1, inc. 'b', en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, de la LSCA, así como también respecto del reconocimiento anticipado de daños a la parte actora, y confirmarla respecto de las restantes cuestiones.

Con posterioridad esta Corte llamó a una audiencia pública informativa, que tuvo lugar los días 28 y 29 de agosto. En dicho acto doce *amicus curiae* expusieron sus puntos de vista, y las representaciones letradas de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia.

**II. Tratamiento de los asuntos sometidos al examen de esta Corte.**

**II.1. El marco normativo nacional e internacional de la cuestión sometida a debate**

10) Que respecto de la cuestión sometida a debate y el marco normativo, tanto nacional como internacional, como también de los distintos informes y documentos que precisan su alcance y en los cuales corresponde enmarcar la decisión de esta Corte, en orden a la brevedad me remito al exhaustivo desarrollo de los considerandos 3º a 19 del voto del juez Petracchi.

**II.2. La genealogía y larga gestación de la ley 26.522**

11) Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que la ley cuestionada surge como resultado de un largo y accidentado proceso, en cuyo curso se fue poniendo de manifiesto la urgente necesidad de un marco regulatorio acorde con las enseñanzas de la legislación comparada, con el consiguiente establecimiento de medidas antimonopólicas adecuadas a las particularidades de la materia.

En efecto: la regulación de la radiodifusión y las disposiciones antimonopólicas tienen una larga historia. La primera ley en el ámbito de las comunicaciones fue la ley nº 750

-conocida como de Telégrafos Nacionales- sancionada en 1875, durante la presidencia de Nicolás Avellaneda. Hasta 1924, más allá de autorizaciones y disposiciones particulares, la radiofonía aficionada y luego las primeras radios se rigieron por esta norma.

El primer decreto específico de *broadcasting data* del 27 marzo de 1924, durante la presidencia de Marcelo de Alvear, que en los albores mismos de la radiotelefonía reglamentó las licencias. Cuatro años más tarde, el 21 de noviembre de 1928 el Estado decidió que el servicio estuviera fiscalizado por una única autoridad, que fue la Dirección de Correos y Telégrafos. Durante la segunda presidencia de Hipólito Yrigoyen, el decreto del 10 de abril de 1929 reglamentó en el ámbito nacional el servicio de radiodifusión.

La ley 11.581 del 16 de mayo de 1932 impuso el pago de un derecho anual por el uso de las ondas. El 3 de mayo de 1933 se sancionó el decreto reglamentario nº 21.044, que reguló el servicio entre 1933 y 1946. Este decreto, entre otras cosas, contenía una clara limitación antimonopólica, pues no aceptaba la transferencia de licencias total o parcial en favor de otro concesionario en la misma zona de influencia, debiendo los adjudicatarios dar cuenta a la autoridad de sus antecedentes personales y su solvencia económica.

En la década de 1940, los medios de comunicación radiofónica ya tenían una alta incidencia en la sociedad, por lo que el gobierno militar de Edelmiro Farrell hizo hincapié en la regulación de contenidos principalmente dictando el denominado "Estatuto Profesional del Periodista" (decreto nº 7618) y el "Manual de Instrucciones para las Estaciones de Radiodifusión" (decreto nº 13.474), otorgando, a la vez, la primera licencia para el establecimiento de la televisión.

En 1946, en la primera presidencia de Juan D. Perón, se dictó la ley 12.906 que reprimía los monopolios y se modificó el Estatuto del Periodista Profesional (ley 12.908)

El 17 de octubre de 1951 se inauguró oficialmente el servicio de televisión en la Argentina y en 1953 se sancionó la ley 14.241, reglamentada por el decreto 25.004, que fue la primera ley de radiodifusión. Cabe hacer notar que en el curso de nuestra historia -hasta la sanción de la actual ley 26.522-, fue la única ley de radio y televisión integral sancionada por un gobierno constitucional.

Esta ley fue derogada por el decreto-ley 15.460 de 1957, al que se conoció como "Ley Nacional de Radiodifusión y Televisión". Conforme a ese decreto-ley los permisionarios sólo podían ser titulares de una licencia de radiodifusión y de una de televisión. Diez años más tarde, en 1967, la llamada ley 17.282 autorizó a las repetidoras, aunque también contenía disposiciones restrictivas.

En 1972 se sancionó la llamada ley 19.798 (Ley Nacional de Telecomunicaciones), luego modificada por la llamada ley nº 20.180 en 1973, que a su vez fue derogada parcialmente en octubre de ese mismo año por el decreto nº 1.764. Junto con el dictado de este último decreto se declaró la caducidad de algunas licencias de televisión en la Capital Federal, Mendoza y Mar del Plata.

Finalmente, la dictadura autodenominada *Proceso de Reorganización Nacional* primero dictó el llamado *Plan Nacional de Radiodifusión* y luego, en 1980, sancionó la llamada ley 22.285, reglamentada por el decreto nº 286 de 1981, que fue la nueva ley nacional en la materia, estableciendo el COMFER —aunque éste se había originado en la llamada ley nacional de telecomunicaciones, 19.798, de 1972.

El gobierno constitucional del Dr. Raúl Alfonsín, por decreto 1151/84, suspendió la aplicación del plan nacional y de todo concurso público hasta tanto se sancionara una nueva ley de radiodifusión. A tal efecto remitió al Congreso un proyecto, basado en el trabajo del Consejo de Consolidación de la Democracia. Luego insistió con otro modificatorio de la ley 22.285 an-

tes de culminar su presidencia. Ninguno de ambos proyectos fue considerado.

Durante el gobierno siguiente, en 1989, se dictaron sucesivas normas de emergencia (decretos números 528, 535) y la ley 23.696 (reforma del Estado) que facultaron al Poder Ejecutivo para regular la situación de las múltiples emisoras que operaban fuera de todo contexto, hasta tanto se sancionara una nueva ley de radiodifusión. También se abrió el camino hacia la privatización de señales radiales y televisivas. En función de esta ley se sancionaron decretos reglamentarios y modificatorios y se convocaron concursos. Por otra parte, se modificó la llamada ley 22.285 y se derogó la prohibición de la propiedad cruzada —restricción entre titulares de medios gráficos y audiovisuales—, de la exclusividad de actividad radiodifusora como objeto social del licenciatario y del límite de veinte personas físicas como integrantes de las sociedades, lo que facilitó la concentración de medios. El único límite que mantuvo fue la cantidad de licencias en una misma zona.

En 1997 se conoció un dictamen de comisión sobre un proyecto que limitaba el ingreso de capital extranjero y de las empresas telefónicas al mercado de medios, que no prosperó. En 1998 se permitió la transferencia de acciones de licenciatarios, aunque no hubiesen transcurrido cinco años desde la concesión de la licencia y también —mediante resolución administrativa del COMFER— se estableció un régimen de sanciones a licenciatarios. Si bien el Ejecutivo de aquel momento se comprometió en varias oportunidades a modificar la ley de radiodifusión de la última dictadura, ésta no fue modificada íntegramente y ninguno de los proyectos presentados en el Congreso sobre el tema fue sancionado.

Durante la campaña electoral de 1999, los principales candidatos destacaron enfáticamente la necesidad de una nueva ley y criticaron fuertemente la entonces vigente.

En setiembre de aquel año, el decreto de necesidad y

urgencia 1005 modificó puntos claves de la ley, autorizando la titularidad de hasta veinticuatro licencias, en lugar de las cuatro de la ley anterior; también autorizaba la habilitación de redes y cadenas y las transferencias. La oposición lo criticó y pidió derogarlo, destacando la necesidad de una nueva ley.

A principios de 2000, el nuevo gobierno anunció una convocatoria a efectos de elaborar un nuevo proyecto, que se presentó seis meses más tarde, con límites para la adjudicación de licencias, lo que motivó protestas y críticas contra las limitaciones antimonopólicas, que determinaron la interrupción de su tratamiento. En 2001 el Poder Ejecutivo creó el Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado (decreto 94) y luego envió al parlamento, mediante el decreto 628, un nuevo proyecto de ley integral de radiodifusión para remplazar la ley 22.285, que tampoco tuvo éxito.

En mayo de 2003 un decreto autorizó a las provincias y a los municipios a tener emisoras propias. En noviembre de 2004 se aprobó una modificación que permitió a las cooperativas y mutuales ser titulares de licencias. Finalmente, en 2008 se inició el proceso de elaboración y sanción de la presente ley.

Queda por ende, demostrado, que esta ley no surge como un brote aislado, sino que es un momento más en un largo y complicado curso legislativo, iniciado hace noventa años y jalónado por múltiples proyectos e iniciativas, después de un consenso muy amplio acerca de la necesidad de superar la regulación de una ley *de facto* y de sus inconsultas y contradictorias reformas.

#### **II.3. Cuestionamientos formulados a la ley.**

12) Que, conforme a los antecedentes y al marco normativo, como así también a los instrumentos e informes antes señalados, corresponde examinar los cuestionamientos formulados a la ley, en cuanto a la constitucionalidad y convencionalidad de los dispositivos que han sido materia de agravio ante esta Cor-

te.

Entiendo que el impecable desarrollo que lleva a cabo el voto del juez Petracchi me exime de la redundante tarea de insistir en aspectos que han sido expuestos con toda claridad y precisión jurídica, teniendo en cuenta que cualquier reiteración innecesaria, en lugar de ampliar, esclarecer o perfeccionar los argumentos, es susceptible de opacar su transparencia. Por tal razón, remitiré a las partes pertinentes de su voto.

**II. 3. (i) Objetivos y fines declarados por la ley**

13) Que respecto del diseño de la ley 26.522 y de sus objetivos e intereses, así como de las características del mercado argentino de medios audiovisuales, en razón de brevedad me remito a los considerandos 21 a 25 del voto del juez Petracchi.

**II. 3. (ii) Las restricciones contenidas en el artículo 45 de la LSCA.**

14) Que en relación con los agravios expresados por las partes respecto de la decisión del a quo referida a las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522, por las razones ya expresadas me remito a los considerandos 26 a 32 del voto del juez Petracchi.

**II. 3. (iii) La regulación de la transferencia de licencias del artículo 41 de la LSCA.**

15) Que en cuanto a la cuestión referida a la validez del artículo 41 de la ley 26.522, que estatuye el régimen de transferencia de las licencias, por igualas razones de brevedad me remito al considerando 33 del voto del juez Petracchi.

**II. 3. (iv) El plazo de adecuación a la ley previsto en su artículo 161.**

16) Que respecto de la adecuación a las nuevas disposiciones normativas, y el plazo respectivo, dispuestos en el artículo 161 de la ley 26.522, me remito al considerando 34 del

voto del juez Petracchi.

**II. 3. (v) La alegación del régimen de multiplicidad de licencias de la ley como derecho adquirido (artículo 48, segundo párrafo, de la LSCA).**

17) Que en relación con la prohibición de alegar el régimen de multiplicidad de licencias previsto en la ley 26.522 como derecho adquirido frente a otras normas, dispuesto en el segundo párrafo de su artículo 48, me remito al considerando 35 del voto del juez Petracchi.

**II. 3. (vi) Los restantes agravios.**

18) Que para responder a los restantes agravios, referidos a la afectación de derechos adquiridos y del derecho de igualdad, alegados por la actora, así como al prejuzgamiento del a quo acusado por la demandada, me remito a los considerandos 36 a 38 del voto del juez Petracchi.

**II. 3. (vii) Otras precisiones.**

19) Que, por las razones expresadas por el juez Petracchi, comparto la necesidad y pertinencia de realizar algunas precisiones en relación a la causa, para las cuales me remito al considerando 39 del voto del citado Ministro de este Tribunal.

**III. La dimensión cultural como cuestión constitucional.**

20) Que sin perjuicio de lo expuesto, creo menester agregar a lo dicho que, en síntesis —y tal como lo señaló esta Corte en una de las oportunidades en que decidió acerca de la medida cautelar (considerando 7º)—, el vínculo entre el derecho a informar y la ley cuestionada parece establecerlo la demandante en la previsible disminución de su renta. Dado que la disminución de la renta no le permitiría sostener el mismo volumen de operaciones, considera que esto lesiona su sustentabilidad y con ello su derecho a informar. La sustentabilidad que se lesionaría sería la del actual volumen operativo en el mercado. Esta es la consecuencia natural de la vigencia de cualquier disposición an-

timonopólica o de desconcentración (sin perjuicio de la eventual responsabilidad estatal que pudiera surgir como resultado de actos lícitos del propio Estado), pero siguiendo el curso de lo planteado por la actora, el corolario sería la inconstitucionalidad de cualquier disminución de renta de una persona jurídica dedicada a esa actividad, haciendo constitucionalmente inviable toda regulación antimonopólica específica en esta área.

Esta inadmisible consecuencia muestra que la línea argumental, por mucho que se la solape, se deriva como desprendimiento parcial y acotado de las viejas doctrinas contrarias a toda disposición antitrust (*Sherman Act* de 1890; *Clayton Act* y *Federal Trade Commission Act* de 1914), esgrimidas hace más de un siglo en Estados Unidos, para las cuales la concentración era el resultado de una ley natural y, por lo tanto, se hacía inevitable en una economía de mercado (por ejemplo, William W. Cook, *The Corporation Problem*, Putnam, 1891, cit. por Horwitz). Esta vieja tesis —a su vez— formaba parte en su tiempo de un universo discursivo más amplio, conforme al cual toda norma que pretendiera alguna redistribución de renta sería *socialismo o subversión de valores*. Tal fue la tesis que impidió durante décadas una tasa impositiva progresiva en los Estados Unidos (la famosa sentencia *Pollock* de 1895) y que hace más de un siglo dio base a toda la resistencia judicial a las leyes antitrust (cfr. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992).

No se oculta el sentido de resistencia a la intervención antimonopólica con el argumento de que se trata de una ley de esta naturaleza aunque especial. Lo es, sin duda, dadas las particularidades de la actividad que regula. Con razón se sostiene que no se trata de disposiciones antimonopólicas referidas sólo a cuestiones que hacen a la competencia, sino nada menos que al derecho a la información plural.

No cabe duda que la información plural es imprescindible para el funcionamiento del sistema democrático, como lo

destaca el dictamen de la Procuración, lo que ha dado lugar a las múltiples regulaciones y disposiciones antimonopólicas, de las que da sobrada cuenta la legislación comparada.

Desde la aparición de la radiotelefonía se cobró conciencia de la importancia de los medios audiovisuales para la vida democrática: inmediatamente después de la crisis mundial de 1929 lo reconoció y la utilizó Roosevelt, pero también Hitler para destruirla. El vertiginoso desarrollo tecnológico de las décadas siguientes fue potenciando su incidencia en la vida política. La aparición de la televisión determinó un salto cualitativo y cuantitativo, que no pudieron pasar por alto las democracias más desarrolladas del mundo.

21) Que no obstante lo señalado en el considerando anterior, estimo que por importante que sea este efecto condicionante de los medios audiovisuales, sería jurídica y constitucionalmente falso deducir la necesidad de evitar su monopolización sólo a partir de sus efectos negativos en el plano de la democracia política, pues los medios audiovisuales trascienden con mucho este aspecto y su regulación hace también a otra cuestión constitucional más profunda, que es la dimensión cultural de la materia que se discute. Si bien no ha sido parte de la discusión, dada su fundamental trascendencia, estimo que esta Corte, como cabeza de un Poder del Estado, no puede pasarla sin mención, toda vez que la cuestión cultural hace a la existencia y coexistencia de todos los habitantes de la Nación, lo que si bien no implica ninguna ponderación o *Erwägung* de principios y valores, indica la real dimensión jurídica y social de la cuestión a decidir.

Si bien para los antropólogos la palabra cultura abarca casi todo lo humano, y si en el lenguaje corriente, por el contrario, suele señalar al arte y a la literatura, en sentido sociológico —más allá de las disparidades de escuelas y de las dificultades para distinguirla de civilización (que tiene un contenido más instrumental o tecnológico)— puede suscribirse la

afirmación de que la cultura consiste en los valores que comparten los miembros de un grupo determinado, en las normas que respetan y en los bienes materiales que producen, lo que incluye los modos de vestir, las costumbres sentimentales, la vida familiar, los modelos de trabajo, las cuestiones religiosas y el uso del tiempo libre (Anthony Giddens, *Sociología*, Il Mulino, 1998, pág. 37). Es para los sociólogos –incluso los más tradicionales– el reino de los valores, los estilos, las adhesiones emocionales, las aventuras intelectuales (R. M. MacIver-Charles H. Page, *Sociología*, Tecnos, Madrid, 1961, pág. 523). Se trata, pues, del conjunto valorativo y normativo, que incluye ética, mores, costumbres, sentimientos, etc., que determina la concreta forma de interacción de los miembros de un grupo humano y define sus roles en todos los aspectos.

Pues bien: una Constitución no es un mero texto escrito, sino que vive, dado que su programa se realiza en el curso del tiempo. Si se pretende que ese texto viva –sin quedarse en el mero plano de un deber ser o programa irrealizado–, debe estar inserto en la cultura del pueblo que lo adopta y en constante interacción con ella. Sólo de este modo puede aspirar a ser la coronación de un orden que permita y facilite la convivencia humana pacífica (o lo más pacífica posible). Una Constitución que reúna estos requisitos debe recoger las experiencias históricas y, por ende, operar acorde con la cultura de un pueblo. Los objetivos de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, no podrían alcanzarse con una Constitución incompatible con la cultura del pueblo que la adopta.

Con razón se recuerda a Smend: *Cuando dos constituciones dicen lo mismo, no es lo mismo*. Esta paradoja se desprende de que cada una tiene su propio contexto cultural, como lo destaca en el constitucionalismo contemporáneo el concepto de Constitución como cultura (Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, 2006, pág. 11; *El Estado Constitucional, As-*

treia, 2007, pág. 80; *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, 1997, pág. 13; *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, 1999, pág. 239) y, de alguna manera, desde su particular visión trialística, lo señalaba en nuestra doctrina Bidart Campos, al considerar como parte de la ciencia del derecho constitucional a la jurística sociológica (Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, 2003, T. IV, pág. 18).

No puede ser de otra manera, porque el Estado de Derecho también es un producto cultural, que hace trescientos años no existía, pues no se conocía la división de poderes y se mantenía la esclavitud, la tortura, la servidumbre, el absolutismo monárquico, la división de la población por estamentos y otros residuos feudales. Este producto cultural que es el Estado de derecho, que se origina apenas a fines del siglo XVIII y en el siglo XIX, sólo puede sostenerse en el marco de la cultura plural que ha permitido su creación y que ha dado pie a su perfeccionamiento a medida que avanzaba su pluralismo.

Nuestra cultura es esencialmente plural, pues somos un Pueblo multiétnico; nuestra Constitución no aseguró los beneficios de la libertad sólo para nosotros, sino también para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino. Y por cierto que fueron muchos los que quisieron habitarlo: hombres y mujeres, por supuesto. Los sobrevivientes de los masacrados pueblos originarios, gauchos mestizos, oligarquías con aspiraciones aristocráticas, clases medias en pugna por ascender, clase trabajadora concentrándose industrialmente en migración interna, población europea transportada masivamente, inmigrantes de países hermanos, colectividades de los más lejanos países del planeta, refugiados de todas las persecuciones, *Welttanchauungen* por entero diferentes, todo convive en nuestro Pueblo, interactúa cotidianamente, dinamiza nuestra sociedad, y esa convivencia se convierte en coexistencia y va configurando nuestra cultura, tal vez incluso como el ensayo o adelanto de una forma de coexistencia planetaria, menos problemática y violenta

que la actual.

En la misma línea generosa del texto originario incorporamos los instrumentos universales y regionales en el inc. 22 del artículo 75. En esta cultura nació y opera nuestra Constitución -o tratamos de hacerla operar- en pos de los fines señalados en el Preámbulo. Pero nadie puede poner en duda que los medios audiovisuales son hoy *formadores* de cultura. No sólo se trata de la *creación de realidad* explicada en un clásico de la sociología fenomenológica (Peter Berger - Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, 1986), sino de la propia *creación de valores*.

Es innegable que los medios audiovisuales tienen una incidencia decisiva en nuestros comportamientos, en los miedos, en los prejuicios, en toda la vida de relación entre los humanos. Son los medios audiovisuales -más que la prensa- los que nos deciden a salir con paraguas porque amenaza lluvia, pero también los que fabrican amigos y enemigos, simpatías y antipatías, estereotipos positivos y negativos, condicionan gustos, valores estéticos, estilos, gestos, consumo, viajes, turismo, ocio, espectáculos, deporte, entes envidiables o despreciables, vestimenta, modas, usos, sexualidad, conflictos y modo de resolverlos, y hasta las creencias, el lenguaje mismo y, al incidir en las metas sociales -en el sentido de Robert Merton-, también determinan los propios proyectos existenciales de la población. Para cualquier escuela sociológica, fuera de toda duda, esto es *configuración de cultura*.

Ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios. Constitucionalmente, estaría renunciando a cumplir los más altos y primarios objetivos que le señala la Constitución y que determinan su efectiva vigencia, que hacen que sus palabras sean en ella misma de conformidad con su contexto, pues le arrebataría el contexto. De esta guisa, estaría restándole a la Constitución su propio soporte cultural, del que surge, se

desarrolla, vive y necesita para la realización de su programa.

La homogenización de nuestra cultura a través de la monopolización de los medios audiovisuales, sería la destrucción de nuestro pluralismo, como lo es cualquier uniformización, por definición antípoda de la igualdad republicana y democrática. El derecho a ser diferente quedaría a merced de los intereses pecuniarios —o de cualquier otro orden— de los grupos económicos dominantes. Y en nuestro caso el derecho a ser diferente es mucho más importante, precisamente, porque todos nosotros somos muy diferentes y nuestra cultura, la que todos vamos creando día a día, es la que nos permite coexistir en la diferencia.

Por ende, no se discute en estos autos una cuestión meramente patrimonial, dado que el derecho de propiedad queda a salvo en caso de probarse daños emergentes de actos lícitos del Estado; tampoco se agota la discusión en torno a los derechos de información ni de expresión que, por otra parte, no están lesionados por esta ley. Lo que en el fondo se discute —apelando a tesis descartadas hace más de un siglo en su país de origen— es si se deja o no la configuración de nuestra cultura librada a la concentración de medios en el mercado. Jurídicamente, permitirlo sería una omisión constitucional, porque lesionaría el derecho a nuestra identidad cultural.

Si un argumento falta para juzgar la necesidad de establecer cuotas y límites y para explicar su relativo e inevitable arbitrio, lo proporciona la dimensión de lo que está en juego en estos autos.

Permitir la concentración de medios audiovisuales, renunciando a una regulación razonable, que puede discutirse o ser todo lo perfectible que se quiera, pero que en definitiva no se aparta mucho de lo que nos enseña la legislación comparada (a veces más limitativa, como respecto de la prohibición de propiedad cruzada), en estos tiempos de revolución comunicacional y más aún con nuestras características, sería simple y sencillamente un suicidio cultural.

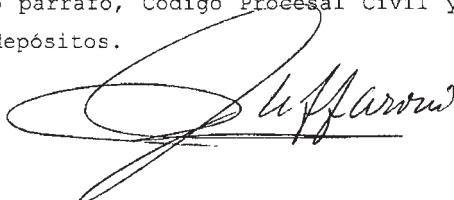
Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1º) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.

2º) Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso "c" y párrafo final; apartado 2, incisos "c" y "d" y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso "b", en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.

3º) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

Notifíquese, agréguese las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase. Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas en autos (artículo 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial). Reintégrese los depósitos.



E. RAUL ZAFFARONI

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. interpusieron la acción prevista por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en procura de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 –segundo párrafo–, 161 y concordantes de la ley 26.522 y la inaplicabilidad de dichas disposiciones respecto de las licencias y señales de las que resultaban ser titulares al momento de promulgarse la norma, con expresa imposición de costas (fs. 63/97).

En sustancial síntesis:

a) Postularon que el artículo 41 afecta la libertad de comercio y el derecho de propiedad, al prohibir sin fundamento alguno la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de las sociedades titulares de licencias, así como la transferencia de éstas.

b) Con referencia al artículo 45, expresaron que establece un régimen de multiplicidad de licencias cuyos límites desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, esas restricciones afectan directamente la independencia de las demandantes así como la libertad de prensa y expresión que les asegura la Constitución Nacional.

A tal efecto, en su presentación realizaron un detallado examen de sus disposiciones.

b) I.) Con relación al apartado 1, inciso a, sostuvieron que la norma los coloca en desventaja competitiva frente al único operador de TV satelital de propiedad extranjera, por cuanto éste puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la TV por cable requiere múlti-

ples licencias locales para proveer los mismos servicios.

Añadieron que la norma impugnada establece, asimismo, un tratamiento desigual respecto del Estado, que a través de sus empresas puede acumular el servicio de TV satelital con el resto de los servicios previstos en la ley.

b) II.) Respecto del mencionado apartado 1, pero acerca del inciso b, afirmaron que no existe justificación para incluir en la limitación que establece a las señales de televisión paga, toda vez que no ocupan espacio radioeléctrico alguno, por lo que la restricción constituye una medida distorsiva que afecta la propiedad y la libertad de expresión, sin beneficios colaterales que puedan justificarla. Arguyeron que el límite máximo de diez licencias que ocupan espacio radioeléctrico es arbitrario y caprichoso, además de que no condice con la legislación internacional en la materia.

b) III.) Afirman que el inciso c del mismo apartado 1, restringe el aprovechamiento de las economías de escala y densidad que son inherentes a la industria de la TV por cable, lo cual impedirá la reducción de costos que podría obtenerse mediante el incremento del número de suscriptores y, por ende, impedirá una disminución de los precios pagados por los abonados.

Adujeron que la restricción genera efectos adversos sobre la industria de medios, y el desarrollo y despliegue de la banda ancha. Ello ocurre del modo indicado, por cuanto puede provocar que ciertos operadores se repartan los mercados y limiten la competencia en las zonas comunes, con lo cual las empresas carecerán de incentivos para reducir sus precios o mejorar la oferta de canales y servicios a fin de atraer más clientes.

Objetaron por arbitrarios los rangos de participación establecidos por la ley, por no estar basados en un análisis de mercado que revele una distorsión competitiva. Agregaron que la restricción debilitará a competidores en el mercado de internet, como son las empresas de TV por cable, al verse afectada la

oferta en paquete de servicios. En tal sentido, aseveraron que la infraestructura de cable será subutilizada, se tornará ineficiente y recaerá sobre los costos de los servicios afectando los precios al consumidor.

b) IV) En lo atinente a las limitaciones en el orden local establecidas en el apartado 2 del artículo 45 de la ley, señalaron que la restricción es irrazonable desde el punto de vista de la competencia y genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores, por cuanto elimina el doble margen. Ello era así, por cuanto las señales de televisión abierta y el sistema de distribución de canales por cable son servicios complementarios y, por lo tanto, cuando dos empresas que los proveen se integran, internalizan sus decisiones de precios, y el resultado es beneficioso para el consumidor final.

b) V) En lo que hace al apartado tercero (señales), adujeron que la norma restringe la integración vertical entre productores de contenidos de TV y las empresas distribuidoras de TV por suscripción (cable y satélite), límite que afecta los incentivos de las empresas por cable a expandir sus servicios y que las obliga a pagar un mayor precio por los contenidos, con el consiguiente perjuicio que ello irroga a los consumidores. Adujeron que la norma impide la reducción de los costos de transacción y el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existentes en la producción de contenidos.

Concluyeron en cuanto a esta cláusula afirmando que el artículo 45 les causa un gravísimo e irreparable daño patrimonial y configura un flagrante atropello a sus derechos de propiedad, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y prensa, lo que no guarda ningún correlato con un beneficio para el público, que también se ve perjudicado dado que la irracionalidad económica del precepto privará a gran parte de la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos, de acceso a una información variada, independiente e imparcial e incluso de servicio audiovisual alguno. Y por tales

motivos, prosiguieron, tampoco estimulará la competencia ni beneficiará a los consumidores con una reducción del precio de los servicios.

c) Sostuvieron que el artículo 161 las obliga a desprendérse de activos estratégicos en el irrisorio plazo de un año, provocándoles un gravísimo e irreparable daño patrimonial. Señalaron que sus licencias, después de ser prorrogadas por diez años mediante decreto de necesidad y urgencia nº 527/05 –ratificado por la Cámara de Senadores– vencen casi en su totalidad a fines de la década de 2020, por lo que con tal proyección hicieron sus planes de negocios, que incluyen enormes inversiones como su fondeo en el mercado de capitales. Arguyeron que la norma impugnada desconoce tal situación, por cuanto altera unilateral, retroactiva y perjudicialmente los alcances de su titularidad, sin ofrecer indemnización alguna, obligándolas a vender activos vitales para su continuidad empresaria en condiciones negativas.

d) Arguyeron que el segundo párrafo del artículo 48 es inconstitucional, pues configura una amenaza para sus derechos adquiridos que cuentan con tutela constitucional, al negarle la posibilidad de invocarlos frente a arbitrariedades actuales o futuras.

e) Añadieron que no reconocen la constitucionalidad de los artículos y efectos de la ley 26.522 no cuestionados en la demanda, efectuando reserva de ampliarla o iniciar una acción por separado por los daños y perjuicios que les puede haber causado o los que les irrogue en el futuro.

Sostuvieron que el atropello a sus derechos de propiedad y libertad de comercio es instrumental para restringir su libertad de prensa y expresión, como medios de comunicación independientes. Al respecto, expresan que las restricciones que impone el artículo 45 a la multiplicidad de licencias hace imposible la subsistencia de medios de comunicación libres e independientes, con alto grado de penetración y difusión territorial.

rial.

Enfatizaron que la aplicación del artículo 45 en función de lo dispuesto por el artículo 161, conducirá a que en el exiguo plazo de un año deba transferir su activos a precio vil a quienes gocen del beneplácito de la autoridad de aplicación.

Se explayaron sobre esta línea argumental después de explicar la conformación del Grupo Clarín y el concreto perjuicio que, en su comprensión, les irroga la normativa impugnada. Alegaron que la cuestión reviste gravedad institucional porque, además de afectar los derechos de propiedad y la libertad de comercio, la norma tiene como objetivo limitar la libertad de expresión.

2º) Que las actoras ampliaron la demanda por los daños y perjuicios derivados de la sanción y promulgación de la ley 26.522, los que debían adicionarse a los que se mencionaron en el escrito inicial como producidos por la aplicación de los artículos 45 y 161 de la norma (fs. 125/126).

Manifestaron que el menoscabo ya se ha devengado y se verifica con la imposibilidad de acceso al crédito y financiamiento con motivo de la situación de incertidumbre que ha generado la ley, lo que le impide tomar fondos para realizar inversiones en una mejor y más avanzada tecnología. Expresaron que sus competidores inmediatos tienen acceso al crédito, lo que les permite tener una ventaja para ofrecer mejor tecnología a sus abonados. Arguyeron que otro daño que causa la falta de acceso al crédito es la posibilidad de refinanciar la deuda existente a una tasa más conveniente, exemplificando en ese sentido.

Señalaron que el daño es indeterminado y resultaría de la prueba a producirse.

3º) Que el Estado Nacional se presentó a fs. 486/590 y opuso las excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación para obrar respecto de dos de las actoras. La declinatoria fue rechazada mediante resolución firme (fs. 890,

924/925); el tratamiento de la segunda, tras su sustanciación, fue diferido para el momento de dictar sentencia por no ser manifiesta.

a) Esa defensa preliminar fue fundada en que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A., a la fecha de promulgación de la ley 26.522, no eran titulares de licencias o señales en los términos de la ley 22.285, ni socios o accionistas de ninguna empresa licenciataria, por lo que carecían del carácter que invocaban para excitar la jurisdicción del tribunal.

El Estado Nacional expresó que las demás coactoras, cuya situación examinó, carecían de agravio que justificase incoar la acción. En tal sentido, señaló que Multicanal S.A. generó procesos de reorganización societaria y de fusión por absorción con arreglo a lo dispuesto por los artículos 82 y 83 de la ley 19.550 por parte de la litisconsorte Cablevisión S.A., que dio como resultado la situación de infracción al régimen de multiplicidad de licencias reglado por la ley 22.285, lo que motivó el dictado de la resolución nº 577-COMFER/09 que dio por concluido el proceso. Manifiesta que ello, con arreglo al citado artículo 82 del ordenamiento societario, provocaría la extinción de las licencias de radiodifusión oportunamente otorgados por imperio del artículo 53, inciso f, de la citada ley 22.285, ordenamiento que se invoca para fundar la presunta existencia de derechos adquiridos.

Añadió que Cablevisión S.A. tampoco era titular de derechos adquiridos bajo el régimen derogado y el decreto de necesidad y urgencia nº 527/05, expresando sus consideraciones para fundar esa afirmación.

Manifestó que Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. es licenciataria de un servicio de televisión abierta y Radio Mitre S.A. es titular de servicios de comunicación radiofónico. Sobre esa base, sostuvo que al no existir agravio no se verifica respecto de ellas la existencia de un caso o causa judicial en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de

la ley 27, porque la ley 26.522 no afecta las relaciones de dichas litisconsortes con la administración. De ahí, pues, que en su opinión no concurrián en la especie los extremos previstos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A todo evento, contestó demanda. En sustancial síntesis:

b) Expresó que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia es de carácter administrativo y no se asemeja al derecho de propiedad sino que se trata del otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta.

Sostuvo que las demandantes no acreditaron haber dado cumplimiento a las exigencias del decreto de necesidad y urgencia nº 527/05, lo que impedía alegar cualquier tipo de derecho o agravio basado en las normas atacadas. Manifestó que el citado decreto constituye una de las herramientas legales que torna razonables y aplicables las disposiciones del artículo 161 de la ley 26.522, y que el grupo actor adoptó conductas contradictorias sobre el particular pues algunas de las sociedades que lo componen obtuvieron prórrogas y desistieron posteriormente de muchas de esas licencias o extensiones.

Respecto de las licencias de servicios complementarios cuya titularidad invocan Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Teledigital Cable S.A., expresó que mediante la resolución nº 557-COMFER/09 se denegó el pedido de fusión por absorción solicitado por la primera de aquellas empresas, con sustento en que infringía lo dispuesto por el artículo 43, inciso b, de la ley 22.285. En función de ello, postuló que la actora no sólo no era titular de las licencias invocadas, sino que tampoco pudo serlo con arreglo al régimen anterior.

Sostuvo que las afirmaciones de la actora relativas a

que el régimen de multiplicidad de licencia es irrazonable desde el punto de vista económico y de defensa de la competencia, carecen de sustento.

b) I) Afirmó que no existe trato discriminatorio entre la TV satelital y la TV por vínculo físico. A tal efecto, expresó que esa situación ya estaba contemplada por la ley 22.285, pero con la diferencia de que la ley 26.522 les imponía a ambas el límite del 35% del total de abonados a los servicios por suscripción, y declara la incompatibilidad absoluta entre ambas.

Justificó las menores restricciones impuestas al Estado Nacional con sustento en que los servicios prestados por éste cumplen una función social en razón de ser gratuitos y universales, y los valores que debe promover con arreglo al artículo 121 de la ley.

Refutó el argumento de la actora relativo a los beneficios para los usuarios que se derivarían del ahorro en costos medios de la integración de las licencias entre sí. Para ello, hizo referencia al contenido del dictamen N° 770/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y afirmó que ese ahorro que se denuncia puede no trasladarse al usuario, con lo cual sólo se beneficia a la empresa.

b) II) Con relación al artículo 41 sostuvo que el legislador buscó dotar de mayor transparencia al régimen de licencias. Manifestó que ni el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) ni la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) habían otorgado licencia alguna al "Grupo Clarín S.A.".

Adujo que no media lesión a la libertad de comercio, por cuanto las licencias debido a su naturaleza no son susceptibles de comercialización ni pueden ser objeto de propiedad.

Afirmó que, en realidad, las actoras persiguen que se las exima del cumplimiento de las normas y no se saneen las

irregularidades en que incurrió, desconociéndose no sólo el régimen de licencias sino también las razones de interés público que la regulación contempla. Añadió que el régimen jurídico al que se sometieron las demandantes sella la suerte de su pretensión, y que nunca pudieron invocar derechos adquiridos en forma perpetua, ni que los derechos acordados no quedaban subordinados al cambio de las condiciones en los que fueron originariamente concedidas las licencias. Más aun, cuando ni siquiera cumplieron las condiciones básicas para ese reconocimiento, según ellas misma tuvieron ocasión de admitir en forma pública ante la Comisión Nacional de Valores.

b) III) Con relación al artículo 161 de la ley 26.522, expresó que el plazo de un año previsto por aquel precepto fijó el 9 de septiembre de 2011, en virtud de lo dispuesto por la resolución nº 297/10 de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, por lo que todo daño originado por la norma sólo podría haberse configurado –por vía de hipótesis– a partir de dicha fecha, circunstancia demostrativa de que al tiempo de la interposición de la demanda resultaba meramente conjetal.

Resistió el reclamo de daños con sustento en que las conductas empresariales desacertadas fueron las que llevaron a las actoras a la situación de vulnerabilidad que acusa frente a la vigencia de la nueva legislación, lo que quiebra el nexo de causalidad entre el obrar del Estado y el supuesto daño o afectación al derecho.

4º) Que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) se presentó en la causa y solicitó tomar intervención como tercero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 90 y 91, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de hacer valer derechos propios relacionados con el objeto del presente litigio. Como presupuesto, sostuvo que dado su carácter de autoridad de aplicación de la ley 26.522 le asistía un interés legítimo para ser tenida por

parte, en la medida en que la sentencia a dictarse en la causa era susceptible de afectar su competencia de modo directo, circunstancia que incluso justificaba su aptitud para haber sido demandada directamente (fs. 2895/2897).

Dicha petición fue admitida por el juez de primera instancia, con sustento en que el peticionario es un organismo autárquico y descentralizado, distinto e independiente del Poder Ejecutivo Nacional. Destacó el magistrado que la propia actora solicitó que se notificara a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual la medida cautelar dictada en autos y ulteriormente denunció su incumplimiento por parte de esta agencia, todo lo cual demostraba que la peticionaria no era ajena al proceso y que la pretensión pudo haber sido dirigida derechosamente contra ella (fs. 3071/3076).

5º) Que la sentencia de primera instancia (fs. 3204/3232) desestimó la excepción de falta de legitimación activa y rechazó la demanda.

a) En lo relativo a la mencionada defensa, sostuvo que los actores contaban con un interés jurídico suficiente. Ello era así, por cuanto más allá de la situación reglamentaria bajo la que se encontraban, lo decisivo era que Cablevisión S.A. y Teledigital Cable S.A. desempeñaban de hecho una actividad que se veía alcanzada por la nueva ley; además, respecto de la pretensión indemnizatoria deducida, existía correspondencia lógica entre el derecho deducido en juicio y las personas que lo hacen valer.

b) Seguidamente, después de explayarse sobre el marco constitucional y convencional en que debía abordarse la cuestión atinente a la validez de la normativa impugnada, expresó que, por su naturaleza, la actividad de radiodifusión se encuentra reglada y se requiere licencia de la autoridad. En consecuencia, prosiguió, no cabe suponer en la materia la configuración de derechos preexistentes, ya que los del licenciatario nacen con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia

sea siempre constitutiva y no declarativa. Hizo examen sobre las facultades que asisten a la autoridad competente para regular el servicio, modificando incluso las condiciones de su prestación.

Con relación a los artículos 45 y 48, segundo párrafo, afirmó que correspondía reconocer a la autoridad de aplicación la facultad para establecer diversas limitaciones a los prestadores, a fin de evitar una excesiva concentración en manos de un único operador y favorecer la diversidad.

Aseveró, con cita de jurisprudencia estadounidense, que la libertad de expresión no concede una absoluta inmunidad frente a la responsabilidad por excesiva concentración de propiedad a los operadores de las telecomunicaciones, de modo que la existencia de un régimen que articula sus derechos en la materia no limita aquella libertad sino que, por el contrario, la promueve.

Sobre tales premisas afirmó que el examen en concreto del artículo 45 no permitía vislumbrar la afectación de la libertad de expresión, ni se desprendía de la causa que la regulación careciera de razonabilidad o que los medios implementados fueran inadecuados o inconducentes al logro de las finalidades perseguidas.

Con relación al alegado perjuicio patrimonial remitió a las consideraciones que efectuó sobre el sistema de otorgamiento de licencias. Entendió que respecto de éstas resultaban aplicables los principios sobre el rescate de la concesión por razones de utilidad pública, a los fines de reorganización del servicio por razones de oportunidad mérito y conveniencia distintas de las que legitimaron la habilitación. Expresó que en el caso, el Congreso de la Nación hizo la correspondiente valoración de las situaciones involucradas y de las finalidades perseguidas, e implementó los medios que estimó adecuados, prudentes y eficaces, entre los que se encuentran la limitación y la restricción a la multiplicidad de licencias, en las condiciones establecidas en el artículo 45.

Expresó que sin perjuicio de ello, era necesario precisar que la licencia de radiodifusión constituye un objeto inmaterial susceptible de valor que integra el patrimonio, de manera que los daños derivados de la necesidad del grupo actor de desprenderse de determinados medios para adaptarse a la nueva legislación, encontrarán adecuada e integral reparación por la vía indemnizatoria.

Con relación al cuestionamiento al artículo 48, expresó que la actora admitía que no le provoca daño patrimonial directo y las consecuencias patrimoniales derivadas de la aplicación del nuevo régimen podían ser materia de resarcimiento.

Respecto de las impugnaciones a los artículos 41 y 161 remitió a la consideraciones precedentes y añadió que durante el prolongado lapso de tres años durante el cual el plazo de readecuación estuvo suspendido por medidas cautelares, las actoras pudieron haber elaborado un proyecto adecuado a aquellos fines, para lo cual no rige la prohibición de transmisión de licencias que establece el primero de aquellos preceptos.

Afirmó que la pretensión de resarcimiento de daños contenida en la ampliación de la demanda era genérica e imprecisa, que no respondía a las exigencias del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que el reclamo sólo podía ser deducido una vez que se hubiera materializado la obligación de desinversión y efectuado un panorama económico completo respecto de los preceptos cuestionados.

5º) Que frente a los recursos de apelación interpuestos por el litisconsorcio actor, por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó sentencia a fs.3648/3675 y resolvió:

a) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A.;

b) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad deducida por la parte actora contra los artículos 41 y 161 de la ley 26.522;

c) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, apartado 1, incisos 'a' y 'b', con excepción de la limitación a una señal;

d) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, apartado 2, incisos 'a' y 'b';

e) declarar que la compatibilidad constitucional señalada en los puntos precedentes supone el derecho de la parte actora al reconocimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión;

f) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso 'c', y párrafo final;

g) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, apartado 2, incisos 'c' y 'd', y párrafo final;

h) declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 45, apartado 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el apartado 1 , inciso 'b' , del artículo 45, ley 26.522;

i) ordenar la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales a las licencias que explota la parte actora;

j) declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522 y ordenar su inaplicabilidad a las licencias que explota la parte actora;

k) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente causa;

1) revocar lo dispuesto en orden al levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso;

m) distribuir las costas en el orden causado en ambas instancias.

6º) Que para así decidir, la jueza Najurieta, a cuyos fundamentos adhirieron los restantes integrantes del tribunal con algunas apreciaciones de su propia autoría, sostuvo en primer lugar que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. se hallaban legitimadas para promover la presente acción. Respecto de la primera, aseveró que es accionista directa o indirecta de diversas sociedades que operan licencias de medios audiovisuales. Con relación a la segunda, expresó que la impugnación se basaba en que presuntamente titularizaba licencias cuya transferencia a Cablevisión S.A. como sociedad absorbente fue rechazada mediante resolución n° 577 COMFER/09, pero esta decisión no estaba firme al tiempo de la promulgación de la ley 26.522 pues había sido impugnada judicialmente y, además, la negativa a autorizar la fusión dejó en cabeza de la sociedad absorbida la licencia sobre las que tenía derechos al tiempo de la operación societaria.

7º) Que en lo atinente al fondo de la cuestión, en dicho voto se señaló que conforme con la doctrina de esta Corte la licencia de radiodifusión no es una prerrogativa temporal y provisoria que dependa meramente del arbitrio de la administración, por lo que los derechos de la actora no son precarios por su naturaleza y gozan de la protección constitucional que merece la propiedad.

Sostuvo que correspondía distinguir entre los servicios que se prestan con el uso del espacio radioeléctrico de aquellos cuya tecnología no los utilizan. Expresó que los primeros, por afectar recursos limitados, están sujetos a una mayor regulación estatal; con relación a los segundos, las restricciones se sustentan en razones de defensa de la competencia y del bien común, que deben conjugararse con la libertad de información

y de expresión, por lo que una reglamentación que no respete tales límites es incompatible con la protección contenida en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señaló que la presente causa es ajena a toda revisión judicial de la resolución COMFER n° 577/09 a la que antes se hizo referencia, pues en esas actuaciones administrativas no están en juego todas las licencias de la actora involucradas en el presente proceso, sino que la irregularidad afectaría el exceso del límite previsto por la ley 22.285 y sus reglamentaciones y sólo con relación a algunas de las empresas actoras.

a) En lo atinente al artículo 41 expresó que dicha cláusula procura prevenir, mediante la previa autorización, los excesos a que dio origen el régimen de transferibilidad de licencias establecido por el decreto 1005/09, que fueron puestos de manifiesto por el informe de la Sindicatura General de la Nación (fs. 2001). Entendió que los medios implementados son conformes con la finalidad perseguida por la regla, esto es, evitar incumplimientos y fraudes. A ello cabía añadir, prosiguió, que la posibilidad de transferir –previa autorización– una importante proporción del capital social, determinaba que el agravio relativo a la violación de la libertad de comercio no revistara entidad suficiente, dado que se exige la motivación del acto administrativo que resuelva conceder o negar la aprobación, recaudo que garantiza la tutela judicial posterior y descarta el riesgo de violación de derechos por negativas arbitrarias o discriminatorias.

b) En lo que atañe al artículo 45 afirmó que no sólo se encuentra comprometido el derecho de propiedad, sino el derecho a la libertad de expresión e información. En ese orden de ideas, señaló que el control de constitucionalidad no puede prescindir del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Huma-

nos.

Sostuvo que las reglas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso 'b' –con excepción de la frase "más la titularidad del registro de una señal de contenidos"– y artículo 45, apartado 2, incisos 'a' y 'b', que se refieren al uso del espacio radioeléctrico, guardan proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador.

En ese orden de ideas recordó, con sustento en doctrina de esta Corte, que nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la alterabilidad del derecho objetivo. Agregó que tratándose de un medio limitado, la satisfacción de la finalidad de la ley exige la disponibilidad de frecuencias a fin de asegurar la participación de los tres tipos de prestadores contemplados por el artículo 21 de la norma.

No obstante, señaló que en tanto los medios implementados para satisfacer aquellos objetivos comporten un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de las nuevas restricciones a las licencias adjudicadas o explotadas conforme un régimen anterior supone el resarcimiento de daños causados por la actividad licita del Estado por razones de interés general, conforme con la doctrina de esta Corte.

c) En cambio, consideró que correspondía descalificar el artículo 45, apartado 1, inciso 'c', y párrafo final; el apartado 2, en los incisos 'c' y 'd', y párrafo final; y el apartado 3 en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el apartado 1, inciso 'b' del artículo 45.

Con sustento en el informe del perito en economía, sostuvo que tales preceptos importan en conjunto una restricción innecesaria e irrazonable, puesto que como resultado del conjunto de las limitaciones la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas. Expresó que las reglas impugnadas no

contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos.

Recordó que en los Estados Unidos de América la cuota máxima de mercado –35% del total nacional– fue objeto de descalificación judicial.

En lo relativo a las limitaciones sobre las señales (artículo 45, apartado 3), cuya generación y circulación no necesita del espacio radioeléctrico, señaló que repercuten negativamente en la competencia y conducen a menos creatividad y a mayor dependencia de contenidos de producción extranjera.

Aseveró que las restricciones contenidas en la norma en cuanto a medios que no utilizan espacio radioeléctrico (italica en el original) son innecesarias pues no perturban el uso y la reserva de frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que, de otro modo, no podrían expresarse si no es con el financiamiento del presupuesto nacional y/o publicidad oficial. Añadió que también son desproporcionadas –toda vez que existen alternativas menos restrictivas propias del derecho de la competencia–, además de que no son idóneas para los objetivos de lograr una mayor pluralidad de voces para el debate democrático.

d) De otro lado, consideró que correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, porque su aplicación retroactiva respecto de las licencias adjudicadas comporta una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial surgido de aquéllas, dado que equivale en sus efectos al establecimiento con carácter general de una regla que restringe y perjudica la acción de quien estima que sus derechos han sido constitucionalmente vulnerados. Desde esta comprensión, concluyó que la norma no solamente destruye el concepto constitucional de propiedad, sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de igual protección.

e) Afirmó que todo lo precedentemente expuesto tenía

consecuencias relevantes respecto de la aplicación del artículo 161, que declaró compatible con la Constitución Nacional. Ello era así por cuanto, en virtud de la solución a la que se llegaba en el fallo de admitir parcialmente la tacha de invalidez constitucional, las actoras tienen la obligación de adecuar la titularidad de sus licencias a las normas contenidas en el artículo 45 únicamente en la medida en que sus preceptos habían superado el control de constitucionalidad. Por lo tanto, las empresas debían presentar su propuesta "de adecuación voluntaria" de desinversión sólo en los términos en que la sentencia rechazaba las impugnaciones constitucionales. Agregó que, por ende, el carácter limitado de esa obligación y el tiempo transcurrido, autorizaban a concluir que el artículo 161 no aparecía como irrazonable o arbitrario ni conculcaba de manera significativa derechos de las demandantes.

f) En lo que hace al reclamo por daños, expresó que lo resuelto sobre las limitaciones de las licencias que usen el espacio radioeléctrico habilitaba su reclamo. Pero afirmó que en la causa no concurrían las condiciones para examinar en concreto los presupuestos de la responsabilidad, por cuanto no se conocían las circunstancias fácticas que conformarán la relación de la causalidad ni el daño resarcible, por lo que el damnificado debía formular en el futuro el reclamo que en su comprensión le asiste. Con relación a las normas declaradas inconstitucionales, entendió que la vigencia de la medida cautelar impidió la producción del perjuicio, por lo que no procede en el punto reparación alguna.

Expresó que la decisión del juez de primera instancia de levantar la medida cautelar fue apresurada e improcedente, pues ésta fue prorrogada hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa.

Por su parte, el juez Guarinoni añadió respecto del artículo 41 que lo dispuesto por la norma respecto de la intransmisibilidad de las licencias resulta compatible con un

régimen en el cual la persona del licenciatario no es irrelevante. Entendió, asimismo, que el artículo 45, en cuanto contempla actividades no comprendidas en el mercado radioeléctrico, establece una discriminación visible en el tratamiento de la televisión satelital y la televisión por cable, porque permite al titular de una licencia explotarla en todo el país, lo cual hacía aplicable la doctrina de las categorías sospechosas.

A su vez, el juez De las Carreras, en el mismo orden de ideas, entendió que el precepto proyectaba manifiestas desigualdades por cuanto: a) se establecen límites territoriales o de volumen de servicio para el sistema de cable que no alcanzaban a la televisión pública o a los sistemas satelitales; b) los grupos de medios extranjeros no tienen límite para la explotación de licencias; c) los titulares de una licencia de televisión abierta no pueden ser titulares de una licencia por suscripción y viceversa, cuando se trata -en rigor- de diferentes mercados que no afectan la competencia; d) se introducen limitaciones a la titularidad de registro de señales.

8º) Que contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos extraordinarios el Estado Nacional, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, Cablevisión S.A. y el denominado Grupo Clarín conformado por Grupo Clarin S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A.

9º) Que el Estado Nacional cuestiona en primer lugar que se haya confirmado el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa de las sociedades actoras Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA. Sostiene que la cámara soslayó que los servicios de comunicación audiovisual se rigen por leyes específicas y que las referidas demandantes son explotadoras de facto no autorizadas, en una gran parte, de las licencias que operan.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, sostiene que la alzada efectuó una prematura e infundada declaración sobre la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la

adecuación del grupo actor a los preceptos del artículo 45 de la ley 26.522 declarados compatibles con la Constitución Nacional. Expresa que se ha omitido toda valoración de los reglamentos que regulan el proceso de desinversión, que no se han configurado los extremos que generan el deber de resarcir y que lo resuelto es contradictorio porque los jueces que formaron mayoría en este punto señalaron que la materia excedía el marco cognoscitivo de los términos en que quedó trabada la litis.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45, postula que no existe óbice para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico y el máximo de la población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que se limite la cantidad de señales con el fin de favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preservan la diversidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información. Destaca que la ley se ha inspirado en esa finalidad, así como la de combatir las prácticas monopólicas. Refiere que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. Asevera que el límite a la producción de señales acota el poder de la empresa dominante. Cuestiona que se haya hecho mérito de un peritaje económico a los fines del control de constitucionalidad. Arguye que la norma no coloca a la televisión por cable en desventaja competitiva frente a la satelital, ya que la primera tiene un grado de penetración casi total que determina que los límites de participación de los cableoperadores sean fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información, mientras que la segunda posee una participación de mercado significativamente menor. Ello determina que sea inferior su capacidad de excluir a otros potenciales medios de comunicación, lo que justifica el diferente tratamiento legislativo. Afirma que las reglas generales en materia de defensa de la competencia son insuficientes para garan-

tizar los fines antimonopólicos que persigue la ley 26.522.

Respecto del artículo 48, segundo párrafo, alega que en el caso media una relación jurídica administrativa de trato sucesivo, por lo que las consecuencias y efectos jurídicos se rigen por la nueva norma conforme con lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil y, además, las empresas actoras no resultan titulares de un derecho real de dominio con arreglo a aquél ordenamiento.

Postula que la descalificación del artículo 45 privó de efectos útiles al artículo 161 de la ley, pese a haberse declarado su validez constitucional.

10) Que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) sostiene en su recurso extraordinario que la cámara incurre en valoraciones subjetivas, ingresa en el examen de la conveniencia o acierto de la ley y resuelve con prescindencia de la prudencia que debe presidir el examen de constitucionalidad de la norma. Expresa que el fallo analizó la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de las actoras, prescindiendo de toda valoración acerca de la protección de los derechos colectivos que surgen de cumplir con la manda constitucional que está dirigida a establecer políticas que favorezcan la libre competencia y eliminén los monopolios. En ese orden de ideas, sostiene que son inadecuados los fundamentos de la sentencia que dan primacía a las afectaciones económicas que hipotéticamente afrontaría el grupo actor como consecuencia de su adecuación a la nueva regulación, por sobre el resguardo del interés social que ésta procura alcanzar al impedir que las voces minoritarias sean censuradas como resultado de la monopolización de los medios de comunicación.

Objeta lo afirmado por la alzada en el sentido de que el Estado no puede regular los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico, ya que ello implica que aquél resigne el ejercicio de potestades reglamentarias que tienen como finalidad preservar la competitividad del mercado y

evitar la formación de monopolios u oligopolios. Refiere que en nuestro país existieron regulaciones similares hasta el año 1990 que jamás habían sido declaradas inconstitucionales, y que en el contexto internacional se han impuesto restricciones más severas que incluso prohíben la tenencia cruzada de medios gráficos y de radiodifusión, lo cual pone de manifiesto la razonabilidad de los topes.

Aduce que el tribunal a quo no consideró los efectos sociales de la sentencia, pues no valoró que su decisión sólo generará un mercado más concentrado a favor de la actora. Sostiene que la descalificación del artículo 48 carece de fundamento, pues en la materia debe prevalecer la continuidad de la actividad del Estado en pos del bien común.

Afirma que el artículo 45 no discrimina a favor de los operadores satelitales ni de las señales extranjeras. Ello, por cuanto los primeros no pueden prestar el servicio por cable por TV abierta y las segundas no son prestadores del servicio de televisión paga por suscripción.

Asevera que la ley no afecta la libertad de prensa porque fomenta la igualdad de oportunidades y la participación en los medios, pues desconcentra el sector e impide que haya actores dominantes. Sostiene que no corresponde indemnización por actividad lícita del Estado, porque no existe norma que genere a favor del actor un derecho subjetivo expreso susceptible de reparación ulterior.

Hace hincapié en la posición dominante de la actora en el mercado que vulnera el artículo 42 de la Constitución Nacional. Postula que lo resuelto impide el ejercicio de facultades constitucionales y legales que le asisten como autoridad de aplicación.

11) Que Cablevisión S.A. sostiene que el tribunal a quo no dio respuesta fundada a sus planteos relativos a que el artículo 41, al prohibir la transferencia de la totalidad de los

paquetes accionarios de las empresas, vulnera las garantías de propiedad y de libertad de comercio.

Aduce que la solución elegida por el legislador no guarda relación razonable con el fin perseguido de evitar incumplimientos y fraudes, que permitan conocer quién es el titular y responsable de una licencia en un momento dado, pues para ello existían reglamentaciones alternativas menos restrictivas.

Arguye que la norma modifica sustancialmente las condiciones legales bajo las cuales pueden comercializarse las licencias y, de ese modo, ignora que del contenido de los contratos emergen derechos de propiedad. Añade que se ha vulnerado la confianza legítima derivada de la ratificación del decreto de necesidad y urgencia n° 527/05. Afirma que existe nexo entre el citado artículo 41 y lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48, pues no pueden dejar de extenderse a aquél las consideraciones efectuadas respecto de estos dos últimos preceptos, sin caer en contradicción.

Expresa que el tramo de la sentencia que cuestiona hizo mérito de las llamadas cláusulas exorbitantes a favor de la administración, que constituyen una evidente desigualdad entre el Estado y quienes contratan con él, por alegados motivos de interés público que no siempre son nítidos ni fáciles de identificar. Sin embargo, prosigue, ese interés también está integrado por el de consumidores y usuarios –entre los que se encuentra el derecho de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo– y de los contribuyentes, la libertad de empresa, la competitividad externa e internas y derechos personalísimos y fundamentales como la libertad expresiva y el derecho a la información.

Manifiesta que en ocasiones los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción es indispensable para lograr los fines de la ley.

Respecto del artículo 161 afirma que la fijación de

un plazo cualquiera sea su extensión siempre sería susceptible de descalificación, porque ha sido establecido para obligar al cumplimiento de disposiciones que vulneran derechos constitucionales y convencionales. Sin perjuicio de ello, señala que la alzada no tuvo en cuenta la magnitud del eventual proceso que deberían llevar a cabo para adecuar su estructura societaria a las disposiciones de la ley.

12) Que el denominado Grupo Clarín reitera las impugnaciones efectuadas por Cablevisión S.A. relacionadas precedentemente; asimismo, cuestiona el rechazo parcial de la acción de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522 que fueron consideradas válidas en la sentencia.

Afirma que el caso requiere un control de constitucionalidad estricto que supone la presunción de invalidez de la reglamentación, y que el Estado no dio razones suficientes para desvirtuarla.

Sostiene que la norma contradice el artículo 13, inciso 3º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, por cuanto el proclamado propósito del precepto es combatir un declamado monopolio cuya existencia e ilegalidad no ha sido determinada en un juicio previo tramitado bajo la legislación vigente en materia defensa de la competencia. Expresa que la ley 26.522, en general, y el artículo 45, en particular, establecen un régimen discriminatorio en tanto sujetan a las empresas de comunicaciones audiovisuales a un régimen más estricto en materia de libre competencia de las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos lícitos.

Arguye que el avance tecnológico torna irrazonable una mayor regulación estatal del espacio radioeléctrico. Afirma que la limitación de licencias para operar servicios de comunicación que utilizan aquel soporte soslaya que la tecnología ac-

tual ha multiplicado diez veces la cantidad de señales que pueden transmitirse por esa vía, reduciendo el carácter limitado del recurso.

13) Que mediante resolución del once de junio de 2013 la cámara se pronunció sobre la admisibilidad de los recursos extraordinarios deducidos por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Por un lado, los concedió en las cuestiones que conciernen a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en los artículos 45 y 48 de la ley 26.522, a la interpretación de normas constitucionales y al supuesto apartamiento de lo decidido por esta Corte en la sentencia del 22 de mayo de 2012 (cons. V; punto a del dispositivo). En cambio, los rechazó en cuanto postulan como materia federal la invalidez del fallo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (cons. VI; punto b del dispositivo). Esa denegación, dio lugar a la promoción de un recurso de hecho por el Estado Nacional (causa G.445.XLIX) y de otra presentación directa efectuada por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (G.451.XLIX), que corren agregados por cuerda.

En ese mismo pronunciamiento, la alzada concedió los recursos extraordinarios promovidos por Cablevisión S.A. y por Grupo Clarín, en la medida en que se centran en la inteligencia y aplicación de normas federales, constitucionales y legales, y en el juicio que realizó la sentencia apelada sobre la compatibilidad entre tales normas (cons. VII; punto a del dispositivo).

14) Que tras el llamamiento de autos, de haberse dado intervención al Ministerio Público de la Nación en los términos de lo dispuesto en la ley 24.946 -artículo 33, inc. a, ap. 5º- y de haber dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, el Tribunal dispuso oír a las partes en audiencia pública con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/97 y habilitar la causa para que participen los Amicus Curiae que contempla la acordada 7/2013, efectuando las necesarias adaptaciones que exigían las

circunstancias que singularizan a este caso (conf. resolución del 14 de agosto, con su reglamento anexo).

Bajo esas condiciones, en la audiencia llevada a cabo el 28 de agosto efectuaron sus alegaciones los Amicus Curiae (conf. acta de versión taquigráfica; fs. 4044/4071). En esta condición acompañaron en la defensa de sus derechos al litisconsorcio actor, las personas Observatorio Iberoamericano de la Democracia-Asdrúbal Aguiar Aranguren, Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica; Asociación Internacional de Radiodifusión; Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA); Comité del Consumidor (CODELCO); y Lucas Sebastián Grossman. Las personas que como Amicus Curiae acompañaron al litisconsorcio demandado fueron Universidad Nacional de Lanús; Universidad Nacional de San Martín; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR); y Asociación Argentina de Juristas. También fueron autorizados por la Corte a participar en dicha condición –en los términos del punto 4º, in fine, del reglamento aprobado por la mencionada resolución del 14 de agosto– la Defensoría del P\xfublico de Servicios de Comunicaci\xf3n Audiovisual y el Centro de Estudios en Derecho y Econom\xeda, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, la Procuradora General de la Naci\xf3n, doctora Alessandra Gils Carbó, solicitó opinar verbalmente ante el Tribunal y fue habilitada para hacerlo en dicho acto (proveido del 27 de agosto, fs. 3992/3993, punto 1).

La audiencia p\xfablica continuó con la participaci\xf3n de ambos litisconsorcios el d\xeda 29 de agosto, cuyas representaciones letradas y t\xecnicas fueron ampliamente interrogadas por el Tribunal, otorg\'andoseles al concluir el acto la posibilidad de cerrar sus exposiciones con sus alegaciones finales (conf. acta de versi\xf3n taquigráfica obrante a fs. 4072/4099).

Por \'ultimo, cabe destacar que el Tribunal admiti\xf3 tambi\xe9n la participaci\xf3n como Amicus Curiae mediante presenta-

ciones por escrito de las personas Fundación LED-Libertad de Expresión más Democracia; Asociación Civil Red de Carreras de Comunicación Social y Periodismo (REDCOM); Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI); Asociación Mundial de Radios Comunitarias; Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC); Asociación Civil FARCO (Foro Argentino de Radios Comunitarias); y Universidad Nacional de Moreno. (conf. proveido del 27 de agosto, de fs. 3992/3993, y legajo agregado por cuerda).

15) Que a los fines de aportar mayor precisión sobre la naturaleza de las cuestiones debatidas es conveniente hacer referencia –siquiera en sus aspectos más salientes– a las explicaciones dadas por las partes a requerimiento del Tribunal en la audiencia pública del 29 de agosto, registradas en su versión taquigráfica de fs. 4072/4099.

16) Que requerida la actora para que explique por qué sostiene que la ley 26.522 afecta la libertad de expresión (fs. 4072 vta.), manifestó que "...Para entender por qué se afecta la libertad de expresión hay que entender cómo se afecta la sustentabilidad del Grupo Clarín con estas normas que pretenden desconcentrar. Una primera observación que hay que hacer es que es una norma específica de desmonopolización, que es contraria al principio 12 de la OEA respecto de la libertad de expresión [...] que después refrendó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [que] tiene un apartado 45 y una nota a [él]... ahí también se habla de la necesidad de que estas leyes no afecten la sustentabilidad, la viabilidad de los medios, y eso no afecte su contenido. Con lo cual, cuando las restricciones son indebidas primero, no deberían entrar en una ley exclusiva para los medios, y además, cuando esas restricciones son innecesarias o no son proporcionales, la afectación a la sustentabilidad de un medio influye directamente en la garantía contra la libertad de expresión. Así lo reconoció este Tribunal en los casos sobre publicidad oficial..." (4073)"

El Tribunal preguntó a la actora (fs. 4073 vta.) acerca de su opinión respecto del derecho de los ciudadanos a recibir una información proveniente de una pluralidad de fuentes informativas que compitan entre sí. Ante este punto, respondió que "...El derecho a la información es un derecho esencial, es un derecho reconocido por la Corte Interamericana y por vuestro Tribunal como un derecho fundamental. Efectivamente, nuestra parte sostiene no solamente que se afectan sus derechos a brindar información, entretenimiento, sus derechos propietarios, sino los derechos de la audiencia que la siguen. No se trata solamente de los derechos de la parte actora; los derechos del público –ayer se habló reiteradamente del público, de la audiencia que la elige día a día–, miles y miles de personas que se informan, se entretienen, se abren al mundo por internet, lo hacen a través de los medios de la actora. Efectivamente, si esta ley se aplica [...] se desbarata un medio que es una puerta al mundo y que ofrece, accesiblemente a todos, los medios de comunicación".

Ante esa respuesta, el Señor Presidente del Tribunal precisó que la pregunta, en rigor estaba referida al parecer de la actora respecto del derecho de los ciudadanos a una pluralidad de fuentes informativas que compitan entre sí, que es lo que sostiene la ley. La actora expresó que "...Es cierto y con la ley en ese punto estamos de acuerdo. En lo que disentimos es que en los medios que se han arbitrado no favorecen esa pluralidad. Claramente en los casos que se trata de medios que no usan espectro, no hay ninguna imposibilidad [...] es una ley que [nos] impide a nosotros dar un servicio, y ese servicio que nos quitarían no se le otorga a los demás, porque no hay ningún impedimento en que el Estado abra estos medios a los demás. No usan espectro, son infinitos, abiertos a todos y abiertos a la competencia. De ninguna manera con nuestra pretensión se quiere cercenar la competencia, cercenar la posibilidad de todos de acceder al medio que quieran y elijan (fs. 4073 vta.)."

Seguidamente, se interrogó a la actora acerca de si

de mantenerse la conformación actual del Grupo Clarín en lo que respecta a la titularidad de licencias en el campo audiovisual se cumplen los fines previstos por la ley 26.522, en cuanto a garantizar la pluralidad y diversidad de voces y opiniones (fs. 4074). La representación de la actora contestó en forma afirmativa con sustento en que "...en la actualidad existen muchísimos medios. Por ejemplo, tenemos una información acerca de la cantidad de distintas voces que hay en el mercado audiovisual...". Dio ejemplos al respecto en lo referente a la radio, la televisión abierta y por cable e Internet, por lo que entendió que "...hay muchísima pluralidad de voces (fs. 4074)".

Interrogado el litisconsorcio actor sobre los motivos por los cuales sostiene que los límites de cuota de mercado y multiplicidad de licencias que establece la ley 26.522 comprometen el derecho del Grupo Clarín a expresarse libremente (fs. 4074), expresó que existía una doble explicación: "La cuota de mercado en sí es una limitación a la libertad de expresión. Todo público que esté fuera de esa cuota de mercado no va a poder acceder a la programación e información que dé el Grupo Clarín. Aparte de esta limitación, sucede que con el régimen de multiplicidad de licencias y la cuotificación del mercado se afecta la escala y alcance del Grupo Clarín [...] Hay una cuestión adicional [...] En la pericia económica, [...] se habla con toda claridad de cómo la red actual hace a la empresa sustentable. Sustentable quiere decir que puede seguir subsistiendo... (fs. 4074 vta.)".

A continuación, se preguntó a la actora sobre cuáles son los motivos por los que su parte sostiene que la ley 26.522 no podría establecer restricciones que conduzcan a evitar la concentración de licencias en un mismo titular, dado que en el régimen de la ley 22.285 ya se establecían algunas restricciones en la materia (fs. 4075). A ello respondió que "...las limitaciones existentes anteriores eran distintas a las que se establecen en la ley actual. Por ejemplo, el límite máximo de 24 licencias no existía. Cuando una compañía calcula sus inversiones, lo hace

en función del marco y las licencias que tiene. Por ejemplo, en la pericia económica se demostró que las inversiones que realizó Cablevisión requieren un recupero de 19 años. Eso se hizo con el marco vigente anterior. Una modificación de ese marco evidentemente tira por la borda todo ese cálculo. O sea, las restricciones que existían en la ley anterior no afectaban la economía de escala y alcance como lo hace ahora. El tema es que esta ley limita mucho el tamaño de la empresa y no le permite tener la capacidad necesaria para competir en el mercado convergente, dinámico, que es la comunicación hoy en día (fs. 4075)".

Preguntado el grupo demandante sobre si la lesión de derechos que invoca se derivan actualmente de la sola existencia de la ley o se producirán de su aplicación (fs. 4075), interesa destacar lo que contestó en el sentido de que "...hay inconstitucionalidades en la ley tal como está escrita, no simplemente que su probable aplicación pueda derivar según el arbitrio de AFSCA. Esas son las desigualdades que se han nombrado ayer en el sentido de los límites de licencia, que son geográficamente imputables o que afectan a nuestra actora y que no afectan, por ejemplo, a DirecTV, que tiene un espectro respecto de todo el país. Las prohibiciones de tener más de una señal de propia generación crean una desigualdad en el texto mismo de la ley respecto de las empresas extranjeras. Así que es un caso de inconstitucionalidad en la propia norma y que puede agravarse cuando ella se aplique (fs. 4075 vta.)".

Asimismo, el Tribunal solicitó a la actora que explique por qué la adecuación a la ley producirá una afectación económica de la empresa y cómo ello afectaría la libertad de expresión (fs. 4075 vta.). En tal sentido, la parte expresó que "...La sustentabilidad económica, como claramente se explicó y surge de las pericias, tiene que ver con la capacidad de la parte actora de sobrevivir. Con el esquema actual y con las licencias que hoy se tienen y sin las limitaciones de la ley, es que la parte actora puede competir con otros medios, pese a que, por ejemplo, se sabe que no recibe nada en materia de publicidad

oficial, está excluida de algunos otros programas y es en realidad objeto de hasta hostigamiento del Estado Nacional [...] La pericia contable muestra de manera terminante que en caso de contraerse la oferta de esta empresa, de restringirse el número de licencias, de aplicarse conjuntamente la restricción cuantitativa a la audiencia, el resultado será, en dos casos posibles, de una pérdida y de una incapacidad de pago de su deuda. En los dos casos la pérdida patrimonial, en el caso mayor, es de 10.000 millones de pesos; en el segundo caso, es de 5.000. ¿Cuáles son estos dos casos? En un caso la ley impondría que la compañía abandone su canal de aire en las zonas en que tiene cable. En el otro caso, retendría el canal de aire y estaría forzada a abandonar un sinnúmero de licencias. Quisiera señalar que las licencias no son un dato técnico sino un dato administrativo. De ahí esta desigualdad administrativa entre un competidor que tiene una licencia y otro que tiene un número mayor. En cuanto a los modelos de negocios, debemos reconocer que en la industria de medios de hoy el modelo que se expresa es un modelo multimedialítico, por las economías de escala, de alcance y densidad, que han sido extensamente detalladas en la pericia. En nuestro país, se puede resumir a tres tipologías de modelos, de los cuales esta compañía, como otras, compite con una de ellas: es el modelo del multimedio, el modelo de escala, el modelo de producción de masa –como existe en otras industrias– que permite reducir los costos medios y generar un mayor acceso. Es el mayor acceso, es la inversión en digitalización, que amplía el espacio de oferta de palabra; no es la contracción de la oferta. Todos aquellos economistas saben que la ampliación de la oferta es el mecanismo de reducir los precios. El segundo modelo es un modelo que podríamos llamar de nicho. Un productor especializado –también existe esto en otras industrias– que focalizado en un segmento determinado consigue diferenciar su producto y tener ventajas de mercado. El tercer modelo es un modelo que puede provenir voluntariamente o involuntariamente del fracaso en el mundo de los negocios de los dos modelos precedentes, y que es muy popular en nuestro país hoy, que es el modelo del sustento en la publicidad.

oficial y del potencial alineamiento editorial. Existen ejemplos locales e internacionales del modelo de escala. Modelo de escala no sólo es una escala horizontal. (fs. 4075 vta./4076 vta.)”.

A continuación el Tribunal señaló que la situación del Grupo Clarín cambió sustancialmente a partir de la aprobación de la fusión de Cablevisión y Multicanal así como con la suspensión de la vigencia de licencias por diez años (decreto 527/05) y, por tal razón, interrogó a la actora si con anterioridad se hallaba afectada la sustentabilidad del grupo y, consecuentemente la libertad de expresión (fs. 4076 vta.).

La accionante respondió que “...Si Grupo Clarín permanecía con esa estructura no iba a poder permanecer en el mercado, a largo plazo [...] De lo que se trata es de la evolución de los medios. En un contexto el medio puede obtener libertad de expresión reducida pero compatible con los estándares tecnológicos del momento. Pero a medida que van incrementándose los descubrimientos tecnológicos, la necesidad de competir y de ofrecer más a la audiencia exige otra convergencia. Nosotros sostenemos que las necesidades de la convergencia [...] y eso no es lo mismo que concentración. La concentración habla de probablemente una afectación irrazonable a la competencia. (fs. 4077)”.

Dado que de las presentaciones de la actora la actividad del Grupo Clarín registra considerables economías de escala, el Tribunal preguntó por qué no es potencialmente un monopolio y si estas economías de escala, no constituyen barreras de entrada para nuevos participantes en el mercado (fs. 4077). La representación de la demandante, después del requerimiento de precisiones por parte del Señor Presidente respondió que “...esta pregunta requiere discutir el concepto de convergencia y la evolución de la industria de medios en los últimos años. ¿Cómo eran las industrias que hoy llamamos de medios hace no mucho tiempo: diez, quince años? Eran mercados separados. Las telecomunicaciones por un lado, con estructuras fijas, en alguna época monopolios naturales, en el sentido de que había un solo productor, y

muchas de ellas estatales, salvo el caso de los Estados Unidos. Por otro lado, existían empresas de video, ya sea por aire o por cable. Y finalmente aparece luego Internet. Estos mercados eran de estructuras pesadas y fuertes, y efectivamente, como usted bien lo señala, con altas barreras a la entrada. ¿Hacia qué mundo vamos en el mundo de la convergencia, que es esencial entender para entender esta industria? Diversas plataformas tecnológicas, producto de la innovación, producen múltiples servicios. Hoy las telecomunicaciones son capaces tecnológicamente de producir voz, Internet, datos y video, sin hablar de que el acceso a Internet es capaz hoy, a través de Skype –disculpen la mención–, a través de la interacción con los consumidores, de producir contenidos. El sistema de cable, que en una época era sólo video, gracias al progreso tecnológico, hoy es técnicamente capaz de producir telecomunicaciones, es decir, voz, producir video y, como ustedes saben, producir Internet, que ya ha sido mencionado. Esta empresa es el tercer jugador en participación de mercado en el mercado de Internet. De manera que lo que vemos hoy es que diferentes plataformas compiten por la audiencia, compiten por los hogares. Se amplifica la competencia de infraestructuras. Algunos especialistas hablan hoy de que las infraestructuras van camino a transformarse en un commodity, en una materia prima cada vez más soluble y más competitiva. ¿Cuál es el resultado de esto? Que de mercados separados nos orientamos hacia mercados unificados, integrados, donde bajan las barreras a la entrada. Por lo tanto, son cada vez más desafiables. Cada vez las empresas deben atender a ciertos fenómenos de fusión y adquisición para resistir esta presión. Quisiera señalar un caso. Google o Facebook hace quince años no se situaban entre las quince compañías de capitalización bursátil de la Bolsa de Nueva York. Esto ha explotado. Hoy Google, que no es infraestructura, es una de las tres empresas de mayor capitalización bursátil de la Bolsa de Nueva York. ¿Qué quiere decir? Que el poder de mercado se está desplazando". Añadiendo que "...en el análisis que hizo la Comisión de Defensa de la Competencia de la fusión de Cablevisión y Multicanal se analizaron todos los mercados invo-

lucrados. Se analizó la televisión abierta, se analizó Internet, se analizó el mercado de señales, se analizó la televisión por cable, y después de una minuciosa investigación, que llevó más de un año, la Comisión de Defensa de la Competencia concluyó que la operación no afectaba la competencia en ninguno de esos mercados, analizando tanto las relaciones horizontales, que se daban sobre todo entre Cablevisión y Multicanal, y las relaciones verticales, que se daban entre la televisión abierta, las señales y la televisión por cable. De forma tal que el Estado Nacional en el año 2007 hizo una exhaustiva investigación en la materia y demostró no sólo que no afectaba la competencia sino que las economías de escala que se generaban beneficiaban al interés económico general. De manera tal que creo que ese hecho el Estado ya lo corroboró, y la presunción que hace la ley al tratar de desconcentrar una empresa que ya fue investigada en cuanto a su estructura carece de todo fundamento legal y es dogmático (fs. 4077/4078)».

Acto seguido, sobre la base de si la libertad de expresión requiere un volumen económico como el del Grupo Clarín, esta Corte preguntó a la representación del litisconsorcio actor qué ocurre con los demás grupos que no tienen esa entidad ¿No tendrían libertad de expresión? ¿O deberían ser subsidiados para equipararlos al Grupo Clarín? ¿Cómo se explica que otros medios de comunicación hayan presentado sus planes de adecuación sin invocar este agravio? A ello, y tras diversos pedidos de precisiones por el Señor Presidente, se respondió que "...hay grupos de menor tamaño que acceden a sinergias y escala a través de la multimedia. He citado un caso de un grupo que tiene menor facturación, pero que genera sinergias como las que fueron descriptas a través de la multimedia. Pero también podría haber, y en la descripción anterior fue contemplado, grupos que se llaman de nicho, grupos especializados en ciertos sectores, pero esta no es la estrategia de producción de masa que ha adoptado el Grupo Clarín y que sería destruida por este tipo de regulación..." Añadiendo que "...Hay una pericia de ingeniero en la causa, que es

muy importante y que determina la imposibilidad de, si se aplica la ley, seccionar el cable que cubre todo el país y que quedaría limitado sólo, por las 24 licencias, a pocas regiones. No hay manera de suprimir la parte que estaría como sobrando, todo ese sistema se volvería obsoleto y el Grupo Clarín debería dejar de ser la voz que hoy es. Justamente esa inversión a largo plazo fue producto de los actos oficiales que hablábamos recién. Fue un compromiso hecho en oportunidad de la fusión, hacer esta red multipropósito y que cubriera todo el país. La cuestión es técnicamente compleja [...] pero la manera en que nosotros lo entendemos es ésta: seccionando el tronco del Grupo Clarín y cómo se presta Cablevisión en todo el país, esa red tiene que dejar de operar prácticamente de un día para otro. Desaparece una voz que hoy existe y esa es la afectación a la libertad de expresión [...] nosotros sostenemos que la ley puede buscar medios alternativos si efectivamente se quiere sustentar estos medios más pequeños. El cooperativismo, por ejemplo, tiene ventajas que no tienen otros grupos competitivos, como son ventajas impositivas. Ese puede ser un camino para dejar subsistir a estos grupos. Otros más pequeños subsisten con publicidad oficial. Es un riesgo porque al subsistir con publicidad oficial puede ocurrir –no digo que siempre ocurra pero puede suceder– que condicione la línea editorial y entonces se cierre la penetración de otro grupo en el debate robusto, como dicen ustedes, el debate abierto. Habría que ver en cada caso. Hay otra cuestión adicional para el grupo que nosotros representamos y es que hay un cepo publicitario, no escrito quizás en una resolución, y lo lamentamos porque ahí podríamos plantearlo de otra manera, pero lo cierto es que también es de público y notorio que se ha retirado al Grupo la publicidad de los medios privados. Esto lo hace más vulnerable, si cabe, y se sostiene con una voz crítica que quiere seguir manteniendo a través de esta escala. Pero esto no va en desmedro de grupos pequeños que pueden operar. Ustedes dijeron en la pregunta ‘subsídios’. Sí, no rechazamos la posibilidad de que el Estado, no el gobierno, subsidie voces que quieran expresarse. El Grupo también las recibe, y basta ver cómo grupos minorita-

rios han ido a las señales de la empresa a expresar su voz crítica. Me refiero, por ejemplo, a los pueblos originarios (fs.4078/4079)".

17) Que respecto de las preguntas que el Tribunal formuló a la representación del litisconsorcio demandado en dicha audiencia, adquiere relevancia la relativa a la naturaleza de las licencias. Ella fue formulada en los siguientes términos: "El Estado Nacional sostiene que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia es el otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta. ¿Quiere decir que el Estado puede quitarle las licencias ya otorgadas a cualquiera de las empresas que trabajan en el sistema o las que otorguen el futuro, sin derecho alguno (fs. 4085 y vta.)?.

En el punto, resulta necesaria la transcripción textual del acta taquigráfica de la audiencia:

"Dra. PEÑAFORT.- No. Lo que sostiene el Estado Nacional es que una licencia de servicio de comunicación audiovisual se enmarca en una actividad de interés público y que, por lo tanto, no es asimilable a la propiedad, digamos, de una fábrica de galletitas. Como se trata de una actividad de interés público tiene expresas regulaciones y la administración tiene, en pos del interés común, es decir, no discrecionalmente pero sí en pos del interés común, determinadas facultades. Esto siempre ha existido en materia de radiodifusión, porque por ejemplo, el espectro es un bien escaso..."

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Perdón, la pregunta es concreta referida al fallo en recurso que desarrolla este tema. Luego el Estado sostiene: es un privilegio que no genera derechos adquiridos. Concretamente es esa la pregunta.

Dra. PEÑAFORT.- Efectivamente. Para el Estado la licencia es un privilegio que no genera derechos adquiridos en términos de mantenimiento de la misma.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Entonces, acá se le pregunta qué quiere decir eso en concreto, ¿que la puede sacar respecto de las que otorgó y las puede sacar respecto de las que otorgue en el futuro?

Dra. PEÑAFORT.- No.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- ¿Sin derecho alguno? ¿Cuál sería la...?

Dra. PEÑAFORT.- Bien, si bien no es materia de este litigio basta decir que no es una facultad discrecional...

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Es la materia, porque hay una parte del recurso referida a eso.

Dra. PEÑAFORT.- No, lo que quiere decir es que hay determinadas condiciones regladas por la ley por las cuales se puede restringir el ejercicio de la licencia. No son discrecionales, deben estar regladas por ley y están basadas simplemente en el carácter de interés público. Pero no significa que el Estado discrecionalmente puede quitarle una licencia a un licenciatario, valga la redundancia.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Pero la última parte de la pregunta es si la puede sacar sin derecho alguno. ¿Cuál sería el derecho?

Dra. PEÑAFORT.- No, no, por supuesto que no.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- ¿Cuál sería el derecho?

Dra. PEÑAFORT.- El derecho puede ser la actividad lícita del Estado, puede...

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- No, el derecho del titular de la licencia, por ejemplo, las que ya dieron -que son las que se están discutiendo en el caso- o las que podrían dar en el futuro. Si es un mero privilegio, lo pueden sacar, no es discrecional -dice usted-, bueno, conforme a un procedimiento no

discrecional la sacan, ¿cuál sería el derecho de la parte titular de la licencia?

Dra. PEÑAFORT.- El primer derecho es el derecho de defensa en la tramitación administrativa y el segundo derecho son los que corresponden por toda actividad lícita del Estado cuando resulte lesiva.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- La pregunta concreta es esa: le sacan la licencia con un procedimiento. ¿Cuál es la consecuencia? El titular de la licencia la tiene hasta que el Estado se la saque o no. Esa es la pregunta; es concreta en eso.

Dra. PEÑAFORT.- Perdón, Presidente, no entiendo la pregunta. Le pido que me la reformule.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- La pregunta es: el Estado Nacional sostiene que el vínculo es un privilegio, el otorgamiento de la licencia. La puede sacar conforme a un procedimiento; reglado, dice usted, no es discrecional. ¿Qué quiere decir? ¿Quiere decir que el Estado puede quitarle las licencias ya otorgadas a cualquiera de las empresas que trabajan en el sistema o las que otorgue en el futuro, sin derecho alguno por parte de los titulares? Es decir, les sacan ¿y cuál es la consecuencia?

Dr. DIEZ.- Buenos días. Señor Presidente, señores miembros del Tribunal: la pregunta es genérica, tiene un grado de abstracción, pero deberíamos en su caso, en este tren de conjutar, distinguir...

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- No, en el caso. No es abstracta. Se refiere al caso. Lo del futuro sí es un ejemplo, pero en el caso se ha planteado. Es un tema del recurso.

Dr. DIEZ.- Bien, porque parecía como estaba formulada que podía estar enfocada a la situación de otros posibles licenciatarios, y habría que determinar cuáles podrían ser o no las causas para una eventual caducidad, que podría ser sin derecho

alguno de la licenciataria. En el caso que nos ocupa hay, si apuntamos a las consecuencias del artículo 161, una necesidad de que las empresas que están en exceso de los límites de la ley adecuen el esquema de licencias a lo que la ley determina. Eventualmente, si estamos conjeturando en este sentido, podremos plantearnos un escenario de responsabilidad del Estado por actividad lícita, lo cual supondrá, ya fuera de este juicio, la acreditación de los extremos a los que está condicionada, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la existencia de una responsabilidad de este tipo. No están acreditados obviamente en el caso que aquí se ventila en autos. (fs. 4085 vta./4086)».

El Tribunal indagó sobre el alcance territorial de las licencias de servicios de comunicación audiovisual, tanto de las que cuentan con soporte satelital como a las que se sostienen con vínculo físico (fs. 4088/4088 vta.). A tal interrogante, la demandada respondió que: "...La televisión satelital funciona como un cono [...] Por su naturaleza tecnológica, el satélite ilumina un amplio terreno, un amplio territorio, con lo cual el cono de sombra del satélite no entiende de límites jurisdiccionales; los cables, sí. Por lo tanto, por la condicionante tecnológica se le da una licencia nacional al satélite y se le otorga licencias locales, es decir, jurisdicción local, al cable. Para evitar un abuso de esto lo que se establece en cualquier caso, tanto el cable como el satélite, están alcanzados por la misma cuota de mercado, que significa el 35 por ciento. Sea que yo cubra ese 35 por ciento a través de cable, es decir, por vínculo físico, o sea que lo cubra a través de la pisada del satélite, el límite es el mismo, con una diferencia que no hay que dejar de descartar: el satélite sólo puede prestar satélite; lo que tiene el cable es que además permite servicios en convergencia (fs. 4088 vta.).

También se preguntó a la demandada sobre cuáles son las razones que justifican un tratamiento diverso, en cuanto al régimen de multiplicidad de licencias y señales, entre los ser-

vicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital y servicios de radiodifusión con vínculo físico (TV por cable), a la luz de la finalidad perseguida por la ley (fs. 4088 vta.).

Al respecto, expresó que "la condicionante tecnológica y la posibilidad o no de prestar servicios en convergencia que, en pocas palabras, contesta que la mayoría de los hogares tenga más de un proveedor de servicio, sea telecomunicaciones, internet, telefonía, servicio de comunicación audiovisual. Ahora bien, se mantiene, eso sí, el límite de mercado. En ningún caso las ventajas competitivas del cable, esto es la posibilidad de prestar servicio de valor agregado, se podrán utilizar para correr la frontera del 35 por ciento. Tampoco la ventaja tecnológica del satélite, no tener que tender cable, podrá ser usada para superar la misma barrera del 35 por ciento (fs. 4088 vta.).

Interrogada sobre la cantidad máxima de señales que admite el espectro y cuál es el porcentaje que ocupan las señales del Grupo Clarín respecto de cada uno de los servicios (fs. 4088 vta.), expresó: "...Por un lado, hay que pensar el espectro como un universo finito que se ocupa por una cantidad de servicios de telecomunicaciones. En lo que hace al espectro y al sector de la comunicación audiovisual, está más limitado por el receptor que por el tamaño del espectro, porque por el espectro hablamos por teléfono celular, por el espectro se comunican las radios, por el espectro se comunican los aviones, y hay un sector del espectro que es el destinado a la radiocomunicación, a la telecomunicación, a las distintas variantes. En lo que hace a los servicios de comunicación audiovisual está más vinculado al receptor, a la radio, en el caso de la radio, o a la capacidad de recepción de un televisor. Por lo tanto, podemos decir que en un territorio una radio hoy admite 40 frecuencias aproximadamente que sean audibles en condiciones prolijas, de buena audición. Esto depende mucho de la potencia de cada una de las emisoras, por lo tanto, cuando se asigna una frecuencia radial se asigna con una determinada potencia, que tiene un determinado alcance, que marca cuántas frecuencias uno puede otorgar en un determina-

do territorio. Hay siete u ocho distintos niveles de potencia en que se asignan las frecuencias y, por lo tanto, no tiene una respuesta única. Pero en lo que sí hay una cuestión única es en la capacidad del receptor por la que el usuario lo recibe; no se pueden dar más que lo que la radio puede recibir. Lo mismo sucede con la televisión. Hoy los televisores, ahora estamos yendo a otros regímenes, a los televisores inteligentes y nuevas tecnologías que empiezan a abrir a partir de la digitalización la posibilidad de recepción, pero eso va en contraposición con el mercado convergente, que hace que a través de un servicio de cable el usuario reciba la comunicación audiovisual, los servicios de internet, los servicios de telecomunicaciones en el mismo cable en su hogar. Por lo tanto, la respuesta hoy a esa pregunta tiene muchísimas variables, muchísimas acepciones, me parece que tiene que estar centrada en el entendimiento de la cuestión que hoy estamos discutiendo. Me parece que es central conceptualizar a lo que hoy se está discutiendo y lo que está controvertido, en todo caso, con el Grupo Clarín, que tiene que ver con cuánto de lo que hoy se puede transmitir y cuánto de lo que hoy se puede recibir detenta un grupo o detenta algún sector, o se distribuye entre todos. Entonces [...] una cosa es el mercado convergente o la digitalización, las nuevas tecnologías que nos van a permitir tener nuevos escenarios, y la realidad de hoy, la que hoy tenemos que administrar, que está en el orden de estas posibilidades técnicas que estábamos hablando. Creo que cuando hablan de señales están hablando de frecuencias, no están hablando de las señales de producción de contenidos (fs. 4088 vta./4089)".

También se preguntó a la demandada sobre los motivos por los cuales se estableció que un operador de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico -TV por cable- podrá explotar en el ámbito nacional un máximo de 24 licencias (fs. 4089 vta.).

Respondió que: "Nuevamente, aquí tiene que ver con el legislador cuando está pensando en la integralidad, cuando está pensando en el conjunto, y le tiene que dar un volumen, un tama-

ño a un determinado mercado o un determinado sector. Tiene que ver en principio con evaluar cuál es el punto de inicio [...] Si [...] es que los licenciatarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias cada uno, dar 24 como máximo implica estar dando más de 15 veces lo que el promedio tiene. A su vez, evaluar que sólo vulneran las 24 licencias, en este caso son dos los grupos. Por lo tanto, la afectación entre 709 licenciatarios y dos que deben adecuarse, era más que razonable para llevarlo a un mercado igualitario. Adicionalmente es bueno señalar que con las 24 licencias más sus extensiones autorizadas de acuerdo a lo que la ley marca se puede alcanzar el 35 por ciento del mercado. El Grupo Clarín lo podría alcanzar. Podría llegar al tope de participación de mercado, el mismo tope que tiene DirecTV, el satelital, o cualquier otro licenciatario con las 24 licencias más sus extensiones que hoy posee. Por lo tanto, ni siquiera en ese caso podría decir que está siendo vulnerado este derecho. Por lo tanto, tiene que ver con una relación -lo vuelvo a decir- de mercado. Con 24 licencias más sus extensiones se puede tener por supuesto una compañía que sería 15 veces más grande que el promedio que hoy tienen los licenciatarios, que permitiría a la compañía que mejor se desarrolle llegar y alcanzar el 35 por ciento del tope, por lo tanto era un número razonable (fs. 4089 vta.)".

En lo concerniente a las razones por las que se considera conveniente que quienes explotan una licencia de cualquier servicio de radiodifusión no puedan ser titulares del registro de más de una señal de contenido la demandada (fs. 4090) expresó que la ley 26.522 "...trató de poner barreras tanto a la acumulación concentrada en términos horizontales, en términos de propiedad cruzada, y también en términos de integración vertical de la actividad. Básicamente lo que se busca es que no se generen situaciones disvaliosas en términos de que quien produce la señal, que también las distribuye, genere dos tipos de efectos: o bien privilegie las señales producidas por sí por sobre las de la competencia, o bien en razón de que sus sistemas de distribu-

ción tienen sus propias señales decida no incluir a las señales de la competencia. Esto además tiene una explicación económica que está dada por la posibilidad de difusión de contenidos.” Agregó que “[u]n detalle que tiene que ver con la pluralidad. Entendamos que para el usuario, cuando elige un sistema de provisión de cable, el proveedor pasa a ser monopólico. Lo que llega por ese cable es lo que el usuario ve. Por lo tanto, si usted llega con el cable y puede producir todas las señales que van en ese cable, no hay libertad de expresión, no hay pluralidad”. Hizo referencia a la figura del monopsomio y expresó que “un problema cierto es que si yo tengo el monopolio de la distribución, tener además la producción, es decir, ser el dueño del producto, genera que lo que estoy haciendo es tener el monopolio de la información, del contenido. Las limitaciones respecto de esto están perfectamente ligadas con el concepto de distribución...” Y leyó “...un informe elaborado por la Comisión de Defensa de la Competencia, también en el año 2007, denominado “Problemas de Competencia en el Sector de la Distribución de la Televisión Argentina”, en el que se expresa: “...El alto grado de integración vertical que existe en la Argentina entre los proveedores de señales y los operadores de sistemas televisivos –cable, satélites y televisión abierta– hace que muchas prácticas de exclusión sean posibles entre los operadores y en muchos segmentos y en muchos mercados geográficos [...] Resulta también factible además que ocurra el fenómeno inverso. Es decir, que a través de la negativa a adquirir señales por parte de un gran operador integrado verticalmente con un proveedor de señales, se busque excluir del mercado a otro proveedor desintegrado, a los efectos de incrementar el poder del mercado del proveedor integrado. Estos casos son más infrecuentes, en virtud de que a nivel global cada operador individual es usualmente un cliente relativamente pequeño de los proveedores de señales, aunque puede ser monopolista en su área geográfica. Conforme la concentración de operadores va aumentando sin embargo [...] –señala la Comisión– [...] este problema puede comenzar a aparecer como un tema de mayor importancia, en especial con las señales de carácter local o nacio-

nal. Este es el tipo de antecedente que se tuvo en cuenta al momento de dictar este límite (4090/4090 vta.)".

Asimismo, el Tribunal formuló la siguiente pregunta: ¿Por qué razón en materia de licencias de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico -TV por cable- se estableció a nivel nacional un doble límite: número máximo de licencias y hasta un 35 por ciento del total nacional de abonados? (fs. 4090 vta.).

La representación de la demandada respondió que "El 35 por ciento nacional de abonados es por una cuestión de mercado [...] Las 24 licencias por lo que expresábamos antes. Para mantener la diversidad, para mantener la pluralidad en la tenencia de los sistemas de cable, había que poner un límite a esta tenencia, que a su vez hace a la eficiencia, porque uno necesita, al tener menos posibilidades de ocupar territorio, tener más eficiencia en la prestación del servicio que da, tener más penetración de mercado en el territorio que da. Hay una cuestión [...] también sería ilógico pedirle a un proveedor de servicio de cable que tenga un sistema de cable en Buenos Aires y uno en La Puna, y llevar un cable de Buenos Aires a La Puna con el mismo sistema. Por lo tanto, tiene que ver con esta integralidad, con pensar que las 24 licencias le permiten cubrir un área geográfica de tal magnitud que le permite alcanzar la cuota de mercado, que es para todos los sistemas de comunicación audiovisual, y de esa manera poder entonces ordenar un mercado que, como decía antes, tiene setecientos y tantos licenciatarios y que todos tienen que tener la misma oportunidad, las mismas reglas de negocio (fs. 4090 vta.)".

También se preguntó a la demandada sobre cuál es en el mercado relevante la escala mínima adecuada para la prestación del mejor servicio al menor precio y si es suficiente el 35 por ciento (fs. 4090 vta.).

La respuesta fue que: "Sí, es suficiente [...] quiero remitir al fallo de minoría de un caso muy reciente en Norteamérica

rica, que es Comcast II, en el cual la acción se rechazó por no cumplir las condiciones de certificación de la acción de clase, pero el voto de la minoría llega a decir que incluso en una localidad donde hay cuatro proveedores y cada uno de esos proveedores tiene el 25 por ciento cada uno, ya es un mercado concentrado. En este sentido, y demuestra la sustentabilidad de las empresas económicas argentinas, es mucho menos del 35 por ciento y permite empresas más que sustentables [...] Uno tiene que ser cuidadoso con basar conclusiones sobre supuestos falsos. Acá permanentemente se ha repetido uno de ellos. ¿En qué consiste este supuesto falso? En suponer que las economías de escala se trasladan a los precios. Es decir, uno lo observa en la pericia económica, que con un ejemplo simple dice: si a mí me cuesta un peso dar el servicio a dos personas y por economía de escala el tercero no me significa costo, el costo va a ser inferior. Pero, ¿qué garantiza que ese inferior costo se traslade al precio? La única garantía es la competencia, y esto no ocurre en este mercado. Para hablar de datos concretos, si ustedes toman los estados contables de Cablevisión, van a notar que desde el 2006 –y digo 2006 porque fue la fecha de la fusión, más precisamente 2007, cuando se dan los datos consolidados, de 2007 a 2012, Cablevisión informa que por cada 100 hogares que tienen acceso a su red, sólo le vende a un promedio de 45 por ciento. Es notable ver que en cada año prácticamente se mantiene el mismo porcentaje. Entonces, si resulta que hay costos de escala, si resulta que en vez de dar a 45 de cada 100 hogares, darle al número 46 me resulta casi gratis, ¿por qué no le da el servicio? No se lo da por dos razones. La primera es porque ha logrado una combinación de precio y cantidad que maximiza sus beneficios. Darle a un próximo implicaría reducir sus precios o transformarse en un monopolio discriminador, que a veces lo hace, que es la máxima expresión del monopolio: le fijo a cada usuario un precio diferente. La segunda razón, aún más importante, y eso ustedes yo creo que –disculpen– tuvieron participación en el tema de la multa a las cementeras de la Comisión de Defensa de la Competencia, es cómo los monopolios se protegen. Tienen una capacidad

productiva en exceso. Entonces, yo le estoy diciendo a mis posibles competidores: miren, si ustedes quieren ingresar a competir conmigo, van a tener que poner una red, y yo puedo duplicar rápidamente mis usuarios bajando el precio y ustedes no tendrán posibilidades de financiarse. Lo que existe, y esto es muy simple, se informa por los balances... (fs. 4090 /4090 vta.)".

La Corte interrogó a la demandada acerca de qué manera concreta la restricción a la propiedad cruzada prevista en el artículo 45, punto 2 (orden local), incisos c y d, de la ley 26.522 permite lograr los objetivos perseguidos por el legislador (fs. 4091 vta.).

La respuesta fue que "...Hay que pensar en el país y que una vez que uno abandona la Capital Federal sucede esto: muchas de las señales de televisión abierta son del mismo dueño que maneja el cable, con lo cual no hay ningún tipo de diversidad informativa. En la provincia donde yo vivo sucede esto -San Juan y no es el Grupo Clarín quien es el titular de ambas. Lo que se buscó nuevamente es impedir una integración de manera tal que en las ciudades quien tiene, pensemos la escala de las ciudades del interior del país, quien maneja el sistema de cable no pueda al mismo tiempo manejar muchas veces la única estación de televisión abierta que existe. Acá hay un tema que no es menor. La televisión analógica y para que lleguemos a la digital en forma plena falta un largo trecho no tiene tantas frecuencias como para poner muchas estaciones de televisión abierta a lo largo del país, porque nos repartimos las frecuencias. Digo, donde usa el Canal 11 hay muchos kilómetros en los que no lo puedo volver a usar, con lo cual con apenas nueve canales tengo que dar cobertura a todo el país [...] hay muchos motivos por los cuales se ha legislado en este sentido y no permitir que en una misma localidad se tenga la televisión abierta y el cable. Tiene que ver con la sustentabilidad de los medios, con permitir más voces. La televisión abierta se sustenta por la publicidad; el cable, por el abono. Para el cable es obligatorio subir la señal de la televisión abierta local, por lo tanto, si nosotros permi-

timos que el mismo dueño sea el dueño de la televisión y del cable, se queda con la publicidad, se queda con el abono y se queda con las dos voces. De la otra manera lo que estamos haciendo es que quien tiene televisión tiene una voz, quien tiene el cable tiene otra voz, porque está obligado a tener una señal de producción propia local, por lo tanto, tiene su voz local, el otro actor tiene una voz, uno se sustenta con la publicidad y el otro con el abono.

18) Que el perito en economía Licenciado Néstor Rubén Alessandria fue interrogado acerca de cuál es en el mercado argentino la escala mínima adecuada para la prestación del mejor servicio al menor precio y si es suficiente el 35 por ciento.

Respondió que: "Parecería que el 35 por ciento como porcentual es un porcentual fijado arbitrariamente. En realidad, lo que hace al fijarse ese 35 por ciento y tener un límite implicaría que las empresas no invertirían. Y tendrían una mala calidad, porque ya estarían aseguradas hasta un determinado tope, lo cual implicaría una menor prestación, un menor bienestar para el usuario. (fs. 4095 vta.).

19) Que a los efectos de resolver la cuestión planteada, corresponde comenzar por delimitar el campo de tensión en el que debe actuar este Tribunal. Para ello, cabe recordar en primer término que el alcance del control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial en los casos concretos traídos a su conocimiento debe ser respetuoso de los principios que en nuestra Constitución Federal equilibran el poder para limitarlo (causa R.369.XLIX "Rizzo, Jorge Gabriel -apoderado Lista 3 Gente de Derecho- s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar", sentencia del 18 de junio de 2013). En ese sentido, el principio republicano de la división de poderes establece la existencia de tres poderes del Estado con funciones bien definidas, de manera que ningún departamento de gobierno pueda ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas

por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47).

Ese marco de equilibrio asigna al Poder Judicial la función de asegurar la supremacía del texto de la Constitución Federal, mas de ninguna manera lo autoriza a valorar el acierto o error de las políticas públicas que establecen los poderes políticos de la Nación.

En aplicación de estos principios definitorios de la forma republicana de gobierno, corresponde en el presente caso evaluar la conformidad de la ley 26.522 con las normas que componen el bloque de constitucionalidad federal, sin considerar la conveniencia política, económica, social o el impacto tecnológico futuro de las decisiones que adoptó el legislador para regular el mercado audiovisual en la Argentina. Esos juicios corresponden en forma total al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, que eligen —al legislar y administrar— cómo asignan los medios que consideran más aptos para cumplir con los objetivos del Preámbulo de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad de los habitantes.

En este contexto, esta Corte no deja de advertir que en la audiencia realizada en la causa el 28 y 29 de agosto, se puso de relieve que la ley en examen no considera puntos relevantes en la materia, entre otros, los relativos a la convergencia tecnológica, al impacto de internet en los medios audiovisuales, a las nuevas formas de acceso y a la producción de contenidos audiovisuales. Esta omisión podría, de acuerdo a las exposiciones de algunos de los *amicus curiae*, tornarla obsoleta en un breve plazo. Incluso se ha controvertido que colabore a abaratir los precios de los servicios por suscripción y a posibilitar un mayor acceso a ellos por parte de la población (confr. exposición del *amicus curiae* en representación de ADEPA y del *amicus curiae* en representación de CODELCO, fs. 4054 y 4057 vta.). Tampoco desconoce el Tribunal que, en algunos aspectos —como, por ejemplo, el vinculado al sostenimiento económico de los proyectos comunicacionales—, la regulación ha sufrido cier-

tos fracasos en su puesta en marcha (confr. resol. 929/12 y 930/12 del AFSCA).

Sin embargo, como ya se ha señalado, la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta. Corresponde sólo a los legisladores realizar un examen de la conveniencia o acierto del precepto y eventualmente disponer, si así lo consideran, las modificaciones que estimen necesarias.

20) Que en segundo término cabe resaltar que el análisis constitucional de la ley en el caso es absolutamente ajeno a los hipotéticos conflictos futuros que pudieren surgir por su aplicación. Es por ello que ciertas afirmaciones formuladas en la demanda y en la audiencia pública, como las relacionadas con la intención de castigar o privilegiar a medios en función de la línea editorial, de efectivizarse, deberán ser objeto de las correspondientes acciones judiciales. En este punto, es de vital importancia recordar que el órgano encargado de aplicar la ley debe ser técnico e independiente, ajeno a indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión. En igual sentido, y en tanto fue expresamente planteado por la actora, aquellas cuestiones relativas a la pauta o publicidad oficial y a la asfixia económica, podrían encontrar solución, de concretarse, por las vías procesales pertinentes, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal en la materia en las causas publicadas en Fallos: 330:3908 y 334:109 ("Editorial Río Negro" y "Editorial Perfil", respectivamente).

21) Que para terminar de establecer el ámbito de actuación de esta Corte, es necesario precisar que en esta oportunidad debe expedirse por primera vez y en forma definitiva respecto de la totalidad de las cuestiones planteadas en la presen-

te causa.

Con anterioridad, le ha correspondido intervenir en el acotado marco de una medida cautelar. En esa ocasión, el Tribunal destacó que la validez del régimen de multiplicidad de licencias y de la obligación de desinvertir previstas en la ley 26.522, constituirían el objeto de la acción declarativa de certeza sobre el que nada correspondía resolver, y que sólo constituía materia sometida a su decisión el plazo de un año para cumplir la desinversión forzada (*Fallos: 333:1885*, considerando 4º). Posteriormente, se limitó a examinar el plazo de 36 meses de vigencia de la medida cautelar dispuesta por la cámara (*Fallos: 335:705*) y la validez de su extensión (*Fallos: 335:2600*).

Resulta evidente entonces que lo relativo a la medida cautelar trámitó con independencia del mérito de las peticiones de fondo. Respecto de la constitucionalidad de los artículos impugnados, se pronunció el juez de primera instancia el 14 de diciembre de 2012 y la cámara el 17 abril de 2013, y dictaminó la Procuradora General de la Nación el 12 de julio de 2013. En el marco de la audiencia pública, tanto los *amicus curiae* como las partes expusieron sus argumentos sobre las cuestiones planteadas a decisión de este Tribunal. De esa manera quedó concluido el debate y la causa en condiciones de que esta Corte se pronuncie abordando en forma acabada y definitiva la totalidad de los cuestionamientos que se han formulado a la ley.

22) Que los recursos extraordinarios deducidos resultan formalmente admisibles en cuanto se encuentra en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal —la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y su vinculación con derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, tales como el de propiedad y el de libertad de expresión—, y la decisión ha sido contraria al derecho que los distintos apelantes han fundado en ellas (artículo 14, inc. 3º, de la ley 48).

Asimismo, en dicho contexto la Corte Suprema no se

encuentra limitada en su decisión por los argumentos expresados por las partes o por el a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros). Los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia planteados en los recursos de queja interpuestos por el Estado Nacional y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) serán tratados en forma conjunta por encontrarse vinculados en forma inescindible a la cuestión federal.

23) Que la crítica atinente al rechazo de la excepción de falta de legitimación de Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. remite al examen de una cuestión de hecho, prueba y de derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena –como regla y según su naturaleza– a la instancia extraordinaria. Además, no puede dejar de señalarse que los fundamentos dados por el a quo para resolver como lo hizo resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad.

24) Que atento al modo en que fue decidida la cuestión por el a quo, los diferentes agravios expresados por las partes se entrecruzan bregando por la validez o la inconstitucionalidad de las distintas disposiciones en juego. Por tal motivo, para su adecuado tratamiento, se abordará cada uno de los artículos impugnados en la demanda conforme a su orden correlativo y se examinarán en cada oportunidad los planteos de todos los recurrentes a ese respecto.

25) Que corresponde en primer lugar examinar la constitucionalidad del artículo 41 de la ley. La parte actora lo ha cuestionado porque afirma que resulta lesivo de sus derechos de propiedad y de libertad de comercio (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional). Alega que, al sujetar la transferencia de las licencias a la aprobación de la autoridad estatal e impedir la enajenación de más del 50% del paquete accionario de las licenciatarias, transforma retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles.

Este agravio debe rechazarse por dos motivos. El primero radica en que, contrariamente a lo que sostuvo la recurrente, no hay afectación retroactiva. El sistema anterior a la ley 26.522 no consagraba la libre transferibilidad de las licencias de servicios de radiodifusión y de sus complementarios sino que exigía contar con la respectiva autorización (confr. ley 22.285, artículo 85 según texto modificado por decreto 1005/99 y artículo 46 inc. f modificado por decreto n° 1062/98. En esta misma línea, confr. resoluciones COMFER n° 1110/2010 y n° 1488/2006). Además, es dable indicar que este recaudo fue, en parte, reconocido por la actora en la audiencia pública (confr. fs. 4080/4080 vta.) y que este reconocimiento se ajusta a la conducta por ella asumida en los pedidos de autorización que motivaron el dictado de la resolución COMFER 577/2009 (confr. fs. 171/233).

El segundo motivo que lleva a descartar la tacha de inconstitucionalidad del artículo 41, en cuanto establece un límite cuantitativo al porcentaje del paquete accionario susceptible de ser transferido, es que esta disposición rige una de las variables que, por tratarse de una actividad de interés público, el Estado tiene la facultad de regular para asegurar que, en la práctica, no se alteren sustancialmente las condiciones particulares por las que las licencias fueron adjudicadas a sus titulares y no a otros.

Desde esta perspectiva, en tanto la norma permite autorizar la transferencia de una porción por demás significativa del paquete accionario de la licencia, no apareja, como está formulada, una restricción manifiesta a los derechos de propiedad de la actora con entidad tal que implique suprimir de plano o de un modo particularmente gravoso sus derechos patrimoniales.

26) Que en cuanto a las objeciones relativas al artículo 45 ("multiplicidad de licencias"), el Grupo Clarín enfoca su planteo, sustancialmente, desde el punto de vista de una vulneración a la libertad de expresión.

Al respecto corresponde recordar que tanto la Constitu-

tución Nacional en sus artículos 14 y 32 como los distintos instrumentos internacionales (Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución N° 59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) consagran a la libertad de expresión como un derecho fundamental.

Esta Corte ha sostenido que la verdadera esencia del derecho a la libertad de prensa radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir (Fallos: 269:189 y 315:632), como también que dicha libertad tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de esa clase de censura y la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308 y 311:2553).

27) Que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter, es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la Nación. Este pensamiento responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervenientes.

Dentro de ese marco, las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y por tanto de todos y cada uno de sus miembros. Desde dicha perspectiva resulta fundamental considerar que es esencial para la concep-

ción republicana que inspira a nuestra Constitución Nacional que se permita el libre despliegue de un debate robusto y amplio que autorice la libre participación de aquellos interesados en recibir y dar información. Una concepción moderna de la libertad de prensa se asienta también en la apertura de los canales de información de modo que todos los habitantes de la Nación, ciudadanos y extranjeros, puedan alcanzar el necesario acceso a las fuentes de información imprescindibles para el desarrollo de todo Estado realmente democrático (Fallos: 330:3908, disidencia del juez Maqueda).

Sin embargo, no es posible ignorar que también se ha señalado que las garantías constitucionales no son absolutas si no que se desenvuelven en el ámbito que está dado por la finalidad con que son instituidas y que, en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídicamente protegido (Fallos: 324:975). Ello es así ya que ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo ni excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión.

28) Que, a la hora de valorar la forma en que el Estado regula la materia, es importante señalar que ya en el año 1992 esta Corte tuvo oportunidad de exponer una serie de reflexiones acerca de los nuevos desafíos que en materia de libertad de expresión se presentaban como consecuencia de los cambios económicos y sociales que afectaban a las sociedades contemporáneas, muchas de las cuales aún resultan vigentes no obstante los avances tecnológicos que se han registrado desde entonces. En efecto, en Fallos: 315:1492 se destacó que "...a lo largo de los siglos XVII y XVIII y hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado por la conquista de la libertad de expresión y la consagración del derecho de prensa. Estas reivin-

*dicaciones individuales, verdaderas conquistas del liberalismo, se encuentran consagradas en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre: la libre comunicación de pensamientos y expresiones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar, imprimir libremente'. Pero en nuestro tiempo, -se aduce- por obra y gracia de la revolución técnica, los contendientes en la lucha por el dominio y control de los medios de comunicación han cambiado. El individuo como sujeto activo está virtualmente eliminado. Quienes se enfrentan son el Estado y los grupos; y los grupos entre sí".*

De la misma manera, y tal como lo señalara el *amicus curiae* en representación de la Confederación Cooperativa de la República Argentina (confr. fs. 4058 vta./4059), en el año 2003 el Tribunal insistió en señalar la necesidad de adecuar los tradicionales criterios sentados en materia de libertad de prensa a los cambios tecnológicos y económicos operados en la radiodifusión. Así, destacó que si bien era cierto que el incremento de la demanda informativa, la extensión de la zona de influencia del medio, la modernización de los instrumentos materiales a utilizarse en la radiodifusión y las circunstancias de naturaleza comercial, financiera y social determinaron la organización comercial y empresarial de la radiodifusión para lograr mayor efectividad y eficiencia del servicio, ello no debía desplazar la posibilidad de que personas jurídicas sin fines de lucro, que contribuían al desarrollo del bien común, pudieran tener acceso a tales medios de comunicación.

Por ese motivo, y con el objetivo de garantizar el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos, se declaró la inconstitucionalidad de la norma que vedaba a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro, la posibilidad de concursar para aspirar a prestar un servicio de radiodifusión sonora por frecuencia modulada (Fallos: 326:3142).

29) Que, por otra parte, resulta ineludible señalar

que el énfasis marcado en los precedentes anteriormente citados sobre la importancia del pluralismo en los medios de comunicación y del que se deriva el deber estatal de promoverlo, respetarlo y garantizarlo, tiene un expreso correlato en distintos pronunciamientos emitidos por los órganos internacionales de aplicación de los tratados de derechos humanos que también tutelan en forma amplia este derecho fundamental.

En efecto, en el ámbito internacional existe un consenso establecido en cuanto a que los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación, sea en manos privadas o estatales, restringen la pluralidad y diversidad necesaria para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la información y expresión de los ciudadanos, y a que, en atención a ello, los Estados no sólo deben abstenerse de realizar acciones positivas que restrinjan indebidamente el acceso plural a estos medios sino que deben, además, precisamente impedir se conformen esas situaciones de concentración (cf. Comité de Derechos Humanos; CCPR/C/GC/34, Observación general nº 34 y 10; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos e Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de los años 2004 y 2010; Declaración conjunta sobre diversidad en la Radiodifusión efectuada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2007).

30) Que en síntesis, lo hasta aquí expuesto permite concluir que la protección de la libertad de expresión no sólo autoriza al Estado sino que, a la vez, lo obliga a adoptar una serie de medidas destinadas a promover, respetar y garantizar la pluralidad en los medios de comunicación. Así, entre otras, debe

dictar un marco normativo que prevenga la concentración indebida de la propiedad pública y privada de los medios y controlar su observancia; debe abstenerse tanto de aprobar operaciones como de otorgar licencias que puedan conducir a la configuración de esa clase de concentración y debe ejecutar las leyes antimonopólicas existentes cuando se verifiquen conductas que distorsionan la competencia, extremo este último que implica adoptar las medidas necesarias para obtener la liquidación, disolución, desconcentración o división de las empresas infractoras (cf. en el mismo sentido, Unesco, Indicadores de Desarrollo Mediático: marco para evaluar el desarrollo de los medios de comunicación social, 2008, págs. 22/23). De este modo, el Estado se encuentra compelido a regular en esta materia en aras de garantizar la pluralidad y diversidad de voces. No obstante, este mandato deberá ser siempre implementado en el marco del más absoluto respeto de las libertades individuales pues las dos facetas que presenta el derecho a la libertad de expresión no resultan excluyentes sino complementarias.

31) Que es a partir de estas premisas que corresponde examinar el artículo 45 de la ley 26.522. Dicho precepto, con el fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local, establece el régimen de multiplicidad de licencias. A tal efecto, determina que una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, con sujeción a una serie de límites a nivel nacional, local y en concepto de señales de contenido.

32) Que el Estado Nacional cuestiona el análisis diferenciado de la validez de esta norma que efectuó la cámara según se tratara o no de un medio de comunicación audiovisual que usara el espectro radioeléctrico.

Cabe aclarar que la facultad de dictar regulaciones en esta materia que cumplan con la importante finalidad antes apuntada no se circumscribe, únicamente, a los medios de comunicación audiovisual que usen el espectro radioeléctrico. Los me-

dios que no lo utilizan, aún cuando sean desarrollados por sectores privados, también prestan una actividad de interés público que integra y conforma el foro de ideas donde opera la libertad de expresión que el Estado debe garantizar en forma plena, incluso mediante el dictado de normas que prevengan un grado de concentración económica tal que atente contra la pluralidad de voces. Resulta pertinente señalar que esta clase de medios, a diferencia de otros no regulados por el artículo 45, utilizan en parte, para su instalación, bienes y espacios públicos, extremo que determina que su prestación no depende exclusivamente de la voluntad individual de quien quiere desarrollarla sino que está necesariamente sujeta al poder regulador de la autoridad pública.

En línea con ello, debe tenerse presente que esta Corte ha establecido que es precisamente atendiendo al carácter reducido del espectro radioeléctrico que, en aras de asegurar los derechos de terceros y el interés público, se admite respecto de los medios de comunicación que lo utilizan "una mayor reglamentación" (Fallos: 326:3142 cit., considerando 8º). La referencia a que en este campo se admite una "mayor reglamentación" sólo puede ser aprehendida en todo su alcance conceptual si se parte de la base de que ésta se formula en términos comparativos respecto de reglamentaciones de medios no escasos, las que, por no regular el uso de un bien público finito, deberán ser menos intensas o restrictivas.

En consecuencia, más allá de las particularidades propias de cada uno de los medios de comunicación audiovisual, la reglamentación de los que no utilizan el espectro radioeléctrico no implica por definición invadir una esfera que esté a priori ajena a toda clase de intervención regulatoria estatal; sin perjuicio de que, como resulta claro, esta normativa, para ser válida, debe respetar los demás límites constitucionales y convencionales de legalidad y razonabilidad.

33) Que, por lo demás, corresponde señalar que la argumentación desplegada por la actora a lo largo del proceso, al

postular la absoluta imposibilidad de dictar normas que regulen este aspecto, resulta abiertamente contraria a la conducta asumida bajo el amparo del régimen anterior. En efecto, tal como surge en forma clara de las constancias agregadas al expediente y de lo expresado en el marco de la audiencia pública (fs. 171/233 y 4080 vta./4081), bajo el anterior sistema, esta misma parte solicitó a la autoridad de aplicación la autorización para contar con dichas licencias y efectuó presentaciones para adecuarse a ese régimen. Este proceder implica reconocer la validez de la facultad regulatoria en sí misma, más allá de las particularidades que hacían a su contenido.

34) Que despejadas las dudas respecto del alcance de la potestad regulatoria estatal, corresponde destacar que los límites establecidos a la multiplicidad de licencias tanto en el orden nacional como local (artículo 45, inciso 1º, apartados b y c, e inciso 2º, apartados a, b y c) se enmarcan, tal como se señaló precedentemente, en las facultades privativas del Poder Legislativo de promover un enfoque pluralista de la información y de los múltiples puntos de vista, garantizando el acceso a los medios de comunicación y la diversidad de propietarios.

Dentro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente su derecho a la libertad de expresión.

35) Que, en lo que hace al régimen de multiplicidad establecido en la ley respecto de los medios de comunicación audiovisual que utilizan el espectro radioeléctrico es precisamente en atención al carácter limitado que presenta este medio que se admite, por parte del Estado, una regulación más intensa y restrictiva. En este sentido, no debe perderse de vista que el espectro radioeléctrico es utilizado no sólo por los medios de comunicación audiovisual sino también por los servicios de telecomunicaciones en general (que comprenden no sólo las comunica-

ciones interpersonales sino también las de las fuerzas de seguridad y las del transporte marítimo y aéreo). Por ello, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que puedan desarrollarse cada una de estas importantes prestaciones evitando que tengan lugar interferencias indebidas que puedan comprometer, por un lado, la buena recepción de las señales de radiodifusión y, por el otro, la eficacia de las telecomunicaciones de la que depende, en muchos casos la seguridad pública, como es notorio en el caso aeroportuario (confr. lo expresado en la audiencia pública por el representante del Estado Nacional, fs. 4088 vta./4089).

Es desde esta perspectiva que se concluye que el límite establecido por la ley posee un justificativo objetivo y técnico, y resulta acorde a la finalidad perseguida de permitir el acceso plural e igualitario por parte de otros actores a expresarse adecuadamente en un medio técnicamente restringido y de garantizar, correlativamente, el derecho de la sociedad de recibir dicha información plural.

36) Que, por lo demás, la limitación cuantitativa de licencias establecida en la norma constituye una de las opciones que el legislador válidamente puede determinar dentro de sus facultades respecto de un contexto que, como se dijera precedentemente, responde a una realidad dinámica al encontrarse sujeto a cambios sociales, económicos y tecnológicos que pueden justificar su modificación. Estas variaciones pueden advertirse en las últimas regulaciones en la materia en las que el número máximo de licencias para explotar servicios de radiodifusión que se otorgaban a una persona física o jurídica osciló entre cuatro (artículo 43 de la ley 22.285) y veinticuatro (artículo 43 de la ley 22.285 según la modificación efectuada por decreto de necesidad y urgencia nº 1.005/99).

Más allá de este dato, no puede perderse de vista que, por lo menos hasta la reforma legal efectuada en el año 2005, como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal en Fallos: 326:3142, el régimen de multiplicidad previsto

excluía a determinados actores, por ejemplo, las organizaciones sin fines de lucro. De manera que, el actual régimen al incorporar a nuevos actores –universidades, pueblos originarios, etc.– debe distribuir las licencias que permiten utilizar dicho espacio finito teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el acceso de un universo de emisores que resulta más amplio que el anterior.

37) Que también cabe resolver las críticas atinentes al número máximo de licencias de servicios de radiodifusión con vínculo físico establecido en el orden nacional, así como al límite máximo del 35% de participación del mercado (artículo 45, inciso 1, apartado "c"). Desde una visión de conjunto, de integralidad del sistema, el tope de 24 licencias a nivel nacional habría sido fijado tomando como punto de inicio que los licenciatarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias, y que sólo dos grupos excedían de esa cantidad (confr. lo manifestado por el Estado Nacional en la audiencia pública del día 29 de agosto, fs. 4089 vta.). Además, se habría evaluado que con esas licencias, más las extensiones autorizadas, se podría alcanzar el 35 por ciento del mercado, lo que garantiza un grado suficiente de penetración comunicacional y de sustentabilidad económica (confr. punto 5.7. del recurso extraordinario del AFSCA y audiencia pública del 29 de agosto, fs. 4089 vta.). De tal manera, la limitación a la cantidad de licencias y del porcentaje de mercado se presentan como el corolario de una investigación en la que se hizo mérito de diversos factores relevantes, arribando a una conclusión que –con independencia de su acierto o conveniencia– no conculca la garantía de razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional).

38) Que corresponde ahora evaluar el argumento dado por la cámara referido a la irrazonabilidad de la diferente regulación de las licencias de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción respecto de aquellas de servicios de televisión por suscripción sobre soporte físico.

Es doctrina reiterada de la Corte Suprema que la ga-

rantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal, de clase o de ilegitima persecución (Fallos: 310:849; 330:855, entre muchos otros).

En idéntico sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma" sino solo aquélla que "carece de justificación objetiva y razonable" (conf. OC 17/02, del 28 de agosto de 2002). De ese modo se ha marcado la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos (conf. Caso Castañeda Gutman c/ México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008).

En el caso, aun cuando la televisión satelital y por cable brindan un servicio similar e integran un mismo mercado, lo hacen sobre la base de un distinto soporte técnico. El alcance de la señal satelital, por sus propias características, a diferencia del cable, no puede limitarse por zonas geográficas (confr. respuestas del Estado Nacional en la audiencia del 29 de agosto, fs. 4089 vta.). Esta circunstancia brinda un sustento objetivo que justifica la diferente regulación encarada por la norma.

39) Que tampoco se ha explicado ni demostrado que el precepto impugnado coloque en una posición de privilegio al servicio de comunicación audiovisual sobre soporte satelital por suscripción frente a quienes lo prestan por soporte físico, dado que el primero también se encuentra sujeto a limitaciones y res-

tricciones –generales algunas, específicas otras– en materia de cuota de mercado, multiplicidad de licencias y señales de generación propia.

En efecto, por una parte, desde un punto de vista general y aplicable a “...todos los servicios...” (último párrafo del inc. 1º, del artículo 45), se impide a los titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital la posibilidad de brindar sus prestaciones a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda. De esta manera, el número máximo de abonados que podrá registrar el titular de una licencia de este tipo es idéntico al que se establece para los prestadores del servicio de televisión por cable (confr. artículo 45 del decreto 1225/2010 y audiencia pública fs. 4089 vta.). Asimismo, los licenciatarios de televisión por suscripción (sea por cable o por satélite) no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la de generación propia (artículo 45, inciso 3º, ap. b). Por otra parte, el artículo 45, inc. 1º, ap. a, establece que el titular de una licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital por suscripción no podrá ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual. Esta disposición no resulta aplicable a los licenciatarios de servicios por televisión por cable quienes pueden brindar dicha prestación junto con alguna otra de las alcanzadas por la ley 26.522.

En síntesis, si bien es cierto que la norma otorga un diverso tratamiento a la televisión por suscripción satelital respecto de la televisión por suscripción por cable, tal decisión se encuentra justificada en las características técnicas propias que cada una presenta. Además, sujeta al primero a ciertas restricciones que impiden sostener que el distinto tratamiento otorgado a ambos servicios resulte discriminatorio, inequitativo o arbitrario.

40) Que tampoco son atendibles las objeciones formu-

ladas a las restricciones establecidas en el artículo 45, apartado 2º, que limita ciertas configuraciones a la propiedad cruzada de medios de comunicación audiovisual en el ámbito local.

Tales limitaciones guardan una razonable correspondencia con el fin que esta disposición persigue de favorecer el pluralismo informativo en contextos en que, precisamente por su dimensión social y geográfica acotada, la superposición en la titularidad de medios compromete de un modo más grave la posibilidad de una real diversidad informativa. En efecto, la existencia de este peligro fue ilustrada en la audiencia tanto por el Estado Nacional como por el *amicus curiae* en representación de la Confederación Cooperativa de la República Argentina en cuanto expusieron que la propiedad cruzada de medios en este ámbito impide el pluralismo por dos razones.

En primer lugar, particularmente en lo que hace a la propiedad conjunta de un servicio de radiodifusión televisiva abierta y de uno por suscripción, porque lleva a concentrar los incentivos económicos de los medios de comunicación masiva (como ser, por ejemplo, publicidad y abono) lo que impide que sean económicamente sustentables distintos proyectos comunicacionales (conf. fs. 4091 vta. y 4059 vta.).

En segundo lugar, porque ciertas configuraciones de la propiedad cruzada en este ámbito favorecen la uniformidad informativa, lo que puede llevar a silenciar determinadas informaciones y, en consecuencia, a impedir que la población de una determinada jurisdicción esté adecuadamente informada de los asuntos locales, requisito indispensable para que pueda ejercer el necesario contralor democrático de las autoridades.

41) Que asimismo, un análisis conjunto de las restricciones al régimen de multiplicidad de licencias establecidas a nivel nacional y local permite sostener que éstas buscan evitar la homogeneización en la información que llevaría tratar a toda la ciudadanía como constitutiva de una audiencia única que recibe, desde un centro emisor, y cualquiera sea su ubicación,

un mismo contenido que desatiende las realidades locales propias del federalismo argentino, que deja de lado la necesaria diversidad de puntos de vista y que prescinde del interés de los distintos receptores ubicados a lo largo de todo el país.

En este punto es de particular relevancia que la prueba ofrecida y la exposición efectuada ante el Tribunal en la audiencia pública por la actora sólo han demostrado que los límites impuestos no permitirían al Grupo Clarín operar en la escala económica por ella deseada. Sin embargo, no llevan a concluir que el régimen de multiplicidad resulte un impedimento para desarrollar un proyecto periodístico independiente y económicamente viable o que traiga aparejada la supresión de voces del mercado audiovisual (*Fallos: 330:3908, disidencia del juez M-queda, especialmente considerando 6º*).

42) Que de la misma manera, la restricción en materia de señales de contenidos prevista en el inciso 3º del artículo 45 aparece fundada en la necesidad de establecer límites al grado de integración vertical que existe en el mercado de proveedores de señales y de los operadores de sistemas televisivos, y de evitar que se produzcan prácticas de exclusión entre los actores de ese mercado. Estos aspectos podrían poner en jaque la libertad de expresión y la pluralidad y diversidad por la que el Estado Nacional debe bregar conforme a los preceptos ya tantas veces mencionados.

Por otra parte, no es posible sostener, como se lo hace en la sentencia de cámara al receptar el agravio de la actora, que la disposición resulte inválida porque tenga el efecto de beneficiar a grandes grupos internacionales productores de contenidos. Esto, porque lo relevante a fin de examinar la validez de esta disposición es que esos grupos, al igual que cualquier productor local que decidiera explotar señales de contenidos, no operan, a diferencia de la actora, los servicios de radiodifusión que constituyen el principal canal por el cual las señales pueden llegar al público. En consecuencia, es evidente

que quien produce señales y, a la vez, es titular del servicio que las distribuye goza de una ventaja comparativa respecto de quienes sólo son productores.

Resulta razonable que se establezcan límites a esa situación a los efectos de evitar que, a partir de dicha concentración, se configuren abusos que obsten a una información plural y diversa. Podrá sostenerse que existen formas más convenientes de conjurar este peligro, pero no cabe a esta Corte evaluar cual es la mejor solución al problema sino verificar si la decidida por el legislador es arbitraria o ilegítima, circunstancia que no se configura en el caso.

Aun cuando, por lo dicho, no parezca adecuado enfocar la cuestión desde el punto de vista de la nacionalidad de los productores de contenidos, lo cierto es que la ley 26.522 establece límites y condiciones destinadas a proteger y fomentar la diversidad y la producción artística y cultural nacional (artículo 65 y ss.), por lo que no es posible admitir la tacha formulada por la cámara en este sentido.

Por último, tampoco respecto de este punto se han aportado al Tribunal elementos que le permitan concluir que las restricciones establecidas en la materia impliquen un riesgo cierto a la factibilidad económica del grupo actor u obstruya su derecho a expresarse libremente.

43) Que todo lo hasta aquí expresado lleva, dentro de los ya señalados límites para la revisión del ejercicio de facultades privativas de los otros poderes del Estado, a declarar que las disposiciones contenidas en los artículos 41 y 45 de la ley 26.522 son válidas y compatibles con los principios y garantías constitucionales y convencionales.

44) Que corresponde entonces analizar la constitucionalidad del artículo 48 en tanto establece que "el régimen (...) no podrá alegarse como derecho adquirido" y la del artículo 161 en razón de que obliga a la actora a desinvertir y a hacerlo en un plazo no mayor a un año.

El Estado se agravia de que la sentencia haya declarado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 48 por entender que importa la aplicación retroactiva de una norma que colisiona con el derecho de propiedad del grupo actor. Señala que el a quo adoptó ese temperamento porque inválidamente le confirió al conjunto de prerrogativas que surgen de las licencias un alcance equivalente al derecho real de dominio del ordenamiento civil cuando en esta materia se aplican los principios de derecho administrativo.

Por su parte, el grupo actor afirma que, independientemente del término fijado, el artículo 161 le impone adecuarse al nuevo régimen de multiplicidad de licencias mediante una desinversión forzosa lo que suprime su derecho de propiedad.

45) Que a los efectos de examinar este cuestionamiento procede afirmar que la Constitución Federal reconoce el derecho de todos los habitantes de la Nación de usar y disponer de su propiedad y establece como garantía de ese derecho su inviolabilidad (artículos 14 y 17). De tal manera, ésta asigna al término un concepto que excede el que resulta propio del derecho civil y, desde esta perspectiva, *la propiedad en sentido constitucional es más –y mucho más– que propiedad o dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno a los derechos reales* (Germán Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Buenos Aires, Tomo II, p. 118).

46) Que desde el caso "Bourdieu" (Fallos: 145:307) en adelante, esta Corte Suprema ha reiterado que el término "propiedad" al que hace referencia la Constitución Nacional comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y fuera de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propie-

dad.

47) Que en ese mismo precedente, sobre la base de esta amplia definición, la Corte ha reconocido la existencia de un derecho de propiedad respecto de los derechos que nacen de una delegación de la autoridad del Estado a favor de particulares como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio.

48) Que es con este alcance que la parte actora invoca en su demanda un derecho de propiedad sobre las siguientes licencias:

- 4 licencias de radiodifusión televisiva abierta (en la Ciudad de Buenos Aires -canal 13-, Córdoba -canal 12-, Bahía Blanca -canal 7- y Bariloche -canal 6-).

- 8 licencias de servicios de radiodifusión sonora en AM y en FM (en la Ciudad de Buenos Aires -AM 790 Radio Mitre y FM 99.9-, Córdoba -AM 810 Radio Mitre Córdoba y FM 102.9-, Bahía Blanca -FM 96.3-, San Miguel de Tucumán -FM 99.5-, Santa Fe -FM 99.3-, San Carlos de Bariloche -FM 92.1- y en Mendoza -FM 100.3-).

- 7 señales de contenidos (Canal Trece Satelital, Todo Noticias, Volver, Metro, Magazine, Quiero Música, TYC Sports).

- 180 licencias de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico a través de Cablevisión S.A.

- 36 licencias de servicios de radiodifusión por suscripción por uso del espectro radioeléctrico (UHF y MMDS).

49) Que resulta necesario destacar que las licencias de servicios de radiodifusión televisiva y de radiodifusión sonora en AM y en FM explotadas por el grupo económico actor se originan, en muchos casos, en la década de 1980, sin perjuicio de lo cual fueron renovadas o prorrogadas por resoluciones del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) o decretos del Poder Ejecutivo Nacional dictados en distintos períodos. Los últimos datan de los años 2006 y 2007. En materia de radiodifusión tele-

visiva, por ejemplo, por decreto 1540 de **1989** se concedió la licencia de la estación LS85 TV Canal 13 de la Ciudad de Buenos Aires, la que fue renovada por resolución COMFER 1326 en el año **2004**. Las restantes licencias datan del año **1982** (decretos 414 y 1702) y fueron prorrogadas por el COMFER en los años **1996, 1999, 2004** y **2006** (confr. resoluciones 1839/06, 953/99, 1326/04 y 1839/06).

En cuanto a las licencias de servicios de radiodifusión sonora, las frecuencias cuya titularidad esgrime fueron adjudicadas en **1983** (AM 790 Radio Mitre), **1999** (AM 810 -Córdoba-, FM 96.3 -Bahía Blanca-, FM 103.7 -San Miguel de Tucumán-, FM 99.3 -Santa Fe- y FM 100.3 -Mendoza-), **2003** (FM 92.1 -San Carlos de Bariloche-) y **2006** (FM 102.9 -Córdoba-). La licencia de AM 790 Radio Mitre fue prorrogada por el COMFER en **1998** (confr. resolución 1386/98).

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 527 del año **2005**, el presidente Néstor Kirchner, al suspender por diez (10) años los términos que estuvieren transcurriendo de las licencias de servicios de radiodifusión o sus prórrogas, extendió el plazo por el cual la actora explota las licencias antes señaladas. La validez de este decreto fue aprobada por resolución del 18 de julio de **2007** por la Cámara de Diputados de la Nación y por resolución 288 del 28 de octubre de **2009** por la Cámara de Senadores de la Nación.

50) Que respecto de los servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico, la actora señala en su demanda que opera a través de Cablevisión S.A. 180 licencias. También manifiesta que la explotación de esas licencias es consecuencia de distintas operaciones societarias (fusiones, disoluciones societarias, transferencias accionarias, reorganizaciones societarias, etc.) que celebró con sus titulares originales. El funcionamiento en estas condiciones fue informado al COMFER en diversos trámites administrativos, según resulta del informe del presidente del AFSCA obrante a fs. 171/233, del que se desprende que desde el año 1996 hasta el año 2006 se efectuaron

presentaciones solicitando la autorización de distintas operaciones societarias llevadas adelante por el Grupo Clarín o por sociedades que luego fueron absorbidas por ese grupo (exptes. 1863/COMFER/98, 193/COMFER/02, 761/COMFER/05, 668/COMFER/96, 396/COMFER/98, 1998/COMFER/01, 2034/COMFER/01, 2035/COMFER/01, 411/COMFER/07, entre otros).

Es importante destacar que, desde que esas presentaciones fueron realizadas hasta el año 2009, las autoridades administrativas permitieron que la actora operara en estas condiciones sin expedirse respecto de las autorizaciones solicitadas. En efecto, al ser requerida al respecto en la audiencia celebrada el 29 de agosto del corriente año, la demandada no señaló que el COMFER o cualquier otra autoridad hubiera adoptado medidas concretas cuestionando esta operatoria (confr. fs. 4093). Es recién en el año 2009 que el Interventor de ese organismo de control dictó la resolución 577 por la que se denegó la aprobación requerida por Cablevisión S.A. de la fusión por absorción en virtud de la cual dicha empresa absorbería a MULTICANAL S.A., DELTA CABLE S.A., TELEDIGITAL CABLE S.A., PAMPA TV S.A. y TELEVISORA LA PLATA S.A. Para fundar esa decisión se señaló que el otorgamiento de la autorización no resultaba compatible con el régimen regulatorio vigente y ordenó presentar a Cablevisión un plan de adecuación con el objeto de no continuar infringiendo el régimen de multiplicidad de licencias establecido por la ley 22.285. Según se afirmó en la audiencia, esta resolución se encuentra impugnada judicialmente (confr. fs. 4080/vta.).

51) Que tampoco es posible soslayar que, previamente al dictado de esa resolución, el Grupo Clarín sometió a consideración de la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia la operación de concentración económica a través de la cual adquirió una cantidad de acciones por las que resultaba titular del 60% de la empresa Cablevisión S.A. que, en la misma operación, había adquirido, entre otros, el 98,54% de las acciones de MULTICANAL S.A. En el año 2007, el Secretario de Comercio Interior Guillermo Moreno, a través de la resolución 257, auto-

rizó esa operación que consolidó bajo un mismo control a los dos principales grupos dedicados a la provisión de servicios de televisión pago (confr. punto 224 del dictamen 637 de la Comisión de Defensa de la Competencia que precedió a ese acto). Dicha aprobación fue subordinada al cumplimiento de una serie de compromisos ofrecidos por las sociedades involucradas. Posteriormente, mediante la resolución 113/10, el Ministro de Economía declaró el cese de los efectos de esa aprobación por considerar que se encontraba incumplido el compromiso aceptado en la resolución 257/07. Esta resolución también se encuentra cuestionada judicialmente (confr. fs. 4081).

En el caso de estas licencias para prestar servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico, el decreto de necesidad y urgencia 527 del año **2005**, también suspendió por 10 años el transcurso de sus términos.

52) Que esta reseña permite advertir que, desde finales de los años ochenta y en más importante medida durante el período **2000-2007**, el Grupo Clarín obtuvo una posición en el mercado de las comunicaciones audiovisuales que fue convalidada por el Estado Nacional, que dictó una serie de actos que autorizaron al grupo a aumentar su tamaño y alcance. Así, le otorgó nuevas licencias hasta el año **2006**, también le renovó aquellas que expiraban y, en el año **2005** mediante el decreto 527, suspendió por diez años los términos de todos los plazos en curso. Además, en el año **2007** aprobó una operación de concentración económica que fortaleció a la actora en el mercado de la televisión por cable. Incluso le permitió operar una importante cantidad de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico sin que las autoridades administrativas pertinentes se hubiesen expedido respecto de las condiciones en que esa operatoria se llevaba adelante.

De igual modo es importante señalar que durante el período indicado no se habrían aplicado al Grupo Clarín, en lo que se refiere a su concentración económica o de licencias, san-

ciones por violación a las disposiciones de la ley 22.285 o la ley 25.156. Esto no sólo resultaría de las constancias de la causa sino que, además, se vio ratificado en la exposición de la representante del Estado Nacional en la audiencia el 29 de agosto, quien ante el requerimiento del Tribunal, sólo mencionó la presentación de denuncias mas no la existencia de sanciones concretas o la adopción de medidas relacionadas con la operatoria del grupo en el mercado (confr. fs. 4092 vta.).

53) Que resulta claro entonces que la conducta del Estado Nacional en la materia, desarrollada en forma continua y permanente por un lapso más que prolongado, llevó a la actora a presumir legítimamente la estabilidad de su situación jurídica.

El orden jurídico de la Nación, de acuerdo al objetivo del preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia, debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Esta regla resulta aplicable, con mayor razón, en el marco de relaciones entre el Estado y los particulares y es coherente con los principios que limitan la arbitrariedad estatal, según los cuales las autoridades públicas no deben adoptar medidas que resulten contrarias a la razonable estabilidad de sus actos, y en función de las cuales los individuos han adoptado determinadas decisiones (confr. arg. Fallos: 308: 552 y 328:1108).

Por lo tanto, existe un derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, como la actora, a partir de la expresa conformidad del Estado, realizaron inversiones económicas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legalmente fijados en las licencias que le fueron concedidas.

54) Que el Tribunal ha dicho en reiteradas oportunidades que cuando bajo la vigencia de una ley se han cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y los requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho, debe

tenérselo por adquirido, y es inadmisible su supresión por una ley posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad (Fallos: 296:737; 299:379; 306:1799 y 2092; 307:305 y 333:255).

También la Corte Interamericana ha considerado protegido por el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica a los derechos adquiridos, entendiendo por tales a los que han sido incorporados al patrimonio (causas "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador" el 21 de noviembre de 2007; "Salvador Chiriboga vs. Ecuador" el 6 de mayo de 2008 y "Abrill Alosilla y otros vs. Perú" el 4 de marzo de 2011).

55) Que, de las constancias de autos resulta que la actora ha explotado efectivamente las licencias desde que le fueran formalmente otorgadas y que para eso puso en funcionamiento un proyecto comunicacional con vistas al cumplimiento de las condiciones establecidas para el uso de aquéllas, realizó las inversiones necesarias a tal fin y amplió el servicio en la medida de lo permitido por el otorgante, de modo de lograr la satisfacción de la demanda del público. De esta forma, generó una situación patrimonial consolidada, no susceptible de ser menoscabada ulteriormente.

56) Que en razón de lo expresado puede concluirse que tanto del otorgamiento y prórroga de las licencias reconocidas por el Estado Nacional a la demandante bajo el régimen de la ley de radiodifusión anterior, como de la conducta desplegada por la actora en consecuencia, se deriva con claridad la existencia de un derecho adquirido, entendido como aquél que ha sido definitivamente incorporado al patrimonio de una persona y, como tal, amparado plenamente por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 251:78; 306:249 y 328:2440). La entrada en vigencia del artículo 48 impacta directamente en el derecho adquirido del grupo actor.

Por esta razón, su posición difiere sustancialmente de la examinada por el Tribunal en Fallos: 326:3316 ("Miragaya")

en los que sólo se estaba en presencia de una mera expectativa, es decir, de una facultad aún no ejercida, que por tal no puede ser alcanzada por la protección de un derecho adquirido. Criterio este que, incluso ha sido expresamente reconocido y aplicado en forma reciente por la AFSCA (confr. considerandos de las resoluciones 929/12 y 930/12).

57) Que, asimismo, el Tribunal ha decidido en forma reiterada que la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria en materia de validez intertemporal de leyes, por lo que el legislador o el juez, en sus respectivas esferas, podrán establecer o resolver que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente. Pero en cada oportunidad en que se ha sentado dicho principio, esta Corte ha expresado que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la ley suprema (Fallos: 137:47; 151:103; 317:218; 320:2260 y 2599; 324:4404).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado que los derechos adquiridos constituyen uno de los fundamentos del principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes (causa "Abrill Alosilla y otros vs. Perú" del 4 de marzo de 2011).

58) Que en aplicación de este principio, el caso evidencia una situación consolidada a la luz de la ley 22.285 pues bajo esa reglamentación se otorgaron al grupo Clarín, por un plazo determinado, las licencias que se encuentran cuestionadas.

El componente temporal resulta inescindible del acto de otorgamiento ya que, sin lugar a dudas, generó en el licenciatario no sólo el derecho a poseer la autorización, sino además el de explotarla por dicho lapso.

59) Que lo expuesto se relaciona directamente con la seguridad jurídica entendida por esta Corte como el principio que ordena el acatamiento de las normas que imperan en el estado de derecho, que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no sólo formal (confr. arg. Fallos: 243:465; 251:78; 317:218 y 325:2875). Este principio se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma -en el caso, la dicta- y luego la desconoce pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, occasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales (Fallos: 249:51; 294:220).

También en el derecho comparado se ha reconocido el principio de la seguridad jurídica como *la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad* (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 277/1998 del 29 de noviembre y sus citas).

Otra formulación para esta noción puede extraerse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, según la cual elementales consideraciones de justicia imponen la premisa constitucional de seguridad jurídica por la que los individuos deben tener la oportunidad de conocer la ley y conformar su conducta en forma previsible a su texto (511 U.S. 244, *Landgraf vs. USI Film Prods.*).

Así puede concluirse que la certeza jurídica resulta fundamental para entender el concepto de *imperio de la ley*. Por esa razón, ha sido reconocida como principio general del derecho por la Corte Europea de Justicia al afirmar que es especialmente relevante cuando su desconocimiento puede causar consecuencias

económicas (*Halifax v. Customs and Excise Commissioner*, C-255/02).

60) Que el respeto del plazo de otorgamiento de licencias permite cumplir adecuadamente con el mencionado principio. Es precisamente este valor el que es puesto en crisis cuando el Estado al contestar la demanda pretende sostener que las licencias audiovisuales constituyen el “*otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno pueden generar un derecho adquirido en cabeza del que detenta tal beneficio...* (confr. fs. 515 vta). Esta posición se vio ratificada en la audiencia del 29 de agosto, cuando su representante ante un concreto requerimiento del Tribunal señaló: “*Efectivamente. Para el Estado la licencia es un privilegio no genera derechos adquiridos en término al mantenimiento de la misma*” (confr. fs. 4085 vta.).

En nuestra Constitución Federal, el constituyente ha mencionado la noción de privilegio en la cláusula del progreso al referirse a “concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (artículo 75, inc. 18). Sin embargo, aun en estos casos, se ha afirmado que, una vez reconocido el privilegio, integra el régimen legal que rige la actividad correspondiente durante el tiempo por el que ha sido otorgado, constituyendo un derecho del particular, que no puede ser revocado por el Estado por cuanto importaría una violación a la propiedad del beneficiario sin sentencia fundada en ley (Fallos: 188:469).

En una materia como la que aquí se debate, pretender asignar carácter precario a las licencias no sólo desconocería la pauta indicada sino que dejaría librados a sus titulares y, en consecuencia, a la totalidad de los medios de comunicación, al simple arbitrio de la autoridad administrativa de turno.

61) Que es por ello que la cuestión en examen no puede enfocarse exclusivamente desde un ángulo patrimonial. En el ámbito de la libertad de prensa se configura un derecho de propiedad a la luz de normas constitucionales que superan una vi-

sión iusprivatista o administrativista de la cuestión de autos, porque implica hilvanar ese derecho con el interés sustancial de la sociedad en su conjunto de mantener en el tiempo un sistema de medios robusto e independiente del poder político de momento.

Esta visión debe considerar -en cada caso puntual- la naturaleza, el objetivo y el uso de la propiedad por parte del medio. En efecto, la asignación de licencias de radiodifusión es una decisión que tiene un impacto definitivo sobre el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión: el derecho de todos a expresarse libremente y el derecho del colectivo a recibir ideas y opiniones diversas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 5/85; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 112/12 caso 12.828 "Granier vs. Venezuela").

Si bien es claro que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración y de decidir sobre su renovación al finalizar los plazos respectivos, es importante considerar que, al asignar una frecuencia u otorgar una licencia, decide cuáles son las voces que el público podrá escuchar durante los años de vigencia de esas autorizaciones y se establecen las condiciones sobre las que se formulará el debate democrático en los medios de comunicación (confr. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado 5 D, punto 60).

Dada la trascendental importancia que reviste la asignación de una licencia, es evidente que tanto en el momento del otorgamiento como durante el plazo de su duración, estas autorizaciones deben estar rodeadas de las mayores garantías posibles pues, en definitiva, de esa forma se previenen intervenciones o restricciones al ejercicio de la libre expresión.

62) Que dentro de los resguardos que deben adoptarse con ese objetivo, se encuentra el relacionado, en lo que aquí interesa, con los plazos por los que se otorgan las licencias o

concesiones, los que no sólo deben estar establecidos en una ley sino que, además deben ser respetados. La íntima relación entre el plazo de vigencia de las licencias y la posibilidad de ejercer efectivamente el derecho a la libre expresión ha sido puesta de manifiesto al sostenerse que pueden llegar a comprometerla la fijación de límites temporales excesivamente breves que dificulten que los medios comerciales puedan recuperar la inversión o llevar adelante un negocio rentable o que las radios sociales o comunitarias puedan llevar a cabo su proyecto comunicativo (confr. arg. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado 5 D, punto 71).

Atento a que el derecho a gestionar medios masivos de comunicación se encuentra revestido de las mismas garantías reforzadas que protegen a la libertad de expresión, el establecimiento de plazos razonables para la explotación otorga previsibilidad y certeza jurídica y económica a quienes deciden encarar un proyecto comunicacional, librándolos del condicionamiento que significaría una renovación por períodos breves que permitiría a las autoridades de turno adoptar medidas punitivas por el sólo hecho de difundir información.

63) Que, en consecuencia, las licencias deben estar sometidas a condiciones razonables y proporcionadas de uso. Sus plazos de duración no sólo tienen por objeto permitir la recuperación de la inversión y asegurar una rentabilidad para quienes las explotan, sino que también constituyen una verdadera garantía para evitar intromisiones arbitrarias o presiones indebidas sobre el medio y su línea editorial (confr. arg. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado H, puntos 114 y 115).

64) Que cualquier normativa que intente aplicarse a medios de comunicación, aun aquella que busque garantizar y pro-

mover el pluralismo y la diversidad, deberá siempre respetar los plazos de duración de las licencias en curso. Es fundamental para una sociedad democrática que la legislación que pretenda fomentar la diversidad de voces y lograr la desconcentración de la propiedad de los medios de comunicación no termine confundiéndose con una medida destinada únicamente a castigar la línea editorial e informativa de uno o un conjunto de medios.

65) Que en ese sentido, el elemental principio jurídico de buena fe indica que nadie puede usar una norma para lograr un objetivo para el cual no fue diseñada. Esta noción –propia de la doctrina del abuso del derecho– ha sido erigida en principio general por la Corte Internacional de Justicia (Francia vs Noruega, Sentencia del 06 de Julio de 1957), y su carácter fundamental también ha sido reconocido en el derecho comunitario por la Corte Europea de Justicia (Emsland-Stärke, C-110/9 y Kofoed, C-321/05).

En clave constitucional argentina, su contenido surge del principio de razonabilidad, que al negar la posibilidad de desnaturalizar los derechos por vía de reglamentación, prohíbe al Estado utilizar su poder legislativo con el único propósito de dañar a un particular. El enunciado del artículo 28 de la Constitución veda de esa forma el intento de transformar el dictado de la ley –que en su naturaleza republicana debe ser general, abstracta, en esencia desinteresada– en un instrumento de abuso para ser aplicada a una situación puntual. Es así que el Congreso de la Nación, a diferencia de los jueces, tiene como objetivo fundamental el de elaborar normas generales y abstractas que han de regir las futuras conductas individuales (Fallos 310:1162, disidencia del juez Bacqué, considerando 8º y Fallos 328:2056 (“Simón”), voto del juez Maqueda).

Es desde esta perspectiva que las Constituciones modernas limitan el poder estatal para impedir que el abuso del derecho se transforme –en el ámbito del derecho público– en un abuso de poder negador de derechos adquiridos. Para conjurar es-

te peligro ya hace más de 200 años que la Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió que "una legislatura no puede violar (...) el derecho de propiedad privada pues hacerlo implica una herejía política absolutamente inadmisible en el marco de un gobierno republicano libre" (*Calder vs Bull*, 3 U.S. 386).

66) Que en aplicación de estos principios resulta claro que el Congreso en ejercicio del poder legislativo puede regular o limitar derechos individuales con el objeto de promover la pluralidad de voces en el mercado audiovisual. Pero en ese tránsito debe ajustarse a los principios fundamentales de la organización constitucional, de manera que la reglamentación legal de los derechos no puede nunca desconocer las garantías individuales: "*la constitución contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta*" (*El Federalista*, nº 78).

En efecto, las declaraciones, derechos y garantías reconocidas en la primera parte de la Constitución Federal apuntan a crear una protección eficaz del particular contra el abuso de poder del Estado. No es posible, entonces, convalidar conductas que, bajo la apariencia de cumplir con mandatos constitucionales o convencionales, escondan un abuso de las competencias estatales asignadas y, en definitiva, desnaturalicen el fin o espíritu de la institución que se pretende hacer valer.

Desde esta perspectiva, el mandato constitucional de razonabilidad impone al Estado la prohibición de valerse de prácticas permitidas y expresamente previstas para desconocer los derechos reconocidos en la Constitución. Estos excesos o

desvíos en la reglamentación de los derechos constitucionales constituyen un empleo arbitrario de la autoridad delegada por el pueblo en sus representantes.

67) Que en el caso concreto, ello significa que las normas constitucionales que autorizan la regulación estatal del mercado audiovisual definida en el considerando 30 no pueden entenderse como una facultad del Congreso para desconocer los derechos de los administrados. De admitirse esa posibilidad, el Estado logaría por vía elíptica -invocando la necesidad de asegurar la pluralidad de voces- afectar la garantía de la propiedad privada y de libertad de expresión establecida a favor de la actora.

68) Que es precisamente por encontrarse involucrado el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión que éste quedaría desnaturalizado si se admitiese que un conflicto como el aquí planteado puede resolverse mediante el mero pago de una indemnización. Una medida que implica no respetar el término de duración de una licencia e interrumpe el desarrollo de un proyecto comunicacional produce una lesión al derecho a la libertad de expresión que ninguna reparación pecuniaria podría remediar eficaz e integralmente. En una sociedad democrática, el valor de una información no expresada no puede ser mensurado en términos económicos.

Por esta especial circunstancia es que no cabe aplicar al presente la tradicional jurisprudencia del Tribunal en materia de responsabilidad del Estado por actividad lícita. Tampoco corresponde asimilar la situación en examen a la suscitada en *Fallos: 328:2654 ("El Jacarandá S.A.")*, pues en ese caso, la titular de la licencia nunca la había explotado ni realizado las inversiones imprescindibles para desarrollar su proyecto periodístico. Por lo tanto, en esa ocasión no se había interrumpido la prestación de un servicio de comunicación audiovisual en curso, de manera que pudiera entenderse comprometido el efectivo ejercicio de la libertad de expresión.

69) Que lo hasta aquí expresado no implica reconocer a los demandantes un derecho adquirido al mantenimiento ad infinitum del régimen legal pero si a que se respeten los plazos de las licencias que el propio Estado Nacional le otorgó y renovó hace menos de una década. Máxime cuando no se ha alegado ni demostrado que corresponda adoptar otro criterio por encontrarse comprometida la buena recepción de las señales y la eficacia de las comunicaciones de la que depende la seguridad pública.

Cabe aclarar que la obligación del Estado de respetar los plazos de vigencia de las licencias que la actora legítimamente detente no libera al Grupo Clarín de ajustarse, con cada vencimiento que opere, a las condiciones establecidas por la ley en cuanto al régimen de multiplicidad. Así, en forma gradual y prospectiva, deberá acomodar sus licencias a los recaudos establecidos en la norma cuya constitucionalidad aquí se declara.

De esta forma, es posible compatibilizar la totalidad de los derechos que en el caso se encuentran involucrados, ya que la cuestión presenta una faceta netamente patrimonial pero también alcanza a las dos dimensiones que hacen al derecho a la libre expresión: el individual a utilizar los medios de comunicación para ejercerlo y, el de la sociedad a contar con medios de comunicación libres, independientes y plurales que le permitan acceder a la mayor y más diversa información.

70) Que el reconocimiento del derecho de la actora a conservar sus licencias por el plazo de su vigencia no sólo se erige en una verdadera garantía a la libertad de expresión sino que también da certeza y protección a todas aquellas voces que, merced a las disposiciones de la ley 26.522, se sumen al mapa de medios de comunicación en la República Argentina. En efecto, estos nuevos actores, en la medida en que sus licencias hayan sido regularmente obtenidas y ajusten su obrar a las disposiciones legales, podrán desarrollar sus proyectos comunicacionales por los plazos originariamente previstos, sin el temor a que posteriores regulaciones en la materia puedan suprimir su voz.

71) Que, a modo de conclusión, es necesario destacar que la decisión que aquí se adopta reconoce la potestad del Congreso Nacional de diseñar una nueva regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el país. No obstante ello, no se advierte que para lograr los objetivos perseguidos en la ley 26.522 resulte necesario aplicar excepcionales restricciones a los derechos individuales de la actora, máxime cuando uno de esos derechos es el que atañe a la libertad de expresión.

No concurren en el caso circunstancias excepcionales, extraordinarias o de emergencia, como las consideradas por esta Corte en otros precedentes, por las que sea imprescindible privar al demandante, en forma inmediata y antes de que operen sus vencimientos, de las licencias que le fueran legalmente otorgadas. Por el contrario, así como el grupo actor construyó, paulatinamente y hasta fecha muy reciente, su actual estructura sin que el Estado Nacional formulara objeciones, no parece irrazonable concluir que el ajuste al nuevo ordenamiento deba producirse también de manera gradual, pero inexorable, y respetando los plazos originalmente establecidos para explotar las licencias.

En este aspecto, el amplio consenso social y político que precedió al dictado de la ley en examen, que la demandada se ha encargado de señalar en reiteradas oportunidades, así como las medidas de implementación adoptadas por la autoridad de aplicación, garantizan que el periodo de transición señalado en nada afectará la inmediata concreción de un sistema de servicios audiovisuales caracterizado por una amplia diversidad y pluralidad de voces.

72) Que, en atención a la forma en que se resuelve, resulta infeliz expedirse respecto del planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de la ley 26.522 y del reclamo de indemnización por los daños y perjuicios efectuado por la actora.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se resuelve:

1.) Declarar, con el alcance indicado en los considerandos 22 y 23, procedentes las quejas deducidas por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, y formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por Cablevisión S.A. a fs. 3681/3701, el Grupo Clarín S.A. fs. 3703/3723, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual a fs. 3724/3745 y el Estado Nacional a fs. 3746/3766.

2.) Declarar, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 16, segunda parte de la ley 48, la constitucionalidad de los artículos 41 y 45 de la ley 26.522.

3.) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo y aclarar que, en consecuencia, la actora conserva las licencias que le fueron formalmente otorgadas por el término de su plazo de vigencia.

4.) Declarar inoficioso, en función de lo resuelto en el punto que antecede, pronunciarse acerca del planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de la ley 26.522 y del reclamo de indemnización por los daños y perjuicios efectuado por la actora.

Costas de todas las instancias por su orden atento a la complejidad de la cuestión planteada y al modo en que se resuelve (artículo 68 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese las quejas al expediente principal y devuélvanse.



JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-//-

-//-DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M.  
ARGIBAY

Considerando:

Sin perjuicio de las precisiones que se introducirán en las consideraciones que siguen, doy por reproducidos los considerandos 1º a 15 del voto que encabeza este pronunciamiento.

16) Las normas de la Ley de servicios de Comunicación Audiovisual [LSCA] 26.522 que han sido puestas en cuestión (artículos 41, 45, 48 y 161) tienen, por el sólo hecho de su vigencia, diversos efectos sobre la actividad que llevan a cabo las empresas del Grupo Clarín, dos de los cuales han sido el objeto central de la demanda, a saber: [1] la limitación para vender las licencias de las que es titular, [2] el cese anticipado y la transferencia forzosa de licencias y [3] la imposibilidad de mantener al mismo tiempo las licencias antes mencionadas y la propiedad de sus señales de contenido.

El texto de las normas impugnadas es el siguiente:

*ARTICULO 41. – Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.*

*Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscripto o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos*

*solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación.*

*La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta.*

*Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles.*

**ARTICULO 45.** – *Multiplicidad de licencias.* A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias.

*En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:*

1. *En el orden nacional:*

a) *Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;*

b) *Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico;*

c) *Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada;*

*gada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias.*

*La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.*

*2. En el orden local:*

*a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);*

*b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio;*

*c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta;*

*d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción;*

*En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.*

*3. Señales:*

*La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas:*

a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales;

b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia.

Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona.

**ARTICULO 48.** – Prácticas de concentración indebida. Previo a la adjudicación de licencias o a la autorización para la cesión de acciones o cuotas partes, se deberá verificar la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical u horizontal de actividades ligadas, o no, a la comunicación social.

El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro.

Se considera incompatible la titularidad de licencias de distintas clases de servicios entre sí cuando no den cumplimiento a los límites establecidos en los artículos 45, 46 y concordantes.

**ARTICULO 161.** – Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las

personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41.

En su demanda, el Grupo Clarín, ha reclamado que estas disposiciones vulneran sus derechos de libertad de expresión y propiedad privada, en tanto tienen los efectos antes mencionados, es decir, la imposibilidad futura de transferir libremente sus licencias y el cese actual y anticipado de las licencias necesarias para adecuarse a los límites establecidos por la ley. Es verdad que las mismas cláusulas legales tendrían un tercer efecto, que no ha sido controvertido, cual es la imposibilidad para aumentar la escala de producción, es decir, incorporar más licencias y abonados, por encima del nivel que tenía el grupo económico al momento de sancionarse la ley 26.522. En tal sentido, es muy claro el siguiente pasaje del escrito de demanda, referido al artículo 45 de la ley: "Si esta norma se aplicara a las licencias y señales adjudicadas o prorrogadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la LSCA, sería catastrófico para la sustentabilidad operativa y económica del negocio, ya que la dinámica del desarrollo tecnológico, las fortísimas inversiones que exige, requieren una economía de escala y una integración vertical multimedia, pero se respetarían los derechos adquiridos de mis mandantes y una eventual revisión judicial de la norma, pasaría por otro lado." (fojas 78, el subrayado es añadido).

A partir de tales señalamientos, corresponde hacer una precisión. En esta causa, los tribunales han sido llamados a examinar exclusivamente la validez constitucional de la acción del Estado en tanto ella conduce, por un lado, a la imposibilidad de transferir licencias que habrían sido otorgadas en condiciones que sí permitían su venta y, por otro lado, a la obligación de cesar en el uso de licencias para operar medios de comunicación que se encuentran *en curso*, dentro del plazo legal de un año, sea como fuere que se lo compute.

20) El artículo 41 LSCA, es una norma que restringe los aspectos comerciales de las licencias, en la medida que recorta la posibilidad de transferirlas, sea mediante su cesión, sea mediante la transferencia del control societario de la firma licenciataria. Por consiguiente, la disposición no tiene incidencia sobre los contenidos que se emiten a través de los medios que los licenciatarios operan. Si bien se trata de una norma aplicable específicamente a los medios de comunicación, no ha demostrado la actora de qué manera incide en la comunicación de contenidos, sea directamente, sea alterando el contacto entre la actora y sus audiencias. Por lo tanto, las restricciones que introduce a la libertad de comerciar deben ser examinadas bajo el criterio más amplio, según el cual, son constitucionalmente válidas aquellas leyes que limitan el derecho a comerciar si se demuestra que están fundadas en un interés legítimo del Estado y que la restricción sirve a ese interés.

En este marco, resulta legítimo el interés del EN por mantener en el ejercicio de las licencias a aquellas personas a quien se las ha otorgado por considerarlas aptas para ello, sea bajo el régimen anterior de la ley de facto 22.285 y sus modificatorias, sea bajo las condiciones establecidas en los artículos 21 y siguientes de la ley 26.522. Por lo demás, es un medio que sirve a ese fin el de establecer el carácter intransferible de las licencias, como principio, y la posibilidad de su transferencia, como excepción sujeta a determinadas condiciones. No merece objeciones el propósito de que la Autoridad Federal (AFSCA)

aplique en la mayor medida posible los criterios establecidos en los artículos 21 y siguientes de la LM tanto para el otorgamiento de nuevas licencias como para la adquisición de licencias otorgadas bajo el régimen anterior.

Entonces, este interés del Estado justifica la aplicación del artículo 41 a la transferencia de licencias en curso del Grupo Clarín, otorgadas bajo el régimen anterior, más allá del derecho que el licenciatario pueda alegar a ser compensado por los daños y perjuicios derivados del cambio de régimen, para lo cual debería demostrar, además del daño, que la licencia le fue otorgada expresamente bajo un régimen de libre transferencia.

Por último, el cuestionamiento fundado en el poder de selección arbitrario del EN para excluir a determinados candidatos a suceder al Grupo Clarín en el uso de sus licencias es, por cierto, conjetural y, además, insustancial. En efecto, no se advierte por qué la actora estaría en mejores condiciones para elegir quién habrá de continuarla en el uso de la licencia, tanto menos si se tiene en cuenta que una eventual selección arbitraria de AFSCA se encontraría expuesta a su revisión judicial, mientras que no sucede lo mismo con el criterio de la actora para seleccionar a su sucesor en el uso las licencias que decida transferir.

21) La demandante sostiene que resulta violatorio de su derecho de propiedad y de su libertad de expresión el efecto de los artículos 161 y 48 LSCA sobre las actividades que viene desarrollando hasta la fecha, en ejercicio de las licencias para operar medios de comunicación de diverso tipo -radios, televisión abierta y televisión por suscripción-, así como para explotar los registros de señales que le pertenecen. La disposición que establece de manera directa este impedimento es el artículo 161, el cual resultaría inconstitucional por: 1) implementar la aplicación de normas irrazonables (artículo 45); 2) desapoderar a la actora de sus activos sin seguir el procedimiento de expro-

piación y 3) por constituir un ataque que busca coartar su libertad de expresión como reacción contra su línea editorial crítica al gobierno.

A su turno, las demandadas, el Estado Nacional y la Autoridad Federal (AFSCA), se han opuesto a tales argumentos en el entendimiento de que: 1) el artículo 45 es razonable, puesto que introduce reglas cuyo cumplimiento redundará en una mayor competencia, reduciendo así el poder de mercado que actualmente ejerce el Grupo Clarín y ello conducirá a su vez a una mayor pluralidad y diversidad en el sistema de medios; 2) la actora no tiene derechos de propiedad sobre las licencias y 3) la ley no restringe la libertad de expresión, sino que, por el contrario, la expande al procurar una mayor diversidad y pluralidad mediante la remoción de posiciones monopólicas u oligopólicas, como la del Grupo Clarín, que en sí mismas constituyen un obstáculo para el pleno acceso a la libertad de expresión.

Una de las dificultades más pertinaces que ha tenido el debate en esta causa, ha sido la confusión entre los diferentes planos en que deben examinarse estas disposiciones. El primero de ellos se vincula con la validez constitucional del sistema de límites creado por el artículo 45 LM y el segundo con la validez del modo que la LSCA dispone para su puesta en funcionamiento, en ambos casos desde la perspectiva de los derechos de la parte actora. Por las razones que daré, estimo que el esquema de limitaciones del artículo 45 LM es válido, hasta donde puede ser ello decidido en esta causa, pero que las reglas adoptadas para hacerlo realidad no superan un examen estricto de constitucionalidad.

22) El artículo 45 LSCA, contiene disposiciones que establecen restricciones a la actividad de los medios de comunicación que no están fundadas en el contenido de sus emisiones, sino en su capacidad de producción y en la intensidad de su poder de mercado, tomando en cuenta: a) la integración horizontal (cantidad de licencias para el mismo servicio); b) la integración vertical (la acumulación de licencias para distintos servi-

cios de comunicación correspondientes a diferentes etapas del mismo proceso productivo) y c) la integración de conglomerado (acumulación de licencias para distintos servicios de comunicación que no pertenecen al mismo proceso productivo). El propósito inmediato del artículo en cuestión es el de modificar la estructura actual del mercado de medios de comunicación, sustituyéndola por otra en la que los participantes tengan menores dimensiones y menor poder de mercado, lo cual tendría que provocar la entrada de nuevos participantes que competirían con los ya existentes. Una vez alcanzada esta nueva estructura de mercado, el objetivo estaría puesto en evitar que se repita el estado de cosas previo, es decir, que alguna o algunas empresas de medios alcancen dimensiones que excedan los límites establecidos en el artículo 45 LM. El propósito mediato del artículo 45 es el de introducir mayor diversidad, pluralidad y respeto por lo local en los servicios de comunicación audiovisual, lo cual sería consecuencia de la competencia más intensa que tendría lugar luego de la reorganización del mercado.

Como se adelantó, el esquema sustantivo previsto en el artículo 45 LM, en sus propios términos, no altera de manera expresa el derecho a la libre expresión de ideas garantizado en la Constitución. En primer lugar, porque las prohibiciones y restricciones que introduce no se fundan en el contenido de la información que se transmite a través de los servicios de comunicación alcanzados por la ley, o sea que tales normas no se tornan operativas en función de la exposición de cierto tipo de opinión o idea, sino que alcanzan a cualquier medio de comunicación, con independencia de cuál o cuáles sean los contenidos que transmiten. En segundo término, porque los fines legislativos son pertinentes desde el punto de vista constitucional: promoción de la competencia de mercado, la defensa del consumidor y mayor diversidad y pluralidad en servicios de comunicación.

De todos modos, aún cuando las restricciones del artículo 45 LM no se funden en el contenido de los servicios de comunicación, no pierden por eso el carácter de tales, es decir,

de restricciones a la libertad de expresión y de información. En este sentido, es indiscutible que el cumplimiento de las limitaciones contenidas en el artículo 45 implicará la imposibilidad de la comunicación entre los servicios de comunicación que actualmente operan las empresas actoras y un número considerable de audiencias que no podrán tener acceso a ellos. De modo tal que, si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos.

En este sentido, un punto problemático radica en que dicho artículo 45 no se limita a establecer de manera general la posibilidad de fijar por vía reglamentaria ciertos máximos en la cantidad de abonados que puede tener un operador de televisión por suscripción, o a la cantidad de licencias que puede explotar. En cuanto a este tipo de limitaciones, el artículo 45 va más allá y establece exactamente cuáles son los máximos a nivel nacional, sea en participación de mercado (p.e. 35% del total de abonados), o en el número de licencias (p.e. 24, para servicios por suscripción) y ellos operan de manera simultánea con las prohibiciones cruzadas y las limitaciones a nivel local. Este aspecto de las disposiciones puede hacerlas más vulnerables a los ataques fundados en que restringen la libertad de expresión más allá de lo necesario para alcanzar sus fines. Este cuestionamiento debe desdoblarse según se refiera al efecto que esas barreras tengan una vez vigente la nueva estructura, o aluda al efecto que ella tenga sobre la estructura actual de medios. En el primer sentido, la consideración judicial de ese tipo de exceso es claramente prematura; en cuanto al segundo aspecto, el de sus efectos actuales, el tema no concierne al artículo 45 en sí mismo, sino al procedimiento elegido por el Congreso para implementarlo y, por ello, será atendido al examinar la validez

constitucional del artículo 161 LSCA.

Por último, es cierto que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión confeccionada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera sospechosas todas aquellas reglas antimonopólicas que rigen solamente para la industria de los medios de comunicación (Principio 12) y que dicha actitud tiene su razón de ser, puesto que ese trato diferencial puede encubrir o facilitar prácticas en contra de aquellas empresas que sostengan programas de contenido crítico hacia el gobierno. Sin embargo, el sólo hecho de que el Congreso haya desoído esta recomendación no torna inconstitucional la ley que ha dictado en consecuencia, en especial si se tiene en cuenta que la Declaración de Principios no es uno de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución. De todos modos, como se verá a continuación, la advertencia de la Comisión será tenida en cuenta, una vez más, al juzgar sobre la validez de las reglas establecidas en la ley para hacer efectivo el artículo 45.

23) Con carácter preliminar debe ponerse de resalto que las cuestiones concernientes a la implementación de la LSCA están presentes en la litis que debe ser fallada. Más aún, el punto central debatido en el pleito, como se ha dejado en claro precedentemente, gira en torno al impedimento que tiene la actora para mantener la titularidad de aquellas licencias que debería transferir a terceros para adecuarse a los límites establecidos en la LSCA. Esta obligación surgiría del artículo 161 LSCA, en conjunto con el artículo 48 LSCA. En otras palabras: la vulneración de derechos constitucionales alegada por la actora sería producto de las disposiciones que gobiernan el proceso de implementación de la ley (artículos 48 y 161), en la medida que ellas imponen el cese de sus licencias en curso para operar medios de comunicación, a cuyo amparo se ejercita el derecho a expresar ideas y opiniones.

24) Como se adelantó, el camino elegido para tran-

sitar desde el estado de cosas actual hacia el de la plena operatividad del nuevo sistema de medios no se mueve siempre dentro de la Constitución, una de cuyas funciones primordiales es limitar las vías por medio de las cuales las autoridades han de procurar el bienestar general. Aún cuando, por ejemplo, la indiferencia o el desconocimiento de ciertos derechos pueda servir de atajo para alcanzar un fin deseable, la Constitución prohíbe métodos así de expeditivos y pone en su lugar procedimientos más parsimoniosos tales como el debido proceso judicial, el proceso de expropiación o el proceso legislativo, conocido como reserva de ley. Para la Constitución, no siempre es verdad que cuanto más rápido y directo, mejor.

El artículo 161 LSCA impone el cese de actividades de comunicación audiovisual en todos los mercados *simultáneamente*, es decir, pretende la concreción a un tiempo de todas las limitaciones establecidas por el artículo 45. En un mismo acto las empresas demandantes deberían retirarse de actividades que actualmente llevan a cabo en radio, televisión abierta, televisión por suscripción, registro de señales, tanto a nivel nacional como local.

Dos problemas de relevancia aparecen cuando se pasa de las normas sustantivas a su implementación. Uno de ellos se relaciona con los derechos de quienes, al momento en que fue sancionada la ley, eran titulares de un número de licencias o suscripciones que superaba los límites establecidos en el artículo 45 y que se verían obligados a ceder a terceros las licencias excedentes. Según el artículo 48, segundo párrafo, los licenciatarios no cuentan con tales derechos adquiridos a realizar la actividad por todo el plazo de la licencia. El otro problema, el principal a mi juicio, radica en el carácter restrictivo de la libertad de expresión –entendida en sus dos dimensiones, individual y social– que resulta de la cancelación anticipada de licencias para operar el correspondiente medio de comunicación y que está supuesta en la obligación de “adecuación” que crea el artículo 161 LSCA. Esta medida no sólo es una restricción para

propalar la línea editorial de quienes se expresan a través de los medios del Grupo Clarín (dimensión individual de la libertad de expresión), sino también para el público de acceder a dichos contenidos (dimensión social)<sup>55</sup>. El artículo 161 no contempla ninguna flexibilidad para evitar estas situaciones.

25) El punto a resolver es, entonces, si la cancelación por el gobierno de licencias para la operación de medios de comunicación, fundada en razones de oportunidad o conveniencia, lo cual es el presupuesto para la operatividad del artículo 161 LSCA, altera la libertad de expresión. La respuesta es, a mi entender, afirmativa, es decir, que dichas cancelaciones restringen la libertad de expresión que se ejercita a través de los medios de comunicación que opera actualmente la parte actora, que dicha restricción no ha sido válidamente justificada por las demandadas y que, por consiguiente, ella no puede ser convalidada

<sup>55</sup> "Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, parágrafo 30; el subrayado es añadido). Este mismo concepto fue reiterado por la Corte Interamericana en el caso "Ivcher Bronstein Vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, parágrafo 146, donde, además, expresó: "En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimen-

judicialmente. En cuanto a los derechos económicos derivados de la licencias, también pueden ellos resultar afectados, aunque, como se verá, es prematuro pronunciarse en esta causa al respecto.

26) La consideración que se acaba de hacer sobre el cese anticipado de licencias de medios de comunicación, en el caso se ve fortalecida por una serie de circunstancias singulares: se trata de una ley especial, el régimen fue aprobado en un contexto de una relación intensamente conflictiva entre el gobierno y las empresas demandantes y, finalmente, el cese compulsivo de licencias no contempla sus efectos sobre las personas que integran las audiencias de los medios afectados.

27) El primero de los puntos mencionados se vincula con el hecho de que dicho cese no es el efecto incidental o colateral de una regulación general aplicable a todas las industrias, como podría serlo, por ejemplo las contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia, 25.156. Se trata por el contrario de la implementación de un régimen que es aplicable solamente a los medios de comunicación, lo cual, como ya he dicho se aparta de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (Principio 12), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este principio, si bien ha sido interpretado por la Relatoría Especial, en un sentido que no excluye por completo la posibilidad de normas especiales, éstas serían admisibles "particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas" y con la advertencia de que "los Estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión". Por último, la Relatoría Especial, en este documento, recomienda la adopción de medidas que impidan "las prácticas monopólicas y oligopólicas" derivadas de la concentración de los medios de co-

---

sión social...". Y agregó: "Estas dos dimensiones deben garantizarse en forma simultánea." (Loc. cit.)

municación<sup>56</sup>. El sistema de implementación de la ley mediante cancelación de licencias y suscripciones no se pone a salvo de la desaprobación contenida en el Principio 12, pues no se limita a la asignación de frecuencias radioeléctricas (alcanza a medios que no usan frecuencias radioeléctricas, como la televisión por cable), ni a las prácticas anticompetitivas (la cancelación de licencias no está conectada con la imputación de prácticas anticompetitivas, sino, en todo caso, con la estructura del mercado) y, como se ha visto, tiene como efecto la restricción de la libertad de expresión.

28) Lo referido en el párrafo precedente cobra singular relevancia si se tiene en cuenta la otra circunstancia de contexto: que se trata la LSCA de un régimen legal que se sancionó en el marco de una profunda tensión y enfrentamiento entre las empresas demandantes y el gobierno. Tal situación no sólo ha sido de público y notorio conocimiento, sino que ha quedado registrada tanto en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley<sup>57</sup>, como en los Informes producidos por la Relatoría Especial sobre los años 2009<sup>58</sup>, 2010<sup>59</sup> y 2011<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Año 2004, Capítulo V, parágrafo 94 y apartado D, "Conclusiones".

<sup>57</sup> Cámara de Diputados, Reunión No. 10. Sesión Ordinaria celebrada el 16/09/2009, intervenciones de los diputados Bonasso, de Marchi, Torfe, Cusinato. Cámara de Senadores, 13º Reunión, 2da. Sesión Especial, 9 y 10 de octubre de 2009, intervenciones de los senadores Estenssoro, Pinchetti de Sierra Morales, Castillo, Morales, Escudero.

<sup>58</sup> Parágrafos 28 y 29.

<sup>59</sup> Parágrafos 30 y 32. En este último, la Relatoría Especial expresó: "La existencia de un contexto de confrontación extrema, en el cual se producen descalificaciones y estigmatizaciones constantes, genera un clima que impide una deliberación razonable y plural sobre todos los asuntos públicos".

<sup>60</sup> Parágrafo 23.

29) Otro elemento de juicio que viene a confirmar el efecto restrictivo de la libertad expresión que se deriva del proceso de implementación de la LSCA es el que ha sido puesto de resalto por el ministro decano de esta Corte al emitir su voto. En efecto, el juez Fayt ha señalado con total acierto que el cese compulsivo de licencias del Grupo Clarín se desentiende por completo del efecto que tiene sobre los derechos de las personas que integran la audiencia de las actividades de comunicación de que se trate, en especial cuando ellas han celebrado un contrato para acceder a las prestaciones audiovisuales, como es el caso de la televisión por cable. El derecho de las personas a acceder a los contenidos que circulan a través de los medios que explota la parte actora conforma, como se ha visto, la "dimensión social" de la libertad de expresión, en los términos de la CIDH.

Por otra parte, el carácter simultáneo del cese de actividades por parte de las empresas actoras a nivel nacional –p.e. reducción en el número total de abonados y de licencias– tiene efectos en el plano individual y local que no necesariamente son asimilables a los nacionales: la retirada de una localidad o la cancelación de una suscripción, tiene un efecto restrictivo sobre la audiencia, grupal e individual, desde el punto de vista de sus derechos de acceso a la información, que no se ven compensados con el hecho de que el grupo empresario pueda seguir otorgando sus prestaciones a otras localidades y personas. La configuración o no de una restricción en los derechos a expresarse e informarse no depende del efecto global neto de las normas, sino de su efecto singular sobre la situación de las personas y grupos; la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, individual y social, no es un valor aggregativo cuyo saldo final pueda establecerse sumando magnitudes negativas y positivas. Cada vulneración debe ser considerada en sí misma y, en su caso, ser prevenida o reparada.

30) Por tales consideraciones, estimo que el cese compulsivo de licencias que está en la base del artículo 161 LSCA resulta una grave restricción a los derechos de la parte

actora y al ejercicio de la libertad de expresión que se ejerce-  
ta en el marco de dichas licencias. Las restricciones a la li-  
bertad de expresión son inconstitucionales, a menos que quien  
las defienda demuestre que ellas sirven a un fin estatal impos-  
tergable que no puede ser alcanzado por otra vía menos restric-  
tiva.

La exigibilidad de un estándar así de estricto para  
restricciones directas a la libertad de expresión (no las que  
son el efecto meramente incidental o colateral de regulación con  
otro propósito) resulta no sólo de la relevancia que tiene este  
derecho en la Constitución (artículos 14 y 32), tal como ha sido  
reconocido por la jurisprudencia de esta Corte, sino que también  
ha sido puesta en práctica por la Corte Interamericana de Dere-  
chos Humanos ya en 1984, al emitir su Opinión Consultiva 5 y  
luego al fallar los casos "*La Última Tentación de Cristo*"<sup>61</sup> e  
"*Ivcher Bronstein*"<sup>62</sup>. En el primero de los pronunciamientos cita-  
dos, la Corte Interamericana señaló que, aún cuando los fines de  
la legislación que introduce restricciones a la libertad de ex-  
presión fuesen legítimos, ellas "deben ser las '**necesarias para**  
**asegurar'** la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que  
no basta que la restricción sea **útil (supra 46)** para la obten-  
ción de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de  
ella, sino que debe ser **necesaria**, es decir que no pueda alcan-  
zarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un de-  
recho protegido por la Convención" (Parágrafo 79. El énfasis es  
original).

31) Sin embargo, el Estado Nacional no ha cumplido  
con esta carga. En su lugar, ha dicho que las normas no violan  
la libertad de expresión sino que la garantizan más y mejor, en  
cuanto con ellas el Estado argentino propende a garantizar el

---

<sup>61</sup> "*'La Última Tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*", sentencia del 5 de febrero de 2001.

<sup>62</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Ivcher Bronstein vs. Perú*", sentencia del 6 de febrero de 2001.

"pluralismo informativo" y, a través de él la dimensión social del derecho a la información.

Una de las presentaciones de este argumento ha sido que no puede considerarse restrictiva de la libertad de expresión una ley que busca expandirla. Sin embargo, para su adecuado tratamiento, es preciso reemplazar esta formulación, ciertamente especiosa, por otra que expresa la misma idea, pero con mayor transparencia y sinceridad. Es la que utilizó en la audiencia el amigo del tribunal Víctor Abramovich, quien, en nombre de la Universidad de Lanús y en defensa del artículo 45 LSCA, expresó: "...la libertad de expresión está en los dos extremos de la ecuación. Puede resultar restringida, pero en pos de garantizar una ampliación de los espacios de expresión y de participación" (folios 4055 vta.). Aún cuando, como se ha visto, esta línea de razonamiento puede dar lugar a una justificación *prima facie* del artículo 45 LSCA, en cuanto a los desarrollos futuros del mercado audiovisual, no sirve para convalidar el cercenamiento de actividades mediante las cuales se concreta actualmente la libertad de expresión.

En tal sentido, debe recordarse que, cualquiera sean los méritos teóricos de una opinión semejante, ella no refleja los criterios aceptados en nuestro derecho constitucional y en el sistema interamericano para admitir la validez de restricciones a la libertad de expresión. Al respecto, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 5/84, ha dicho: "Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto." (Parágrafo 77). También ha puntualizado que "ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la

Convención"<sup>63</sup>.

Pero aún si, a favor del argumento, se admitiese un criterio como el propuesto, no sería en absoluto procedente convalidar una restricción a la libertad de expresión, como la que se deriva de la decisión estatal de cancelar licencias en curso, sobre la base de una presunción general, no demostrada en relación con cada una de ellas, de que constituyen un obstáculo para la pluralidad y la diversidad en el área respectiva, de modo que su remoción vendría a ser un medio necesario para alcanzar el propósito de hacer efectivos esos valores.

32) También ha insistido la parte demandada en que las licencias no dan lugar a derechos adquiridos sino a meras autorizaciones o privilegios temporales a favor del licenciatario (fojas 515/516, entre otras) para realizar una actividad sometida a una relación de sujeción especial que no genera derecho a la intangibilidad de esa situación jurídica (fojas 574 vta., entre otras), siendo el Estado Nacional, en sentido estricto, único y exclusivo propietario de los servicios de comunicación audiovisual (fojas 575 vta.). Con ello sugieren que las licencias pueden ser revocadas discrecionalmente por la autoridad competente. Esta posición fue incluso mantenida en la audiencia convocada por esta Corte, según se desprenden de las respuestas que lucen en la versión taquigráfica a partir de fs. 4085. De adverso a lo postulado en defensa del artículo 161 LSCA, considero que el Estado no cuenta con facultades discretionales para cancelar anticipadamente las licencias de medios de comunicación que se encuentran operativos.

33) Tal como lo puso de resalto el juez de primera instancia, la cancelación anticipada de que se trata, impuesta por el artículo 161 de la ley 26.522, no respondería a razones de legitimidad, sino a motivos de oportunidad o conveniencia,

---

<sup>63</sup> "La Última Tentación de Cristo" cit., parágrafo 67. También, "Ivcher Bronstein" cit, parágrafo 146.

más precisamente, al propósito de reestructurar el actual mercado de medios de comunicación audiovisual, adecuándolo al diseño contenido en el artículo 45 de la ley 26.522. Esta conclusión se impone si se tiene en cuenta que la obligación de transferir la cantidad de licencias que excedan los nuevos límites legales no tiene el carácter de sanción o nulidad, ni está precedida de un procedimiento que asegure al licenciatario el derecho de defensa. Se trata sólo de procurar una reducción cuantitativa del conjunto de licencias acumuladas por un mismo titular, del que éste puede incluso elegir cuáles serán las licencias de que se desprendrá.

De todos modos, es inapropiada la asimilación -que también hizo el juez, siguiendo la postura de la parte demandada- entre las licencias para realizar actividades de comunicación audiovisual, como las que titulariza el Grupo Clarín, y las concesiones de servicios públicos o cualquier otro acto en que la administración delega en particulares la realización de un cometido propio. En este último campo, es quizás razonable reconocer en el Estado potestades para adecuar la prestación de los servicios o la utilización de los bienes del dominio público a lo que resulte más conveniente al interés general y, en esa medida, admitir que los particulares no pueden asumir dichos cometidos a menos que les sean puntualmente encomendados por la autoridad competente. Nada similar sucede en el ámbito de las libertades básicas reconocidas por la Constitución, donde rige el criterio inverso según el cual su ejercicio no es en absoluto un privilegio o concesión del Estado, sino un derecho propio y originario de todas las personas<sup>64</sup>. En síntesis, asimilar el ejercicio del derecho a expresarse y comunicar ideas a la prestación de un servicio público invierte la dinámica básica de las libertades constitucionales: no es lo mismo una libertad sujeta a

---

<sup>64</sup> Tampoco la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la asimilación con el servicio público (Opinión Consultiva 5/84, párrafo 71).

restricciones o regulaciones que una prohibición sujeta a concesiones o privilegios. En los términos del artículo 28 de la Constitución, lo primero es una reglamentación, lo segundo una alteración de los derechos.

Por supuesto que esta consideración debe ser modulada según se trate de servicios que se sirven del espectro radioeléctrico —que no es un bien susceptible de apropiación privada— y servicios que no lo hacen, puesto que los primeros requieren una “mayor reglamentación” por razón de la “naturaleza reducida del medio”, según lo ha puesto de manifiesto esta Corte en diversos precedentes (*Fallos*: 322:2750, 2754; y 327:4969, 4973).

Sin embargo, en ellos se mencionó al espectro de frecuencias radioeléctricas como un “medio de expresión”. La conexión entre los derechos derivados de las licencias para operar medios de comunicación y la libertad de expresión fue afirmada con mayor claridad en el precedente de *Fallos*: 326:3142 “Asociación Mutual Carlos Mujica v. Poder Ejecutivo Nacional - COMFER”, resuelta el 1º de setiembre de 2003. En ese pronunciamiento, el Tribunal consignó que, aún cuando las comunicaciones a través del espectro radioeléctrico admitan una reglamentación estatal más intensa, ella “no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo” (el subrayado es añadido).

Debe aclararse, entonces, que el espectro radioeléctrico tampoco es susceptible de apropiación estatal, en el sentido de que el Estado no puede erigirse en su dueño o propietario para sujetar la libertad de expresión a concesiones otorgadas de acuerdo con su propio criterio de oportunidad que tiene la discreción de revocar cuando lo estima oportuno para alcanzar sus fines. La autoridad actúa tan sólo como un administrador cu-

yo cometido es el de coordinar el uso del espectro por quienes son titulares del derecho a expresarse libremente con el propósito de que su aprovechamiento sea lo más equitativo posible. Esto es lo que se desprende de una recta lectura de la misma LSCA, en especial de sus artículos 3º, inciso 1º y 7º.

34) Las consideraciones precedentes permiten comprender con mayor definición el motivo por el cual la validez constitucional del artículo 45 LSCA no se transmite mecánicamente a las vías trazadas en los artículos 161 y 48 LSCA para su implementación. Si bien el Estado tiene amplias facultades para establecer y revisar, con la frecuencia que encuentre conveniente, las reglas generales bajo las cuales se desarrolla la industria de los medios de comunicación y se organiza el mercado respectivo, no cuenta con la misma amplitud de facultades para interferir en la actividad individual y concreta de tales medios, en especial cuando dicha interferencia se traduce en el impedimento para continuar con la comunicación entre esos medios y las personas que integran sus audiencias. No es preciso hacer un gran esfuerzo para comprender que si la misma amplitud de poderes que tiene el gobierno para fijar y reformar políticas públicas se traslada a la posibilidad de retirar licencias a los medios, poco quedaría de las garantías que es preciso acordarles a éstos para que puedan desplegar una actividad que sea incluso duramente crítica para con las autoridades. Uno de los componentes básicos de la libertad de expresión, aunque no el único, consiste, precisamente, en esta barrera predispuesta contra el avance gubernamental.

A menor eficacia de tales protecciones predispuestas, mayor el poder de amenaza del gobierno sobre los medios de comunicación, poder que es letal para la libre y pública expresión de opiniones. El punto es la autocensura. Por este motivo, la garantía constitucional de la libertad de expresión sólo tiene eficacia si incluye una contención de ese poder que se encuentre a disposición de las personas afectadas. Dentro de esos límites, el poder estatal puede ser ejercido para crear regulaciones fa-

vorables a una expansión de la libertad de expresión, de la diversidad y pluralidad con que ésta se cumple. Para utilizar términos que estuvieron presentes en la audiencia pública convocada por esta Corte, es ciertamente posible que el Estado se comporte como un amigo de la libertad de expresión, pero ello será probable siempre y cuando se vea constreñido a mantenerse dentro de los límites que marcan los buenos modos. Uno de estos últimos consiste en que las autoridades se abstengan de alterar la protección que representa el derecho, derivado de la licencia, a operar un medio de comunicación durante el plazo de su vigencia.

35) En función de las consideraciones anteriores, debe concluirse que la parte actora tiene derecho a continuar con el uso de sus licencias y señales de contenidos, pues cuenta con protección constitucional para ello y en esa medida este pronunciamiento es contrario a la validez de los artículos 48 y 161 LSCA. Ello con las aclaraciones que siguen.

Cuando se trata de medios de comunicación que se sirven del espectro radioeléctrico, el Estado cuenta, en este campo, con amplias facultades para regular el uso del espectro, que es un bien público y no integra la propiedad privada del licenciatario. De todos modos, la revocación anticipada de una licencia de comunicación en curso, por motivos de oportunidad o conveniencia, vulnera el derecho a la libertad de expresión, salvo que el titular de la licencia cuente en esa área con otra licencia para un servicio de comunicación del mismo tipo que le asegure la posibilidad de ejercer su libertad de expresión. La eventual procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, deberá ser demostrada y decidida en cada caso. En nada se oponen a este criterio los precedentes de Fallos: 326:3316 y 328:2654, puesto que tanto en uno como en el otro, la licenciataria nunca había llegado a explotar la licencia otorgada y posteriormente revocada (Fallos: 326:3316, considerando 9º y 328:2654, considerando 10), de modo que su cancelación no tuvo como efecto interrumpir el ejercicio de la comunicación entre

## los medios y sus audiencias

En el segundo supuesto, cuando se trata de licencias para operar medios de comunicación que no se apoyan en el espectro radioeléctrico, el impedimento estatal para el ejercicio de una licencia *en curso* es inválida, por vulnerar el derecho a la libertad de expresión. En este terreno la ejecución del esquema contenido en el artículo 45 de la ley 26.522 deberá esperar al vencimiento de cada una de las licencias ya otorgadas o, en todo caso, su cancelación por motivos atribuibles al licenciatario. En la medida que no puede haber en este terreno revocación anticipada de licencias, tampoco es posible que se verifique daño alguno a la propiedad privada.

Nada de lo dicho obsta a que las autoridades resuelvan el cese o revocación atribuibles al licenciatario con carácter de sanción por comportamientos irregulares, como puede serlo la realización de prácticas anticompetitivas que impliquen abuso del poder de mercado, colusiones anticompetitivas, o en general cualquier práctica anticompetitiva. Tampoco implica convalidar las deficiencias que puedan presentar las licencias que actualmente explotan las empresas demandantes, puesto que las consideraciones precedentes se refieren exclusivamente a la cancelación de licencias que resulta del texto del artículo 161 LSCA que, como se dijo, responde a razones de oportunidad y conveniencia.

En lo concerniente a las señales propiedad de la parte actora, la obligación de transferir su titularidad deberá estar sujeta a la demostración concreta de que ellas constituyen un obstáculo para la producción independiente de señales en competencia o que, de existir ellas, se ha verificado la negativa de transportar tales señales por parte de las demandantes. En todo caso deberá ajustarse la solución al problema que efectivamente se intente remediar: si se trata de un problema de incentivos negativos a la producción de señales que resulta del mero hecho de que el Grupo Clarín sea titular de un determinado registro o si, en cambio, la restricción se debe a un abuso del

poder para conformar las grillas de programación excluyendo determinadas señales. En el primer caso, deberá resolverse la posible compensación económica, si se acreditase la existencia y cuantía de perjuicios patrimoniales.

Por último, en modo alguno queda vedado a las autoridades establecer un mecanismo de implementación de la LSCA, en especial de su artículo 45, que sustituya al artículo 161 LSCA de modo que no se vean alterados los derechos derivados de las licencias de comunicación audiovisual en curso, a cuyo amparo son desarrolladas actividades protegidas por el derecho a expresarse libremente y recibir información.

En uso de las atribuciones que el artículo 16 de la ley 48 confiere a esta Corte, se revocará la sentencia en lo concerniente a las declaraciones de inconstitucionalidad y se reformulará su parte resolutiva en términos consistentes con los señalamientos contenidos en estos fundamentos.

36) A partir de lo expuesto en esta opinión, no puedo menos que compartir los lineamientos principales de las consideraciones añadidas a los votos que han formado mayoría. No tengo dudas de que se encuentra profundamente comprometida la función que cumple la libertad de expresión en una sociedad democrática cuando el Estado interfiere en el libre flujo de información, sea mediante la interrupción del contacto entre ciertos medios y el público, como lo ha hecho en este caso mediante el artículo 161 LSCA, sea mediante la asignación selectiva de subsidios o de contratos de publicidad oficial para debilitar las corrientes de opinión críticas hacia el gobierno y distorsionar así los términos en que se plantea el debate público.

En este mismo sentido, el aporte estatal a la pluralidad, a la diversidad y a la contraposición de ideas incluye, es cierto, programas de regulación del mercado como el contenido en la LSCA, pero aquellos valores deben antes que nada estar presentes en el mismo sector público. Los medios del Estado deben estar conducidos por autoridades que no se vean limitadas en

sus decisiones editoriales a la promoción de contenidos pro gubernamentales y tengan independencia suficiente para incorporar a los contenidos, en la mayor medida posible, las necesidades de expresión de todos los sectores sociales. Coincido también con mis colegas en que la autoridad de aplicación ha de ser un órgano independiente de interferencias gubernamentales y no gubernamentales.

También estoy de acuerdo, por último, en que las autoridades, al ejercer sus competencias, en particular cuando se trata de decisiones que pueden tener incidencia en el acceso a las licencias para comunicar, o, más aún, cuando ellas puedan determinar su interrupción, deben procurar la máxima participación de todos los interesados, decidir sobre la base de criterios imparciales y generar mecanismos para prevenir o revisar actos discriminatorios hacia opiniones disidentes o minoritarias. En síntesis, preservar rigurosamente el debido proceso.

Por todo lo expuesto y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se resuelve:

1º) Declarar formalmente procedentes los recursos extraordinarios deducidos por las partes y por el tercero interesado, y las quejas promovidas por la parte demandada.

2º) Confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró constitucionalmente válido el efecto del artículo 41 de la ley 26.522 sobre las licencias de las que son titulares las empresas demandantes.

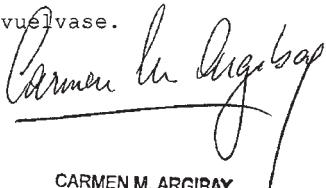
3º) Revocar parcialmente la sentencia, en sus puntos resolutivos "c", "d" y "e", hacer lugar parcialmente a la demanda, declarar el derecho de las empresas demandantes a continuar con las licencias hasta el vencimiento del plazo por el cual fueron otorgadas, en los términos y con las salvedades mencionadas en el considerando 35 y, a estos efectos, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 48 y 161 de la ley 26.522.

4º) Confirmar la sentencia en cuanto rechazó la acción de

daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente demanda (punto resolutivo "f").

5º) Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones planteadas y al modo en que se resuelve (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese, agréguese las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase.



CARMEN M. ARGIBAY

-/- DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Sin perjuicio de las precisiones que se introducirán en las consideraciones que siguen, doy por reproducidos los considerandos 1º a 15 del voto que encabeza este pronunciamiento.

16) Que previo a la consideración de cada uno los

agravios vertidos por las partes contra la sentencia impugnada y a adoptar la resolución que corresponda a su respecto, es oportuno establecer los criterios básicos sobre los que ha de sustentarse esta decisión.

Para ello es necesario precisar cuáles son los alcances jurídicos y la calidad de los derechos que emanan de las licencias que han sido otorgadas a las demandantes; la atribución del Congreso de regular legítimamente el ejercicio de esos derechos y la potestad de los órganos judiciales de controlar la validez de dicha regulación, es decir, su ajuste a los límites constitucionales.

17) Que, respecto de los contenidos y alcances de los derechos que resultan de las licencias, la ley 26.522 (artículo 4º) se ha preocupado y ha definido a la licencia de radio y televisión como el "Título que habilita a personas distintas a las personas de derecho público estatales y no estatales y a las universidades nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley y cuyo rango y alcance se limita a su definición en el momento de su adjudicación".

En ese sentido, debe tenerse presente que cuando fueron concedidas las licencias que constituyen el objeto de este litigio regían, en materia de radiodifusión, la ley 22.285 y sus modificatorias.

Del citado régimen, (en especial, el artículo 53, inc. h, de la ley mencionada), como así también de algunos precedentes de este Tribunal, mencionados en la sentencia impugnada, como son los de Fallos: 322:2750 y 326:3142, surge con claridad la naturaleza de los derechos de los que goza el licenciatario.

Más aún, al expedirse la Corte acerca de un reclamo indemnizatorio derivado de la revocación por motivos de interés público de una licencia de radiodifusión, no hubo discusión acerca de la procedencia de la reparación reclamada por los daños generados al patrimonio (artículo 2312, segunda parte, del

Código Civil), del licenciatario, sino solamente respecto de los rubros que correspondía indemnizar (Fallos: 328:2654, "El Jacarandá v. Estado Nacional" y la remisión que allí se hizo a lo decidido por el Tribunal en Fallos: 306:1409).

Cabe señalar que el voto concurrente en "El Jacarandá" derivó el fundamento de la obligación de resarcir "en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada y en la igualdad ante la ley y las cargas públicas (artículos 14, 17 y 16 de la Constitución Nacional, respectivamente)". (Fallos: 328:2654, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 9º).

En este punto es oportuno recordar que, en el célebre caso "Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Capital, sobre devolución de sumas de dinero" (Fallos: 145:307), la Corte afirmó -con términos que recuerdan todos los manuales de enseñanza- que: "Las palabras 'libertad' y 'propiedad', comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término 'propiedad', 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'. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo

el titular de un derecho real de dominio” (el subrayado es agregado).

18) Que sentado ello, corresponde señalar que las impugnaciones efectuadas por las actoras al régimen de la ley 26.522, no se limitaron exclusivamente a limitaciones o restricciones que sus normas imponen a los derechos patrimoniales que surgen de las licencias otorgadas con anterioridad a su vigencia, sino que han hecho referencia a los efectos que esas prohibiciones y restricciones pueden producir sobre la libertad de información.

Garantizar la libre expresión de las ideas y facilitar el acceso a la información, derechos reconocidos por la Constitución, han sido preocupaciones permanentes de este Tribunal, puestas de manifiesto desde la primera oportunidad en que la Corte tuvo que pronunciarse sobre los alcances de las normas constitucionales que rigen en la materia. El casi sesquicentenario fallo “Argerich”, resuelto el 12 de abril de 1864, remitió a los fundamentos expuestos en la sentencia del Juez de Sección, Dr. Alejandro Heredia. Allí se transcribieron expresiones de Dalmacio Vélez Sársfield, cuando, como partícipe del proceso reformador de 1860, tuvo que fundar la incorporación del artículo 32 de la Constitución Nacional y afirmó que “...los progresos morales y materiales de los pueblos son debidos en gran parte a la opinión pública, cuya manifestación es la prensa, y cuya libertad no debe ser restringida pues es una consecuencia de la libertad del derecho de pensar y una ampliación del sistema representativo” (Fallos: 1:144, subrayado añadido).

No es necesario reiterar en esta ocasión la valiosa jurisprudencia del Tribunal, que orientada en el mismo sentido que el de aquella decisión inicial, desarrolló e intensificó sus alcances, generando un espontáneo seguimiento de otros tribunales de la República. Las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal sobre libertad de expresión, que han sido objeto de análisis y estudio en la literatura especializada e incorporadas a todos

los manuales de Derecho Constitucional, obran en Fallos: 1:297 y 340; 3:371; 8:195; 10:361; 11:290; 17:110; 30:112; 30:540; 33:228; 39:265; 54:108; 85:246; 94:378; 100:337; 106:337; 107:272; 113:231; 114:60; 115:92; 118:183; 119:231; 129:66; 131:282; 154:363 y 155:57; 167:121; 179:423; 184:116; 205:545; 236:41; 239:459; 248:291; 248:529; 257:308; 269:200; 278:62; 282:392; 295:215, entre muchos otros).

Sólo cabe recordar que aquella valoración de la libertad de expresión que formuló la Corte en los inicios de su actuación, ha sido sostenida con la mayor constancia y fervor a partir de diciembre de 1983, cuando, restablecido el orden constitucional, fue instaurada junto con las demás autoridades democráticas. Desde entonces y en forma ininterrumpida ha procurado, como lo demuestran varios de sus pronunciamientos, asegurar la plenitud del ejercicio del derecho de informar y de opinar, en consonancia con el respeto de otros derechos inspirados en el valor de la dignidad de la persona (v. Fallos: 306:1892, "Ponzetti de Balbin"; 308:789, "Campillay"; 308:823; 310:508; 310:1715, "La Prensa S.A.>"; 310:1909; 311:284; 311:1781; 311:1950; 311:2497; 311:2553; 312:916, "Horacio Verbitsky"; 312:987; 312:1082; 312:1114; 312:1222; 312:2103; 313:740; 314:733, "Triacca"; 314:813; 314:1517, "Vago c. Ediciones de la Urraca"; 315:632, "Abad"; 315:1492, "Ekmedjíán c. Sofovich"; 315:1699, "Tavares"; 315:1943, "Servini de Cubría"; 315:2859; 316:703, "Gutheim"; 316:1141; 316:1623, "Pérez Arriaga"; 316:1768; 316:2394; 316:2416; 316:2548; 316:2845, "La Nación S.A.>"; 316:3149, "Monfardini"; 316:1191; 317:750; 317:2046; 318:823; 318:1114; 318:2056; 318:2348; 319:459, "Conesa Mones Ruiz"; 319:585, "Álvarez, Carlos A.>"; 319:677; 319:2487; 319:2741, "Morales Solá"; 319:2925, "Dahlgren"; 319:2959, "Acuña"; 319:3085; 319:3428, "Ramos"; 320:179; 320:742; 320:985, "De Gainza"; 320:1022, "Tele Cable Color S.A.>"; 320:1191, "Emisiones Platenses S.A.>"; 320:1272, "Pandolfi c. Rajneri"; 321:412; 321:479, "Neustadt"; 321:667; 321:885, "Petrij"; 321:1454; 321:2250; 321:2314, "Rozemblum"; 321:2375; 321:2637; 321:2617,

"Cavallo"; 321:2848, "Menem, Eduardo (imputado Tomás Sanz)"; 321:3170; 321:3404, "Alsogaray, María Julia"; 321:3596; 322:1495; 322:2750; 323:1023; 324:2419, "Bruno c. La Nación"; 325:50; 325:1486, "Caruso c. Remonda"; 326:2491; 326:4123; 326:4165; 326:4638; 327:138, "Cossio"; 327:943; 327:2168; 327:3536; 327:4376, "Cavallo"; 327:3560; 328:1825; 329:1631; 329:3775; 329:5424; 329:6044; 330:2168, "Oyarbide"; 330:3908 y 331:2237, "Editorial Río Negro"; 331:162; 331:1530, "Patitó"; 332:2559, "Brugo c. Lanata"; 333:680; 333:1331; 333:2079; 334:1714 y 334:1722, "Melo c. Majul").

Pero si esa ha sido la constante preocupación observada desde entonces por el Tribunal, no ha sido menor el vigor que puso de manifiesto para preservar del derecho de informar y opinar frente a los embates del poder -público o privado, embate, al fin-, amparo que el texto constitucional -con indelebles caracteres- consagra al prohibir la censura previa (artículo 14 Constitución Nacional). Justamente, en el caso de Fallos: 306:1892, primer pronunciamiento en materia de libertad de información en el que tuve intervención como juez del Tribunal, afirmé, juntamente con el doctor Genaro Carrión, que: "...elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana" ("Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios", considerando 6°).

Tal como lo ha recordado la Corte en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, y en Fallos: 330:3908, voto del juez Fayt: "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o pura-

mente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291, considerando 25); que "esta Corte participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del artículo 14. Basta para ello referirse a lo establecido con amplitud en los artículos 32 y 33 de la Constitución Nacional y a una razonable interpretación del propio artículo 14" (Fallos: 257:308, considerando 8º) y que la protección constitucional "debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales" (Fallos: 257:308, cit., considerando 10 y 308:789, voto de la mayoría, considerando 9º, primera parte). En el mismo sentido puede hoy agregarse que según lo dispone el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana adoptada por la Asamblea General de la O.E.A. en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, "[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

También se dijo allí que: "...la concepción clásica de la libertad de prensa reprodujo los caracteres generales de la libertad de la época liberal y, como ellas, es negativa; la abstención gubernamental, por su sola virtud, garantiza aquélla. Seguramente, esta concepción no se halla perimida; pero, aunque válida para los tiempos de la *presse à bras*, del diario caro y de los lectores bastante poco numerosos, se adapta mal a la prensa contemporánea. Ello es el producto de una evolución que ha modificado las nociones de la libertad (Georges Burdeau, *Les*

*libertés publiques*, 12va. ed., París, 1961, pág. 206). Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (Fallos: 306:1892, considerando 7º). Estas mutaciones ocurridas en el siglo pasado, han dado a la prensa una fisonomía en cierto modo antes insospechada. Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas. 'La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista' (Georges Burdeau, op. cit., pág. 206)".

Que, por ello, también se afirmó (v. Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, y en Fallos: 330:3908, voto del juez Fayt), "que es clara entonces la importancia que cabe asignar a la estructura económica de la información, ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno" (el subrayado es agregado).

Que, en efecto, la "Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión" dada en Chapultepec el 11 de marzo de 1994, afirma que "no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa"; que "las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público" y que "la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa" (principio quinto).

Idéntico cometido persigue la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que, según dispone el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, complementa a los derechos y garantías consagrados por ésta en su primera parte, entre otros, claro está, la libertad de prensa— que en su artículo 13, inc. 3º, al establecer que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Directa vinculación con las cuestiones debatidas en el presente caso, tiene el Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada, en octubre de 2000, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, allí se estableció que:

"Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún

caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos" (subrayado agregado).

"El derecho individual a pensar y expresar el pensamiento ha de completarse con el derecho social a ser informado y la cuestión fundamental se centra, no en la existencia de los medios técnicos sino en su uso, en encontrar la forma de que puedan servir a la formación colectiva, incluso a la diversión, en forma equilibrada, racional, buscando la elevación de todos los individuos y, en definitiva la plenitud de la personalidad humana. Se trata, pues, de una cuestión de límites, de ajuste, para saber a ciencia cierta en manos de quién quedará depositado ese extraordinario poder sobre la mente y el comportamiento humano que representan los medios de comunicación colectiva." (Fayt, Carlos S., Ciencia Política y Ciencias de la Información, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pág. 39).

Es apropiado recordar que en Fallos: 330:3908, el Tribunal expresó que "es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático" (voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni). Allí se agregó que: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que 'la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre'" (caso "La colegiación obligatoria de periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A nº 5, párr. 69). Asimismo destacó que "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (caso "La última tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros]", sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C nº 73, párr. 65), y que los

medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático" (voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni). Allí se agregó que: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que 'la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre'" (caso "La colegiación obligatoria de periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A nº 5, párr. 69). Asimismo destacó que "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (caso "La última tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros]", sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C nº 73, párr. 65), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C nº 74, párr. 149). Y también sostuvo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (casos "La colegiación obligatoria de periodistas"; "La última tentación de Cristo"; "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, serie C nº 107, párr. 108).

"En la misma línea de pensamiento -se dijo en el voto citado-, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad

de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática" (caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párr. 42).

Con razón se ha afirmado que uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa es su estrangulación financiera (Jean Morange, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1979, cap. II, 2, 4), riesgo que no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa y el derecho del público a recibir información y que, en nuestro ordenamiento, no admite condicionamientos de esta especie, que están destinados a reprimir el pluralismo y el debate abierto sobre temas de interés para los ciudadanos (ver la Declaración Conjunta de los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA y el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación de Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, dada en Londres el 26 de noviembre de 1999).

También se ha precisado que: "...la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de control de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas. Similares argumentos sustentan la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comi-

sión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (ver especialmente principio n° 13), sin que admita controversia que dicha libertad debe ser preservada, con igual energía, de una y otra clase de atentados, pues es también claro que el Estado no puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer directamente (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert y Fallos: 330:3908, voto del juez Fayt).

Lo expresado entonces por el Tribunal fija claramente cuál es la importancia y la jerarquía constitucional (con las salvaguardas que de ello se derivan), de los derechos que nacen del otorgamiento de las licencias para servicios de televisión y radiodifusión. Finalmente, el escrutinio de las normas que pudieran restringir los alcances de esos derechos no ha de perder de vista la determinación cuidadosa del efecto global de la regulación estatal sobre el debate público (cfr. Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, pág. 15 y sgtes., especialmente pág. 38, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999).

19) Que una vez precisado el rango constitucional del que gozan los derechos que emanan de las licencias otorgadas a las demandantes, corresponde determinar los alcances de la atribución –también constitucional (artículos 14, 17, 28 y 75, incs. 13 y 19 Constitución Nacional)–, que el Congreso posee para regular su ejercicio.

Es sabido que la Constitución tras adoptar para el Gobierno de la Nación la forma representativa y republicana (artículos 1º y 22 de la Constitución Nacional), confirió al órgano legislativo la potestad de regular el ejercicio de los derechos por ella reconocidos (artículo 14, Constitución Nacional). De la existencia de esa atribución constitucional del Poder Legislativo emerge uno de los rasgos esenciales de la convivencia civilizada dentro del orden constitucional que es la relatividad de los derechos que la Constitución reconoce.

Inspirada en el artículo 14 de la Ley Suprema, ha di-

cho la Corte que: "La Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, insusceptibles de razonable reglamentación" (Fallos: 297:201; 300:700; 305:831; 312:318; 325:11 y 645, entre muchos otros).

20) Que de la referida atribución del Congreso y del ya enunciado carácter relativo de los derechos que la Constitución reconoce, no puede derivarse una ilimitada e incontrolable potestad reglamentaria del órgano legislativo. A ello apunta el artículo 28 de la Constitución Nacional cuando establece que: "**Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.**"

Dicha norma, inspirada en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, en breves trazos: afirma la vigencia inalterada de los derechos fundamentales, reconocidos por el ordenamiento de mayor jerarquía; atribuye al órgano político de mayor representatividad la potestad de reglamentar, mediante leyes, el ejercicio de esos derechos y posibilita que los jueces —como lo admite expresamente el artículo 43 de la Constitución Nacional— examinen —en un caso como el presente— si el Congreso, al ejercer esa potestad reguladora mantuvo sin alteraciones la plenitud del derecho que la Constitución reconoce.

En suma, se trata de una norma que, desde la cúspide del ordenamiento jurídico, político y valorativo resume los rasgos esenciales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Advertía Alberdi que: "No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por ley, sugiera ella misma

el medio de faltar a todo lo que promete" (*Alberdi, J. B., Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 247*).

La advertencia de Alberdi muestra con claridad que la ausencia de una norma constitucional como la contenida en el artículo 28, podría conformar un fácil atajo para desvanecer la vigencia del Estado de Derecho y atraer las sombras de la Razón de Estado. Precisamente, cuando a comienzos del Siglo XVII, Arnoldo Clapmarius desarrolló, como una rama de la Razón de Estado, los *arcana imperii*, ("métodos íntimos y ocultos para mantener la tranquilidad del Estado", según Manuel García Pelayo), concedió "...una importancia de primer orden a los *simulacra*, es decir **el arte de hacer una cosa y aparentar otra**, pues en política tanto vale, y a veces más, aparentar como ser; entre los *simulacra* se cuenta, siempre según Clapmarius, **la sustracción de derechos y libertades reales, pero aparentando que se mantienen**, y sustituyéndolos por blandimenta, *libertatis umbra, iura inania e imago sine re*, es decir, por **la adulación de los despojados, por sombras de libertades, por naderías jurídicas y por imágenes vacías de realidad**" (García Pelayo, Manuel, prólogo al libro "Constituciones europeas", en *Obras completas*, T. III, pág. 3202, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).

"La gran preocupación de Alberdi –recuerda Juan Francisco Linares– era precisamente que las declaraciones y derechos de la Constitución no pudieran ser borrados de un plumazo por las leyes dictadas en su aplicación" (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes - El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2da. ed. pág. 161, Astrea, Buenos Aires, 1989).

Es por ello que la Corte en recientes pronunciamientos sostuvo con claridad que es imprescindible que: "...al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Luego, es

tan cierto que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, como lo es que esta última está destinada a no alterarlos (Constitución Nacional, artículo 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto cimero que los enunció y que manda asegurarlos" (Fallos: 330: 1989).

En suma, la quintaesencia del artículo 28 de la Constitución Nacional está en haber fijado en forma breve, clara y precisa los límites a la limitación legislativa de las libertades.

21) Que la presencia de límites constitucionales en un sistema republicano de gobierno (artículo 1º Constitución Nacional) se asocia en forma inmediata con la existencia de controles destinados a asegurar su efectiva vigencia, que no es otra que la de los Derechos Humanos que la Constitución Nacional y los máximos instrumentos del orden internacional (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional) reconocen.

Es así que se ha afirmado que "El principio de supremacía constitucional impone a todo magistrado la obligación de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición a ella; constituyendo esa atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados por la Constitución contra abusos posibles e involuntarios de los poderes políticos" (Fallos: 33:162; 267:215; 321:3620).

Cabe tener presente que, de conformidad con lo expresado, el Tribunal ha dicho que: "La intervención de la Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata

del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusionarios" (Fallos: 327:3677). Asimismo, también ha sostenido que: "los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último" (Fallos: 330:1989).

En resumidas cuentas si en este caso -como en todas las cuestiones inherentes al sistema republicano- la división de poderes juega un papel esencial, es claro entonces que "...así como el legislador ha de adecuar su instrumento al fin que persigue, el juez ha de ajustar el propio al caso que ha de juzgar" (Fallos: 312:496).

Acorde con ello se ha sostenido que "aun cuando la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional (Fallos: 301:962; 302:457, 484, 1149, entre otros), las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, es decir, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 311:394 y 321:3630, voto del juez Fayt).

A ello cabe añadir que: "Ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional (doctrina

de Fallos: 307:326). Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 de la Constitución Nacional" (Fallos 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, considerando 7º, último párrafo, subrayado agregado), criterio afín con el que postula descartar la razonabilidad de una norma reglamentaria que parte "de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión" (Fallos: 332:1963, voto del juez Lorenzetti).

Quiere decir, siguiendo a Juan Francisco Linares, que la razonabilidad y la justicia de una ley está dada cuando ella se traduce en la mejor posibilidad de entendimiento colectivo con el menor sacrificio de derechos, concepción que es la que mejor armoniza con el principio "*pro homine*", enunciado en los artículos 5º del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, según el cual siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos reconocidos por esos jerarquizados textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).

22) Que las actoras han cuestionado a la sentencia dictada en la anterior instancia por haber validado la constitucionalidad del artículo 41 de la ley 26.522, norma que prohíbe la transferencia de las licencias y que, conectada con la obligación de desinversión, contenida en el artículo 161 de la ley en cuestión, posibilita que –según arguyen las actoras– se pueda coaccionar a un medio de comunicación alcanzado por dichas normas e influir sobre su línea editorial.

Observan que el artículo 41 de la ley es irrazonable porque si su objetivo, conforme se sostuvo en la sentencia, es eliminar incertezas, abusos en las transferencias y fusiones y establecer un control efectivo, el medio impuesto por la ley pa-

ra alcanzar esa finalidad "es una medida de arbitrariedad extrema que no guarda ninguna relación ni proporción con el fin buscado por la norma" (fs. 3696 vta.).

Sostuvieron, finalmente que la norma en cuestión —en conexión con lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48 de la ley— desconoce los derechos de propiedad emergentes de los contratos y quebranta la confianza generada por la ratificación del decreto dictado por razones de necesidad y urgencia 527/05.

Las demandadas replicaron a esas aserciones explicando que el citado artículo no regula contenidos ni establece mecanismos de censura, o control de ideas o información y agregaron que "es una norma creada con una finalidad exclusiva, la de restringir y regular la transferencia de las licencias, pues impide el reemplazo 'anárquico' de los titulares, ya que establece condiciones necesarias y pautas expresas que determinan cuando, excepcionalmente y por un límite legal porcentualmente establecido, ello puede ser autorizado" (fs. 3779).

Enfatizaron su argumentación afirmando que: "...no se puede dejar librado a la voluntad del administrado que obtuvo un derecho por parte del Estado sometido a la regulación de éste, la posibilidad de transferirlo libre y alegremente a terceros" (fs. 3781/3782, subrayado agregado). Remarcaron que: "...quien otorga un derecho puede establecer unilateralmente las condiciones del mismo, y fijarle restricciones y limitaciones, como también determinar las condiciones en que lo confiere. De eso no hay dudas" (fs. 3782 vta.), por si pudiera quedar alguna concluyeron que: "...en la misma medida que resulta posible que se amplíe el alcance de un derecho por imperio de una norma, nada obsta que pueda ser razonablemente reducido si así lo entiende el legislador".

La norma cuya validez se discute establece:

"*Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.*

*Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscripto o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación. La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta.*

*Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles".*

La sentencia en revisión juzgó que la norma citada "...no es absolutamente incompatible con los derechos fundamentales de propiedad y de libertad de comercio que se hallan en juego" (fs. 3657).

Sostuvo esa conclusión en que la norma mediante el mecanismo de la "previa autorización" por acto fundado, susceptible de control judicial, permitía cumplir la finalidad de evitar incumplimientos y fraudes derivados de sucesivas transferencias y fusiones que impedían controlar y establecer responsabilidades. Por otra parte, estimó que la posibilidad de transferir -previa autorización- una parte considerable del capital social restaba entidad al agravio relativo a la lesión indebida a la libertad de comerciar.

Corresponde revocar en este punto a la sentencia impugnada.

En primer término, cabe tener presente en esta oportunidad que, conforme se estableció en el considerando 17, los derechos que otorga la licencia: "se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio" (*Fallos: 145:307, "Bourdieu"*).

Si hay un rasgo distintivo del derecho de dominio es la potestad que tiene su titular de disponer del objeto sobre el que recae. Atribución definida en sentido concorde por la ley (artículo 2506, del Código Civil y, más específicamente, por el artículo 2513: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, **disponer** o servirse de ella...") y por la doctrina, como es el caso de Héctor Lafaille que, al referirse al *jus abutendi* lo caracteriza como "En su estricto y genuino significado, esta facultad es simplemente la de disponer de la cosa, pudiendo enajenarla o afectarla" (*Lafaille, Héctor, Derecho Civil, Tomo III - Tratado de los Derechos Reales, Vol. I, Ediar, Buenos Aires, 1943, pág. 382*).

Si esa es una característica esencial del derecho que la Constitución reconoce y ampara, es objetable la validez del artículo 41 de la ley 26.522, en la medida en que prohíbe –como principio– las transferencias de las licencias.

Como ha sostenido la Corte, reglamentar un derecho no es "prohibir, sino establecer condiciones para determinada actividad" (*Fallos: 288:240*), tampoco es su "allanamiento total", (*Fallos: 297:201*), ni implica su alteración (artículo 28 Constitución Nacional).

Por otra parte, si la finalidad era evitar incumplimientos y fraudes derivados de sucesivas transferencias y fusiones que impedían controlar y establecer responsabilidades, el medio al que acudió el legislador para lograrla –indisponibilidad de las licencias y severas restricciones para que la autoridad de turno acceda a otorgar una excepción– resulta desmedido en orden al sacrificio que produce en los derechos de los

titulares de las licencias.

En tal sentido, una alternativa mucho menos restrictiva para alcanzar el objetivo propuesto es permitir la transferencia –como principio y no como excepción– y sujetar a los adquirentes a los mismos recaudos que los exigidos a los titulares. No puede argumentarse frente a ellos como lo hace la demandada que las obligaciones derivadas de la licencia son *intuitu personae*, cuando ello no resulta ni siquiera de la definición de licencia que da la misma ley (artículo 4º) y que se transcribió en el considerando 17.

El reproche con base constitucional que cabe formular a este dispositivo legal resulta de la inadecuada limitación que introduce a los derechos resultantes del otorgamiento de una licencia, conforme “a los fines cuya realización procuran” (Fallos: 328:566, disidencia de la jueza Argibay). Por otra parte, el medio elegido es inadmisible cuando suprime o hiere sustancialmente “otros bienes amparados por la misma estructura constitucional (doctrina de Fallos: 307:326)”. Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 de la Constitución Nacional” (Fallos: 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, considerando 7º, último párrafo, subrayado agregado).

En consecuencia, corresponde admitir en este punto la impugnación de las actoras y declarar la inconstitucionalidad del artículo 41 de la ley 26.522.

23) Que en lo referente a la multiplicidad de licencias, el artículo 45 de la ley 26.522, puesto en discusión en estas actuaciones, establece que: “*A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias.*

En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:

1. En el orden nacional.

a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;

b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico;

c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias.

La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.

2. En el orden local:

a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);

b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio;

c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta;

*d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción;*

*En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.*

**3. Señales:**

*La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas:*

*a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales;*

*b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia.*

*Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona.*

24) Que no se ha puesto en entredicho que medidas tendientes a la desconcentración de licencias, de la naturaleza de las adoptadas en el marco de la ley 26.522 (restricciones verticales, horizontales, a la propiedad cruzada y de protección al espacio radioeléctrico), puedan resultar apropiadas y conducentes para la mayor diversidad y pluralismo en el marco de la regulación de los servicios audiovisuales.

Tampoco ha merecido objeciones que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas, como medio de expresión o comunicación debe ser ejecutado conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que impone —entre otras cuestiones— la naturaleza reducida del medio utili-

zado (Fallos: 322:2750; 327:4969 y 335:600).

Lo que debe analizarse en el sub examine es -conforme se indicó- si las medidas adoptadas por el artículo 45 de la ley 26.522, resultan proporcionadas e idóneas para alcanzar la finalidad perseguida por la norma, de acuerdo con la realidad del mercado de medios audiovisuales argentino y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

25) Que, antes de ingresar al análisis de razonabilidad de la norma bajo estudio -en los términos y con los alcances ya indicados en los considerandos 19, 20 y 21- cabe aclarar que en relación con la apreciación de la prueba pericial, ha sido la doctrina de esta Corte la de reconocer validez a las conclusiones del experto para la decisión de aquellos aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que solo correspondería apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos, circunstancias que, a criterio de este Tribunal, no concurren en el caso (Fallos: 319:469; 320:326; 332:1571 y 1688, entre otros).

26) Que, ello establecido, cabe examinar las restricciones impuestas en el ámbito nacional relativas a la posibilidad de ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión en más de "[u]na (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital", y la exclusión a los titulares de "una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción", de la "posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual" (artículo 45, ap. 1, inc. a, de la ley 26.522).

Es oportuno recordar que más de dos décadas atrás, en oportunidad de revocar una sentencia que había admitido una medida cautelar que tenía por efecto impedir la emisión de imágenes y conceptos relacionados con la peticionaria de la cautela, y, tras examinar el contenido de la regulación entonces vigente

de la radiofonía y televisión, se afirmó que: "En televisión, la emisión de programas por cable permite la multiplicación de canales o emisoras de corto alcance, haciendo técnicamente innecesaria la reglamentación de frecuencias. Hay un aumento creciente de estaciones locales de televisión y es previsible la desaparición del sistema de licencias en un futuro no lejano. Los satélites de difusión directa desbordan las fronteras y las antenas parabólicas captan programas hasta hace poco inaccesibles, lo que convierte en letra muerta las limitaciones jurídicas. Los satélites de comunicación y los cables coaxiales han potenciado el intercambio de informaciones y programas, con emisiones regionales, locales, incluso barriales, ofrecen la posibilidad de una televisión comunitaria que complementa y sustituye, en ciertos casos, a la televisión hertziana e indica la aparición de nuevos usos de la televisión, en escala difícilmente previsible. Todo conduce a sostener que la revolución de las comunicaciones dista de haber concluido" (Fallos: 315:1943, voto del juez Fayt, subrayado agregado).

Está claro entonces, a fuer de ser coherente con el criterio expuesto tiempo atrás, que restricciones a la titularidad de licencias, como las contenidas en la norma legal transcrita, deben ser objeto de una razonable fundamentación por parte del titular de la potestad regulatoria.

En orden a los agravios planteados por las actoras se observa que ninguno de los servicios de comunicación audiovisual involucrados en la restricción -satelital y de cable por suscripción- utiliza el espectro radioeléctrico, razón por la cual, los alcances regulatorios, si los hubiere, difieren sustancialmente de aquellos casos en los que se emplea dicho recurso.

Más aún, se ha sostenido en el informe pericial -no controvertido específicamente en este punto por las demandadas- que tal restricción, sin justificación alguna, acarrea a las actoras una reducción en sus ingresos, poniéndolas en una situación desventajosa para competir en el mercado satelital (fs.

1866 vta.).

La otra discriminación injustificada y "visible", según se afirma a fs. 3669, resulta del disimil tratamiento que esta norma da al operador de televisión satelital, al que le basta con una licencia para abarcar todo el país y el que reciben las actoras, en cambio, que, al operar por cable, están sujetas a las limitaciones que contienen los incs. b y c de la ley, no obstante referirse a un mismo mercado.

Es claro que la limitación a una sola licencia para el operador satelital es irrelevante, porque le basta con una para abarcar todo el territorio. Su competidor de cable, no sólo no puede operar por satélite -lo que le impide abarcar todo el territorio-, sino que la parte de territorio sobre la cual puede operar está sujeta a las numerosas restricciones establecidas en el resto del artículo 45.

No se ha justificado la diferencia de encuadre legal entre un grupo de operadores y otro, cuando todo parece indicar que compiten en el mismo mercado -lo cual resulta corroborado por el último párrafo del ap. 1 del artículo 45 de la ley 26.522 y, fue por otra parte, uno de los fundamentos del dictamen 637/2006 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (sobre el que se basó la resolución SCI 257/2007, que autorizó la operación de concentración de Cablevisión y Multicanal), donde al analizar los mercados de distribución paga de señales múltiples, se consideró que la televisión por cable y la televisión satelital pueden ser incluidas dentro de un mismo mercado de producto para evaluar efectos de concentración económica (conf. párrafos 134 a 142, del referido dictamen)- sin que se haya ensayado, por parte de las demandadas, ninguna explicación plausible que sostenga la limitación legal, cuya inconstitucionalidad -conforme a los criterios expuestos en los considerandos 23 y 24- corresponde declarar.

27) Que en punto a la restricción, también en el orden nacional, de ser titular o tener participación en sociedades

titulares de licencias de servicios de radiodifusión en más de "diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual...cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico", artículo 45, ap. 1, inc. b, cabe tener presente que si bien es cierto que, por tratarse de un recurso limitado, la potestad reguladora, justificada por el interés general y los derechos de terceros (Fallos: 322:2750; 327:4969 y 335:600), puede desplegarse con más intensidad (Fallos: 326:3142), ello no importa la admisión de un ejercicio irracional, arbitrario y descontrolado de esa potestad (artículos 28 y 1º, de la Constitución Nacional).

Sobre este punto el perito en materia económica se expidió manifestando que, aun tratándose de licencias que ocupan el espacio radioeléctrico "...el límite máximo de 10 es cuestionable", sostuvo que asignar números máximos en términos absolutos no era usual y podía conducir a distorsiones, en consecuencia, estimó más adecuado fijar límites relativos por medio de porcentuales.

Esta cuestión no pasó inadvertida para el Tribunal que, en la audiencia pública del 29 de agosto de 2013, formuló a la demandada la última pregunta en los siguientes términos: "En el año 1999, con fundamento en el mayor desarrollo del mercado de las comunicaciones, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el decreto de necesidad y urgencia por el que aumentó la cantidad de licencias de radio y TV abierta de 4 a 24. Este decreto fue declarado válido por el Congreso en el año 2007. ¿Qué razones llevaron dos años después a modificar el número de licencias reduciéndolas de 24 a 10?"

La respuesta fue: "La realidad de mercado. Tenemos que entender lo que pasaba en 1999, donde además este decreto es fruto más bien de una necesidad política. Este decreto no surge de la política, surge de la presión de grupos ya concentrados de hecho, cosa que nosotros venimos denunciando no sólo en esta

*causa, que presionan a la política para obtener medidas que los favorecen: cramdown, bienes culturales, también aumentó el número de licencias.*

*¿Qué es lo que pasa? Se habían consolidado algunas cosas por decreto ley... por decreto de necesidad y urgencia y quiero recordar algo. Nadie cuestionó un decreto de necesidad y urgencia cuya competencia por el Congreso ya estaba fijada en el artículo 75 como competencia exclusiva del Congreso de la Nación. Nadie lo cuestionó. Esta ley de la democracia y sancionada por el Congreso ha sido cuestionada.*

*¿Qué es lo que se analizó? Se analizó el mercado y se decidió que la Argentina necesitaba un mercado fuertemente desconcentrado. Con este número que habíamos heredado de la parte final de los 90, simplemente el mercado se había reducido aún más, no en su rentabilidad sino en las voces que se escuchaban" (fs. 4094 vta. Respuesta del Estado Nacional, representado por la doctora Graciana Peñafort).*

Dando por válida la respuesta, más allá de circunstanciales manifestaciones relacionadas con la política agonal, lo cierto es que allí se pone en evidencia la inconstancia –formal y material– del ejercicio de la potestad regulatoria por parte de la demandada.

El límite de cuatro licencias existente hasta 1999, se multiplicó ese año por seis mediante un decreto, dictado por razones de necesidad y urgencia, que fue convalidado ocho años después por el Congreso, que habrá considerado atendibles las razones sostenidas por el autor de la medida y razonables y legítimos sus contenidos. El mismo órgano, dos años después, vuelve sobre sus pasos y "para garantizar la pluralidad", tras un "análisis de mercado", reduce drásticamente el número de licencias de 24 –valido en 2007– a solamente diez (cabe imaginar que los adelantos tecnológicos, sin duda perceptibles, que en el área se produjeron desde fines del siglo pasado, habrían permitido aumentar o, al menos, mantener el número de licencias habi-

litado en 1999 y validado en 2007 y no reducirlo, apenas dos años después con vagas explicaciones, a menos de la mitad).

Por eso la restricción impuesta por el artículo 45, ap. 1, inc. b, de la ley 26.522, sin una justificación plausible, altera sustancialmente los derechos de las actoras y resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 28 de la Constitución Nacional, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

28) Que ha cuestionado la actora, con base constitucional, las restricciones contenidas en el artículo 45 de la ley 26.522, en cuanto se refieren al límite máximo de veinticuatro licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones (ap. 1, inc. c); el tope máximo según el cual las prestaciones de un licenciatario no pueden exceder del treinta y cinco por ciento del total nacional de habitantes o abonados (ap. 1 último párrafo); el ap. 2, incs. c y d y párrafo final, que impiden, en el orden local, la coexistencia bajo un mismo titular de una licencia de radiodifusión televisiva abierta con una licencia televisiva por suscripción y el apartado 3 que regula la titularidad de los servicios por señales.

La sentencia impugnada sostuvo que esas normas importaban, en conjunto, una restricción innecesaria e irrazonable "puesto que no son proporcionadas ni idóneas a los fines queridos por el legislador" (Fallos: 200:450 y muchos otros).

La sentencia extrajo esa afirmación en las conclusiones del informe pericial, a las que resumió de la siguiente manera:

a) La televisión abierta es más costosa para producir y se ha convertido en una actividad de baja rentabilidad;

b) La posibilidad para quien explota televisión abierta y, a la vez, producir señales y distribuirlas por cable,

constituye una articulación horizontal propia de la gestión televisiva, cuyo empleo –según las circunstancias– puede dar sustentabilidad.

c) No hay justificativo razonable en las limitaciones a las señales de contenidos, puesto que no usan espacio radioeléctrico escaso.

d) La limitación numérica a valores absolutos de las licencias de TV por cable no se justifica por el uso de un “medio limitado” y tampoco económicamente porque incrementa costos medios y en el caso del Grupo Clarín, conduce a pérdida de eficiencia y subutilización de la red de fibra óptica que ha sido tendida sobre la base de las autorizaciones que precedieron a la sanción de la ley;

f) No existe ninguna razón económica ni de defensa de la competencia por la cual un prestador de televisión abierta no pueda ser titular de una licencia por cable en la misma zona;

g) La limitación a la cantidad de señales afecta doblemente al Grupo Clarín: por ser titular de licencias de TV abierta, debería limitar sus señales a una; por ser titular de licencias de TV por cable, sólo podrá ser titular de una señal de generación propia; estas limitaciones restringirían la competencia en el mercado de señales, en beneficio de grandes grupos internacionales productores de contenidos;

h) La reducción de la audiencia implica menos participación del mercado publicitario, menor generación de fondos y reducción fuerte de los servicios a prestar, afectando la sustentabilidad del Grupo Clarín (v. fs. 3660 vta.)

“Como resultado del conjunto de limitaciones –concluye la sentencia–, la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas” (fs. 3660 vta.).

A ello añadió que “las restricciones contenidas en el

artículo 45 de la ley 26.522, en cuanto a medios que no utilizan el espectro radioeléctrico, son innecesarias pues no perturban el uso y las reservas de frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que no podrían expresarse si no es con el financiamiento del presupuesto nacional y/o de publicidad oficial, no son proporcionadas –pues existen alternativas menos restrictivas propias del derecho de la competencia– y tampoco son idóneas para los objetivos de lograr mayor pluralidad de voces para el debate democrático. Ello es así, pues destruir la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de internet –donde compite con los grandes grupos de las telecomunicaciones–, es una forma de restringir por vía indirecta la libertad de expresión y de información, en violación de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y del artículo 13, incs. 1 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, considerando 19, *in fine*).

A esas conclusiones de la sentencia, que aquí se comparten, cabe añadir que las limitaciones referidas a la titularedad de señales establecidas en el ap. 3, incisos a (una señal) y b (señal propia), son contrarias a lo dispuesto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que, sin sustento técnico y económico sobre los que puedan fundarse, restringen las posibilidades de generar, comunicar y distribuir contenidos expresivos.

29) Que respecto del límite legal de hasta veinticuatro (24) licencias, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones, artículo 45, ap. 1, inc. b de la ley 26.522, cabe reiterar, que no juegan aquí los argumentos relativos a la asignación de un recurso escaso dado que no se emplea el espectro radioeléctrico.

Sobre este punto en la pericia económica se expresó

que "estos límites restringen el aprovechamiento de las economías de escala y de densidad que son inherentes a la industria de la TV por cable. Como consecuencia de esta restricción, no se permitirá la reducción de costos medios que podría obtenerse con un incremento del número de suscriptores y, por ende, se impedirá una disminución en los precios pagados por los abonados" (fs. 1867/1868).

En la audiencia pública del 29 de agosto de 2013 el Tribunal interrogó a la demandada a fin de que justificase ese límite legal.

La respuesta se fundó en los siguientes datos:

Las licencias de televisión por cable son 1117, que están en manos de 709 licenciatarios, es decir, un promedio de 1,6 licencias por licenciatario. Dar 24 como máximo implica estar dando más de 15 veces lo que el promedio tiene.

Si ése es el fundamento técnico de la restricción a los derechos de las actoras, no sólo resulta insuficiente, sino que también es falaz.

En efecto, ello ocurre porque las cifras sobre las cuales se llega al coeficiente que multiplicado por quince sostiene al límite máximo legal son manejadas exclusivamente por la autoridad de aplicación, que puede fijar el número de licencias y de licenciatarios y con ello el coeficiente y el máximo de licencias.

Supongamos que hubiera mil licencias distribuidas entre ochientos licenciatarios, el promedio sería 1,25 licencia por licenciatario, multiplicado por quince nos daría una titulación máxima de dieciocho o diecinueve licencias. Es decir el coeficiente resulta de la cantidad de licencias que se distribuyen y la cantidad de licenciatarios entre los que se distribuyen, ambas libradas al arbitrio de la autoridad de aplicación, que, por otra parte, ninguna explicación dio sobre la razonabilidad técnica del número quince para multiplicar el coeficiente

y fijar el límite máximo de titularidad de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones.

Resulta de estricta aplicación, también en este supuesto, lo expresado en el considerando precedente respecto de la invalidez constitucional de la norma objetada.

30) Que en relación con la restricción legal que establece que: "la multiplicidad de licencias -a nivel nacional y para todos los servicios- en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios.

Interrogado en forma directa por el Tribunal, en la audiencia pública realizada en autos, acerca de cuál es en el mercado argentino la escala mínima adecuada para la prestación del mejor servicio al menor precio y si es suficiente el 35 por ciento, el perito mantuvo al porcentaje legal en la aritmética de la incertidumbre al responder que: "[p]arecería que el 35 por ciento como porcentual es un porcentual fijado arbitrariamente. En realidad, lo que hace al fijarse ese 35 por ciento y tener un límite implicaría que las empresas no invertirían. Y tendrían una mala calidad, porque ya estarían aseguradas hasta un determinado tope, lo cual implicaría una menor prestación, un menor bienestar para el usuario" (fs. 4095 vta.).

31) Que en la consideración de las normas restrictivas del artículo 45 de la ley 26.522, relacionadas con la prestación de servicios de comunicación audiovisual por suscripción, corresponde examinar una cuestión de la mayor relevancia.

De acuerdo con el contenido de las normas citadas, lo expresado por la actora, (fs. 70 vta.; 3173; 3431 vta.; manifestaciones del doctor Damián Cassino, a fs. 4074 y de la doctora María A. Gelli, a fs. 4097 vta., todas ellas vertidas en la audiencia pública del 29 de agosto de 2013), conforme a las prue-

bas que se han producido en estas actuaciones (v. fs. 1766/1767), y lo manifestado por los *amicus curiae*, doctores Aguiar Aranguren (fs. 4046); Gil Domínguez (fs. 4057) y Grossman (fs. 4062), en la audiencia pública del 28 de agosto de 2013, la aplicación de sus disposiciones sobre las licencias otorgadas a las actoras tendrá por efecto la cancelación de los servicios que desde tiempo atrás presta a numerosos usuarios por suscripción (v. fs. 3143 vta.), cuyos intereses directos no han sido contemplados en ninguna medida.

Causa asombro observar que una ley que considera a la actividad de los medios de comunicación audiovisual como "de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo socio-cultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones", (artículo 1º de la ley 26.522), no contenga un capítulo destinado a regular los derechos de los usuarios, escasamente contemplados por algunas normas dispersas.

Más aún, el extenso glosario de cuarenta y cinco definiciones que contiene el artículo 4º de la ley, completado con las cuatro que el Poder Ejecutivo Nacional incluyó en el decreto reglamentario, omite la definición del usuario.

Quizás no deba sorprender si esto se ve como otra es-caramuza de una agobiante y pírrica batalla -cuyo origen aún es oscuro-, en la que los beligerantes, obnubilados por un reparto de cautivos, han perdido de vista "la dignidad del hombre como imperativo categórico" y desdibujado notablemente aquello que propugnaba Séneca -símbolo de la filosofía estoica- en una epístola dirigida a Lucilio: "**el hombre debe ser algo sagrado para el hombre**" (*homo res sacra homini*) (Fallos: 332:1963, voto del juez Fayt, negrita en el original).

Si es así cabe hablar claro y reiterar, una vez más que "**el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por**

la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" y que cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional –calificado por el juez Zaffaroni en Fallos: 332:1963, como la "viga maestra del derecho argentino" y el "pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de las libertades individuales de los habitantes"– establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479).

Bien define la ley de Defensa del Consumidor al usuario como "persona" (artículo 1º, de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, modificado por la ley 26.361), expresión cargada de significación que ya incluía la Constitución Nacional en su texto originario (artículos 18, 22 y 23).

Ocurre que la ley cuyas normas se han cuestionado en este caso **parece estar dirigida más hacia organizaciones o aparatos** –una prueba de ello es que crea siete organismos públicos y cuatro registros, y asigna tareas directivas o consultivas a ochenta y seis funcionarios– **que a personas** –hecho evidenciado cuando ni siquiera define al usuario de los servicios que regula, ni contiene un Estatuto que ordene sus derechos–.

En ese marco, las disposiciones restrictivas de los derechos de las actoras, sin mayores distinciones, producirán sus efectos sobre millares de suscriptores, que, privadamente y en forma regular, se proveen de sus servicios. Es como si al lector de una publicación periódica, de interés general o especializada, le prohibieran recibirla y continuar su lectura aduciendo razones de interés público. ¿Qué habría dicho el suscrip-

tor de un folletín magnífico como *Los Miserables*, si por disposición legal, su lectura se hubiera interrumpido en la muerte de Fantine, o cuando Jean Valjean salva la vida de Javert?

Con elevado juicio se ha dicho en este Tribunal que "corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción. Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional" y "que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional)" (Fallos: 332:1963, voto del juez Lorenzetti, subrayado agregado).

Al Estado —en tanto organización del poder político dentro de la comunidad nacional— le está impedida toda injerencia sobre el individuo, cuando se desenvuelve en el marco de su autonomía donde es soberano en su obrar, en su pensar y en su sentir. Es que se trata de "...la **esfera íntima** del individuo —en cuanto ámbito de ejercicio de su autonomía personal— la que a diferencia de la esfera pública —y aun de la privada— no admite ningún tipo de intromisión. La aceptación de esa injerencia convertiría al poder estatal en una verdadera deidad" (Fallos: 332:1963, voto del juez Fayt).

Es oportuno en esta ocasión evocar, como lo hizo el juez Zaffaroni en su voto de Fallos: 332:1963, las palabras de Adán Quiroga, cuando sostuvo que: "...el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la vida de relación" (*Delito y pena*, Córdoba, 1885, págs. 36-37).

En consecuencia, las normas restrictivas de los dere-

chos de las actoras contenidas en el artículo 45 de la ley 26.522, en la medida en que arrastran como consecuencia la extinción forzada del vínculo contractual y voluntario de los usuarios de los servicios de cable que las demandantes prestan, importan una intromisión indebida de la autoridad pública en el ámbito de privacidad que resguarda en plenitud el artículo 19, primera parte, de la Constitución Nacional.

32) Que, además, las normas en cuestión, por los efectos que producen sobre los derechos de los usuarios que forzadamente se verían privados de los servicios de cable de las actoras, entran en abierta colisión con la "libertad de elección", que el artículo 42 de la Constitución Nacional expresamente reconoce entre esos derechos.

Más aún, para afirmar la vigencia de los derechos de los usuarios, la misma norma constitucional, a renglón seguido, ordena que: "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...", y habilita a los órganos judiciales, más allá de eventuales ápices procesales frustratorios (*Fallos: 248:189*), a liberarlos de las trabas que se oponen a su ejercicio, lo cual es una solución afín con lo que predica la nota al artículo 3136 del Código Civil, cuando testifica "que sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara".

Lógica consecuencia de ello es el "...deber ineludible del Poder Judicial (de) restablecer el pleno imperio de los principios orgánicos de la República; particularmente si la transgresión emana de los poderes del Estado y se arbitran en nombre del bien público, panaceas elaboradas al margen de las instituciones (*Fallos: 137:47*). Y ha de recalcarse que ello no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y el oprobio" (*Fallos: 261:103*, voto del juez Boffi Boggero, citado en *Fallos:*

319:3241, disidencia del juez Fayt).

33) Que si aún se considerase que la inconstitucionalidad de las normas restrictivas del artículo 45 de la ley 26.522, no surgiera de su palmaria contradicción con las normas que reconocen y amparan la libertad de elección de los usuarios de servicios de radiodifusión por cable, queda por examinar sus alcances a la luz de las normas que amparan a los usuarios en su derecho a informarse (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Si por vía de la ley restrictiva de las licencias de su proveedor los usuarios ven cancelados los servicios de información que hasta entonces, en forma regular, voluntaria y merced a un vínculo contractual privado recibían, ocurrirá con ellos aquello contra lo que prevenía John Stuart Mill: "...la peculiariadad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error" (Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, en *John Stuart Mill, Vida pensamiento y obra*, Planeta De Agostini, s.d., págs. 211/212).

En un sentido análogo se afirmó en una sentencia del Tribunal que: "Lo que la Constitución no permite es que, so pretexto de protección al pueblo, se le impida a éste recibir información y valorarla, privándolo de actividades que sólo a él competen" (Fallos: 328:1825, disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio), para añadir que: "Sustituir el juicio de la población por el juicio de las autoridades: he aquí la quintaesencia del paternalismo inconstitucional" (Fallos: cit.).

Puede concluirse que las normas legales impugnadas,

al producir el efecto mencionado sobre los derechos de los usuarios de las licencias de las actoras, contradicen lo dispuesto por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional en materia de libertad de expresión, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

34) Que a tenor de los criterios de valoración expuestos en los considerandos 23 y 24 y teniendo en cuenta que regulan la utilización del espectro radioeléctrico, puede observarse que las limitaciones contenidas en el artículo 45, ap. 2, incs. a y b de la ley 26.522, sólo encontrarían amparo constitucional si fueran resarcidos los perjuicios que su implementación ocasione en los derechos de los actuales licenciatarios de conformidad con las reglas que rigen la responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad lícita (Fallos: 328: 2654).

35) Que resta considerar la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por el a quo del artículo 48, párrafo segundo, de la ley 26.522, que establece:

*"El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro".*

Cabe reiterar aquí lo sostenido respecto de la invalidez constitucional del artículo 41 y, en coincidencia con lo decidido por la alzada, para concluir que la norma en cuestión - de curiosa literatura- importa una severa restricción a los derechos emanados de licencias ya otorgadas (artículos 14 y 17, Constitución Nacional), severidad que se acentúa al traducirse, en los hechos y por efecto de su aplicación, en una rigurosa e injustificada negación legal del derecho de defensa en juicio (artículo 18, Constitución Nacional).

Por consiguiente, cabe, en este punto, confirmar lo

decidido por la cámara.

36) Que, en cuanto a los restantes agravios, y atento a la forma en que se decide, puede concluirse que no resultan conducentes para la solución del caso, por lo que no corresponde que la Corte se pronuncie con relación a ellos.

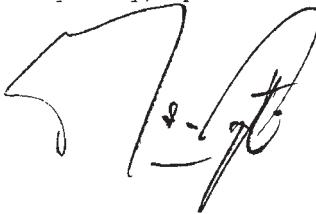
Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1º) Desestimar el recurso de queja del Estado Nacional -correspondiente a la causa G.445.XLIX- en el agravio atinente al punto de la sentencia que rechaza la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A.;

2º) Declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos por las partes y por el tercero interesado, y las quejas promovidas por la parte demandada [Estado Nacional -causa citada-] y por dicho tercero [Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual -causa G.451.XLIX-], con el alcance establecido en los considerandos.

3º) Revocar parcialmente la sentencia impugnada y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45 -con excepción del ap. 2, incs. a y b, en las condiciones fijadas en el considerando 37- y 48, segundo párrafo, de la ley 26.522; y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, con los alcances citados.

Costas a las vencidas (artículo 68, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.). Agréguese las quejas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



CARLOS S. FAYT

Recursos extraordinarios interpuestos por: Cablevisión S.A. representada por el doctor Damián Fabio Cassino, con el patrocinio de los doctores Alejandro Carrió y María Angélica Gelli; Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Cablevisión S.A. y Radio Ministro S.A., representados por el doctor Damián Fabio Cassino, con el patrocinio de los doctores Alejandro Carrió y María Angélica Gelli; Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, representada por la doctora María Inés Rossi, con el patrocinio del doctor Sergio E. Zurano; Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros-, representado por los doctores Sergio Ricardo Landin y Martín Oscar Monea, con el patrocinio letrado de la doctora Angelina María Esther Abbona, en su calidad de Procuradora del Tesoro de la Nación.

Traslados contestados por: Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Cablevisión S.A. y Radio Ministro S.A., representados por el doctor Damián Fabio Cassino, con el patrocinio de los doctores Alejandro Carrió y María Angélica Gelli; Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, representada por la doctora María Inés Rossi, con el patrocinio del doctor Sergio E. Zurano; Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros, representado por los doctores Sergio Ricardo Landin y Martín Oscar Monea, con el patrocinio de la doctora Angelina María Esther Abbona, en su calidad de Procuradora del Tesoro de la Nación.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo en lo Civil y Comercial Federal nº 1, Secretaría nº 1.

## NOVIEMBRE

SINDICATO TRABAJADORES  
DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y OTRO  
C/ GATE GOURMET ARGENTINA S.A.  
S/ ACCIÓN DE AMPARO

### *NULIDAD*

El recurso extraordinario contra la sentencia que expresamente rechazó el planteo de nulidad mediante profusas consideraciones acerca de las irregularidades procesales que se le imputaban y desestimó la excusación solicitada resulta procedente con arreglo a la doctrina en materia de arbitrariedad, ya que resulta claro que abordó el tratamiento de una cuestión -la nulidad- que no había sido sometida a conocimiento de la cámara sino planteada en el anterior recurso extraordinario para que, en su caso, fuera tratada por la Corte.

### *SENTENCIA*

Corresponde invalidar la sentencia impugnada si se han omitido en ella las reglas esenciales, lo que determina su inexistencia como sentencia de un tribunal en violación al art. 18 de la Constitución Nacional, ya que el tribunal debió, para conocer en la causa, hacer saber a las partes, personalmente o por cédula, la composición de la sala, sin que pudiera fallarse el pleito antes de que la integración hubiera quedado consentida (art. 111 del Reglamento para la Justicia Nacional), máxime ante las circunstancias particulares del caso en las que, por un lado, sucedió la vacancia de dos vocalías y se debió completar con la selección entre los jueces integrantes de otras salas y, por otro lado, la actora manifestó posteriormente su intención de recusar con causa a un magistrado sin que lo pudiera hacer porque el tribunal se pronunció antes que aquella integración estuviese aceptada.

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

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III), al revocar la sentencia de primera instancia rechazó la acción de amparo promovida por el Sindicato Trabajadores de Industrias de la Alimentación (STIA) contra la empresa Gate Gourmet Argentina SRL.

Para así decidir, en síntesis y en lo que interesa, el a quo entendió válido el acuerdo colectivo firmado con el Sindicato de Chóferes de Camiones Obreros y Empleados del Transportes de Carga por Automotor, Servicios de logística y Distribución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la demandada, por el cual sus trabajadores no se regirían más por el convenio de STIA, sino que pasaban todos a pertenecer al ámbito de aplicación de la actividad de camioneros y afines.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso la apelación federal que fue denegada, dando origen a la presente queja. Además de exponer otros agravios el recurrente plantea que la decisión había sido dictada en el marco de graves irregularidades violándose el derecho de defensa (art. 18 de la C.N.). Asimismo explicó que se violentaron formalidades sustanciales del proceso, que se vinculan directamente con el derecho de las partes a un juicio justo y transparente, circunstancias que acarrearían la nulidad de la decisión.

- III -

El planteo de nulidad de la sentencia es en el orden lógico de tratamiento, previo a los agravios vinculados al fondo de la decisión. Por ello, resulta idóneo para habilitar, a su respecto, la instancia extraordinaria en virtud de la obligación que le cabe al Tribunal, categóricamente reconocida desde el antiguo precedente de Fallos: 156:283, de adoptar las providencias conducentes a impedir o subsanar la violación de los reglamentos

respectivos. Especialmente, en los casos en que esa falta afectara la constitución legal misma de los tribunales federales, indispensable para fallar en las causas (*Fallos* 317:462). Además cuando las irregularidades que se observan en el pronunciamiento impugnado importan un grave quebrantamiento de las normas reglamentarias y por consiguiente, un agravio a la defensa en juicio, dicha infracción habilita la intervención de esta Corte en razón de la obligación que le cabe en cuanto a corregir la actuación de aquél cuando se configura un supuesto de transgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia (*Fallos*: 316:32; 317:698).

En ese sentido, el tribunal a quo para conocer en la causa, debió previamente hacer saber a las partes, personalmente o por cédula, la composición de la sala, sin que pudiera fallarse el pleito antes de que la integración hubiera quedado consentida (artículo 111 del Reglamento para la Justicia Nacional), máxime las circunstancias particulares del caso en las que, por un lado, sucedió la vacancia de dos vocalías y se debió completar con la selección entre los jueces integrantes de otras salas (v. fs. 393). Por el otro, la actora manifestó, posteriormente, su intención de recusar con causa a un magistrado sin que lo pudiera hacer porque el tribunal se pronunció antes que aquélla integración estuviese aceptada (v. fs. 444, punto f). Tales irregularidades no se subsanan porque la parte conociera que dicha sala previno, desde que el derecho a deducir la recusación no es contra el órgano sino que se dirige a quien ocupa el cargo. Es decir, contra el sujeto que titulariza el órgano jurisdiccional y por ello la necesidad de conocer con anticipación quiénes serán los integrantes que emitirán el fallo definitivo.

De las constancias con que se cuentan, no se advierte notificación alguna a las partes ya sea de manera personal o por cédula (v. fs. 393 a 395), ni aún cuando se hubiese computado el plazo por nota el término no estaba cumplido al momento del pronunciamiento. En consecuencia, al haberse pronunciado dicho tribunal al tercer día del proveído que hizo saber de la integración de la sala (v. fs. 396/400), sin que se hubiese configurado el necesario consentimiento de los jueces que intervendrían, se configura una clara violación a la disposición antes mencionada.

En virtud de ello, y a mérito de los antecedentes relacionados, todo lo

dicho es suficiente, a mi modo de ver, para invalidar el acto impugnado, pues se han omitido en él las reglas esenciales, lo que determina su inexistencia como sentencia de un tribunal en violación al art. 18 de la Constitución Nacional. En tal sentido la Corte puede declarar, en ejercicio de sus facultades, la nulidad del fallo de cámara que no reúne las formalidades sustanciales para ser considerado como acto jurisdiccional válido, aunque no haya sido objeto de agravio por el recurrente (Fallos: 317:483 y sus citas).

## - IV -

La solución propuesta me exime del tratamiento de los restantes agravios formulados por la recurrente. A modo de colofón de lo hasta aquí expresado, creo necesario destacar que tales consideraciones no importan abrir juicio definitivo sobre la pretensión sustancial, la cual podrá ser discutida y atendida, por la vía pertinente.

En tales condiciones, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y disponer, por quien corresponda, que se decida en la causa con arreglo a las formas del derecho.

Buenos Aires, 28 de mayo de 2012.

  
LOUIS SANTIAGO GONZALEZ WARDALDE

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *5 de noviembre de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sindicato Trabajadores de Industrias de la Alimentación y otro c/ Gate Gourmet Argentina S.A. s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que, mediante una sentencia dictada por la doctora Cañal y el doctor Rodríguez Brunengo, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 396/400 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá) revocó lo resuelto en primera instancia y rechazó la demanda.

Contra esa decisión, los actores dedujeron un recurso extraordinario (fs. 406/424) en el que, entre otras cosas, sostuvieron que el fallo de la alzada estaba viciado de nulidad.

En forma simultánea, los recurrentes presentaron ante el a quo un escrito (fs. 444) en el que, después de enumerar las irregularidades procesales expuestas en la apelación federal, solicitaron que, por razones "de decoro y delicadeza", los magistrados que habían dictado el pronunciamiento impugnado se excusaran de seguir interviniendo en la causa y dejaran en manos de otros la decisión de conceder o no el recurso.

Sin embargo, la Sala III (fs. 500/507), integrada por esos mismos jueces, consideró que la presentación involucraba, además del pedido de excusación, un planteo de nulidad llevado a su conocimiento; planteo que expresamente rechazó -mediante profusas consideraciones acerca de las irregularidades procesales que se le imputaban- al tiempo que desestimaba la excusación solicitada. Y contra este último pronunciamiento los actores interpusieron un nuevo recurso extraordinario (fs. 515/527).

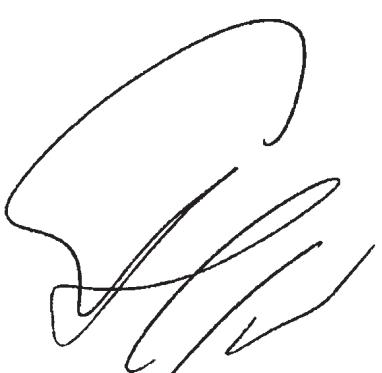
La denegación de ambos recursos dio lugar a la queja en examen.

2º) Que el segundo remedio federal es procedente, con arreglo a conocida doctrina en materia de arbitrariedad, pues resulta claro que el pronunciamiento impugnado abordó el tratamiento de una cuestión (la nulidad) que no había sido sometida a conocimiento de la cámara sino planteada en el anterior recurso extraordinario para que, en su caso, fuera tratada por la Corte.

3º) Que, en cuanto al primer recurso, este Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen que antecede, por lo que corresponde remitirse a ellos en razón de brevedad.

Por ello, oido el señor Procurador General subrogante, se hace lugar a la queja, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se dejan sin efecto las sentencias recurridas -/- con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito. Vuelvan los autos al tribunal anterior a efectos de que, por

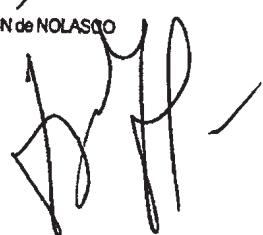
quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por los actores, representados por el Dr. Adolfo Eduardo Matarrese, con el patrocinio letrado del Dr. Luis Enrique Ramírez.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 54.

---

SOCIEDAD ITALIANA DE TIRO AL BLANCO  
C/REPÚBLICA ITALIANA  
S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

*NULIDAD PROCESAL*

La ley 24.488 de “Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos” no implicó la derogación del régimen del decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, sino que éste continúa vigente a efectos de regular la eficaz traba de la litis, por lo que no habiéndose seguido el debido procedimiento para dar curso a la demanda contra un Estado extranjero -”...requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio”-, corresponde admitir el planteo de nulidad formulado por la parte demandada.

*INMUNIDAD DE JURISDICCION*

Si la contienda no se vincula con actos de gobierno sino con el cumplimiento del cargo contenido en un legado en favor del gobierno italiano, lo cual no resulta susceptible de afectar el normal desenvolvimiento de la embajada, cabe concluir que la ratio de la inmunidad jurisdiccional no se encuentra presente por lo que corresponde desestimar el planteo introducido por la demandada.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, ✓ de noviembre de 2013.

Vistos los autos: “Sociedad Italiana de Tiro al Blanco c/ República Italiana s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la decisión del magistrado de primera instancia mediante la cual desestimó la nulidad planteada por la demandada. Al resolver de tal modo, la alzada consideró, por un lado, que aun cuando en el caso no se haya observado lo dispuesto por el art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58, no era posible prescindir del hecho de que la demanda fue puesta en conocimiento del Estado italiano y, por el otro, que no mediaban razones suficientes como para no conside-

rar aquí configurada la hipótesis contemplada en el art. 2º, inc. g, de la ley 24.488 (conf. fs. 429/430).

2º) Que contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 437/452 vta. a fin de que se declare "la absoluta nulidad del proceso...por no haberse cumplido previamente con las normas y principios de derecho internacional e interno que establecen y resguardan la *inmunidad jurisdiccional*...a la que la República Italiana no ha renunciado", así como que "esta causa no corresponde a la jurisdicción de los jueces locales".

3º) Que el aludido remedio ha sido bien concedido pues lo relacionado con la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros hace a un principio elemental de la ley de las naciones que, por ello, revela su carácter federal y determina que su inteligencia deba ser establecida por la Corte Suprema (conf. Fallos: 330:5237, entre otros). Por lo demás, cabe atribuir carácter definitivo a los fines del art. 14 de la ley 48 a la resolución apelada que, además de resolver que en el caso resulta procedente la intervención de los jueces nacionales, al rechazar los planteos de la Embajada vinculados al modo en que necesariamente debió ser requerida su conformidad para ser sometida a juicio, considera que la demanda fue efectivamente puesta en conocimiento del Estado italiano (conf. Fallos: 321:2434; 324:2184).

4º) Que, como precisamente ya ha tenido oportunidad de decidir el Tribunal, la ley 24.488 de "Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos", no implicó la derogación del régimen del decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, "**sino que éste continúa vigente a efectos de regular la eficaz traba de la litis**" (conf. Fallos: 328:2522).

5º) Que al ser ello así, contrariamente a lo resuelto sobre el punto por el a quo, no habiéndose seguido en el caso el debido procedimiento para dar curso a la demanda contra un Estado extranjero -"*...requerir previamente de su representante di-*

*plomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio*–, corresponde admitir el planteo de nulidad formulado por la parte demandada.

6º) Que, no obstante ello, es de advertir que en el sub examine ambas partes han tenido la posibilidad de exponer sus argumentos con respecto a la inmunidad de jurisdicción, habiéndose expedido sobre el punto los jueces de la causa. En esas condiciones, entiende el Tribunal que también se encuentra habilitado para resolver dicha cuestión.

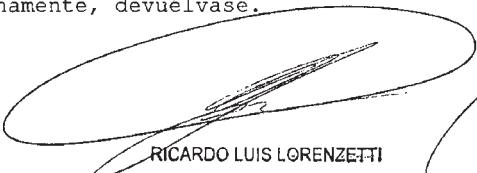
7º) Que, al respecto, es de recordar una vez más que antes de la sanción de la citada ley 24.488, esta Corte sostuvo en el conocido precedente "Manauta" que si bien el régimen del aludido art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58 no introduce textualmente la distinción entre los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano –*iure imperii*– y actos de índole comercial o de derecho privado –*iure gestionis*–, cabía reconocer –para habilitar el sometimiento a juicio ante los magistrados nacionales–, la presencia de esa segunda hipótesis cuando, no encontrándose en tela de juicio actos de gobierno, la controversia se refería al cumplimiento de obligaciones que en modo alguno podían afectar el normal desenvolvimiento de la embajada (conf. Fallos: 317:1880).

8º) Que, con posterioridad, el Tribunal expresamente dejó sentado que la doctrina antes recordada no había sido modificada por la vigencia de la ley 24.488, que recogió la tesis restringida en la materia (conf. Fallos: 328:2522 cit.).

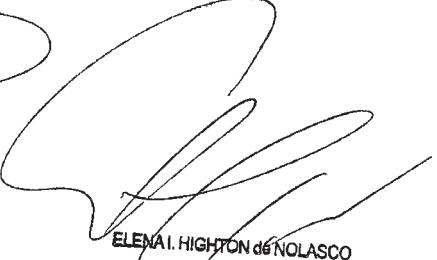
9º) Que sobre esas bases, toda vez que la presente contienda no se vincula con actos de gobierno, sino con el cumplimiento del cargo contenido en un legado en favor del gobierno italiano, lo cual no resulta susceptible de afectar el normal desenvolvimiento de la embajada, cabe concluir –como en diversos casos anteriores decididos por esta Corte– que la ratio de la inmunidad jurisdiccional no se encuentra presente (conf. Fallos:

321:2434; 323:959; 334:885, entre otros).

Por ello, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y, en ejercicio de la facultad concedida por el art. 16, segunda parte, de la citada ley 48, se declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de fs. 43, sin perjuicio de lo cual, se desestima el planteo de inmunidad de jurisdicción introducido por la demandada. Costas por su orden en razón del modo como se resuelve (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se disponga ante qué juez debe continuar el trámite de las presentes actuaciones mediante la adecuada sustanciación de la pretensión de fondo contenida en la demanda. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



CARLOS S. FAYT



E. RAÚL ZAFFARONI



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por Guido La Tella -Embajador de la República Italiana-, patrocinado por los Dres. Soledad Vallejos Meana y por Rafael M. González Arzac.

Traslado contestado por: Sociedad Italiana de Tiro al Blanco, representada por el Dr. Alfredo J. Emiliozzi y patrocinada por el Dr. Javier Luis Carbone.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 10.

**UNIÓN CÍVICA RADICAL  
DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO  
C/ SANTIAGO DEL ESTERO, PROVINCIA DE  
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA**

***ELECCIONES***

Cabe hacer lugar a la demanda entablada por un partido político contra una provincia y declarar la inhabilitación del gobernador para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo en las elecciones provinciales a realizarse, pues aunque aquél haya renunciado a su candidatura, se ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes para los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación.

***ELECCIONES***

Cabe hacer lugar a la demanda entablada por un partido político contra una provincia y declarar la inhabilitación del gobernador para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo en las elecciones provinciales a realizarse, pues la circunstancia de que su renuncia a la candidatura haya modificado objetivamente la configuración fáctica que existía en el momento en que se dedujo la acción y que, en consecuencia, haya quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida por la actora, no torna inoficioso el tratamiento del planteo, ni resta virtualidad al pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, ya que se presenta una situación de gravedad institucional que excede el mero interés de los litigantes y afecta de manera directa al de la comunidad, desde que se comprometieron instituciones básicas de la Nación, razón por la cual el Tribunal dictó la medida cautelar en tiempo oportuno a fin de preservar el correcto funcionamiento de las instituciones de acuerdo a las leyes que las rigen.

***ELECCIONES***

La necesaria compatibilidad entre el art. 122 -elección provincial de sus representantes- y el 116 -Competencia de la Corte- de la Constitución Nacional, permite concluir que las provincias conservan toda la autonomía política que exige su sistema institucional, pero no impide la intervención del Tribunal en los supuestos en que se verifique un evidente menoscabo del derecho federal en debate, pues en dicha hipótesis no se avasalla las autonomías provinciales, sino que se procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Carta Magna.

***ELECCIONES***

La forma republicana de gobierno -susceptible, de por sí, de una amplia gama de

alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.- no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos, y las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan autoridades ejecutivas no vulneran principio alguno de la Constitución Nacional.

## ELECCIONES

Cabe hacer lugar a la demanda entablada por un partido político contra una provincia y declarar la inhabilitación del gobernador para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo en las elecciones provinciales a realizarse, pues la prohibición de una nueva reelección para quien desempeñó por ocho años consecutivos el cargo de gobernador aparece como una alternativa que el constituyente provincial pudo válidamente diseñar para garantizar la alternancia y la posibilidad de acceso a los cargos públicos de otros integrantes del cuerpo electoral.

## ELECCIONES

El exceso en sus facultades en que ha incurrido la jurisdicción provincial al declarar inconstitucional la cláusula transitoria sexta -según la cual, el mandato del gobernador local, en ejercicio al sancionarse la reforma constitucional provincial que fijaba la reelección por única vez, debía considerarse primer período-, resulta evidente, ya que mediante el pronunciamiento emitido se pretende suplir la voluntad constituyente expresada en dicha disposición, siendo imposible concebir un poder constituido que pueda, por designio o inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 22/37, la Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero promovió la acción declarativa prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la citada provincia, a fin de obtener que se haga cesar el estado de incertidumbre existente con relación a la postulación de Gerardo Zamora, actual gobernador de la provincia, como candidato al mismo cargo para el período que comienza el 10 de diciembre de 2013.

## - II -

A fs. 44/51, V.E. declaró que la causa corresponde a su competencia originaria, adecuó el procedimiento a la vía prevista en el art. 8º de la ley 16.986 e hizo lugar a la medida cautelar solicitada, suspendiendo la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero, prevista para el 27 de octubre de 2013, hasta tanto se dicte un pronunciamiento definitivo en esta causa.

## - III -

A fs. 234/251, la Provincia de Santiago del Estero presenta el informe circunstanciado previsto en el art. 8º de la ley 16.986, solicita el levantamiento de la medida cautelar y la remisión de las actuaciones al juzgado local competente.

En subsidio, requiere que con idéntica urgencia se resuelva el fondo de la cuestión, rechazando la pretensión incoada por no existir falta de certeza respecto de la inconstitucionalidad de la disposición transitoria sexta de la constitución provincial, toda vez que ha sido declarada válida por la justicia local en sus tres instancias.

## - IV -

A fs. 251, el Tribunal tuvo por contestado el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 y pasó las actuaciones a esta Procuración General de la Nación.

## - V -

Encontrándose el expediente en este Ministerio Público, V.E. intimó a la provincia para que se pronuncie acerca de la decisión adoptada por su Tribunal Electoral el 30 de octubre de 2013.

En respuesta a esta intimación, la provincia informa esa decisión, por medio de la que se aceptó la renuncia a la

candidatura de gobernador presentada por el ciudadano Gerardo Zamora.

- VI -

Ha señalado esa Corte que las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas (*Fallos*: 300:844).

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

Por aplicación de estos principios, estimo que resulta inoficioso dictar un pronunciamiento en esta causa, toda vez que la pretensión de la actora -como acertadamente lo puso de relieve V.E. en su decisión de fs. 44/51 (pto. 1º)- es que "... se declare que el doctor Gerardo Zamora no se encuentra habilitado para ser candidato a gobernador para el nuevo periodo que comienza el 10 de diciembre de 2013" y, en virtud de lo informado por la provincia demandada y la decisión adoptada por su Tribunal Electoral el 30 de octubre de 2013, ha sido aceptada la renuncia a esa candidatura presentada por el ciudadano Gerardo Zamora.

- VII -

Opino, entonces, que debe declararse inoficioso el pronunciamiento del Tribunal en esta causa, sin perjuicio de lo cual corresponde dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta.

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 22/37 el señor interventor de la Unión Cívica Radical en el distrito Santiago del Estero promovió acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el referido Estado provincial, a fin de que se declare que el doctor Gerardo Zamora no se encuentra habilitado para ser candidato a gobernador para el nuevo periodo que comienza el 10 de diciembre de 2013. Solicitó asimismo el dictado de una medida cautelar para que se suspendiera la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador provincial del próximo 27 de octubre y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa.

Los fundamentos esgrimidos por la actora, se encuentran expuestos en forma pormenorizada en el considerando 1º de la sentencia de este Tribunal dictada a fs. 44/51 el 22 de octubre de 2013, a la que corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que a fs. 44/51 esta Corte admitió la radicación del caso en su jurisdicción originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, adecuó el procedimiento a la vía prevista en la ley 16.986 requiriéndole a la Provincia de Santiago del Estero el informe circunstanciado que prevé el artículo 8º, e hizo lugar a la medida cautelar solicitada suspendiendo la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero prevista para el 27 de octubre del corriente año y hasta tanto se dicte un pronunciamiento definitivo en esta causa.

3º) Que a fs. 234/250 la Provincia de Santiago del Estero contestó el informe que le fue requerido, solicitó el levantamiento de la medida cautelar ordenada y que se remitan las

actuaciones a la jurisdicción local.

Señaló que la Unión Cívica Radical fue representada por el senador Emilio Rached en idéntica acción declarativa iniciada el 11 de marzo de 2013 ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 2<sup>a</sup> Nominación local, demanda que tenía por finalidad "...hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de la situación jurídica relativa a la imposibilidad constitucional para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo del demandado, Dr. Gerardo Zamora en las elecciones provinciales a realizarse durante el año 2013...".

Con un fin similar –continuó– interpusieron acciones declarativas el diputado provincial José Luis Zavalía y el Movimiento Santiago Viable, ambos por ante el Superior Tribunal de Justicia.

Indicó que por otra parte, el Partido Federal interpuso una acción de amparo requiriendo la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula transitoria sexta de la Constitución provincial, y el abogado Ángel Nassif dedujo una acción declarativa de inconstitucionalidad del artículo 152 de la Constitución local que impide la reelección por más de dos períodos; el primero formuló su petición ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 4<sup>a</sup> Nominación, y el segundo ante el Superior Tribunal de Justicia, tribunal éste que ordenó la acumulación de todos los procesos ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 2<sup>a</sup> Nominación.

Destacó que el 13 de septiembre de 2013 se dictó la sentencia de primera instancia declarando la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria sexta; el 4 de octubre de 2013 la Cámara de Apelaciones rechazó los recursos interpuestos y el 18 de octubre de 2013 el Superior Tribunal de Justicia confirmó aquella decisión en el salto de instancia solicitado por el Movimiento Santiago Viable, habilitando de ese modo al doctor Gerardo Zamora a participar de las elecciones del 27 de octubre

como candidato en la categoría de gobernador.

Sostuvo que la actora ocultó deliberadamente a esta Corte los fallos de segunda y tercera instancia provinciales, alterando el rumbo de este proceso.

Cuestionó la legitimación del interventor de la Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero por no encontrarse acreditado que se encuentre autorizado para iniciar un juicio contra el Estado provincial.

También opuso la falta de legitimación pasiva de la provincia por considerar que el planteo de inconstitucionalidad de una norma de alcance individual se encuentra fuera de su competencia, dado que la cláusula transitoria sexta está directamente referida al gobernador, y por esa razón, el Estado local se encontraría exento de tener que defender o atacar la posición o los derechos de aquél en este proceso.

Planteó la declinatoria de la competencia originaria de esta Corte para entender en la presente causa, por entender que se trata de una cuestión local que le resulta ajena.

Afirmó que el sistema de control judicial de constitucionalidad difuso adoptado por nuestro país otorga a los jueces la potestad de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma, acto u omisión como una facultad insita y no adicional, respetando las reglas de competencia jurisdiccional, y en este aspecto adujo que la reforma de la constitución no debe escapar al eventual control que recae sobre toda actividad contraria a la Ley Fundamental.

Alegó que la cláusula transitoria sexta no tuvo tratamiento alguno en la Cámara de Diputados al momento de sancionarse la ley de reforma, ni tampoco encuentra respaldo escrito de su estudio o discusión durante el progreso de la asamblea constituyente.

Agregó que aquella disposición se refiere literalmen-

te al gobernador pero nada dice del vicegobernador, en discordancia con el artículo 152 de la Constitución provincial que establece la reelección por un solo período para ambos. Adujo que si el actual senador Emilio Rached, quien acompañó como vicegobernador al doctor Zamora en la fórmula que gobernó la provincia entre los años 2005 y 2009 hubiera seguido ocupando aquel cargo durante el segundo mandato, podría haber sido electo para un tercero.

Esgrimió que la reforma constitucional del año 2005 introdujo cambios en el esquema operativo del Poder Ejecutivo, jerarquizando la figura del vicegobernador a quien se lo ubicó en cabeza del Poder Legislativo.

Sobre la base de tales argumentos concluyó que la disposición transitoria sexta de la Constitución provincial es proscriptiva y afecta el principio de igualdad.

4º) Que a fs. 300/301 el Estado provincial solicitó que se declare que la cuestión se ha tornado abstracta, frente a la renuncia del doctor Gerardo Zamora a su candidatura como gobernador para el período que comienza a partir del 10 de diciembre próximo.

Es preciso indicar que en esa presentación el representante legal de la Provincia de Santiago del Estero ratificó la posición relativa a que "no ha existido violación ni en el texto ni en el espíritu de la Constitución provincial..."; y se explayó explicando que el gobernador y el vice han sustentado sus renuncias a ser candidatos "en el hecho de evitar la situación de gravedad institucional, y resguardar para la Provincia la plena vigencia de sus instituciones sin injerencia de otro poder, la Autonomía provincial y el respeto por la voluntad popular".

5º) Que este Tribunal ha señalado en forma reiterada que sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevenientes (Fállos: 310:819; 324:3948; 325:2275, entre muchos otros); razón

por la cual corresponde considerar los efectos que produce en este proceso la renuncia referida.

6º) Que esta Corte ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 325:3243 y 326:1138, punto III del dictamen del señor Procurador General, al que remite el fallo).

7º) Que la circunstancia de que aquella renuncia haya modificado objetivamente la configuración fáctica que existía en el momento en que se dedujo la acción y que, en consecuencia, haya quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida por la actora, no torna inoficioso el tratamiento del planteo, ni resta virtualidad al pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, ya que se presenta una situación de gravedad institucional que excede el mero interés de los litigantes y afecta de manera directa al de la comunidad (Fallos: 325:3243), desde que se comprometieron instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973), razón por la cual esta Corte dictó la medida cautelar en tiempo oportuno a fin de preservar el correcto funcionamiento de las instituciones de acuerdo a las leyes que las rigen.

8º) Que impone también el deber de pronunciarse la afirmación provincial según la cual con implícita referencia a esta Corte Suprema de Justicia de la Nación -ya que a nadie más se puede estar refiriendo, sobre la base de las decisiones tomadas en este proceso-, pretende señalar que la renuncia se presenta para evitar la injerencia (subrayado agregado) de este poder constitucional en el ámbito de la autonomía provincial.

Baste indicar que este Tribunal no se ha entrometido –tal el alcance de la expresión usada, y sobresaltada en el párrafo anterior–; sino que ha cumplido con su deber constitucional de asegurar el pleno respeto de la Constitución provincial, a fin de imponer el cumplimiento del compromiso asumido

por la demandada en el artículo 5º de la Constitución Nacional, que garante a cada provincia el **goce** (resaltado agregado) y ejercicio de sus instituciones si se rigen por el sistema representativo republicano.

Tal como quedará expuesto, y por propia necesidad generada por el mismo Estado provincial, aquellos compromisos se pusieron seriamente en riesgo, y sellaron la intervención de la Corte para hacer efectivo su cumplimiento.

9º) Que en las condiciones expuestas, se configuró en el caso una situación excepcional y sustancialmente análoga a las que dieron lugar a que la Corte intervenga para la procura del funcionamiento y cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución Nacional por vía de su instancia originaria, en cuestiones predominante, exclusiva o nítidamente federales, en las que los resortes provinciales no actuaban en la medida en que les era exigible y ponían en riesgo garantías constitucionales de la índole de las que aquí se encuentran en juego. Pueden citarse, entre otros, los casos publicados en Fallos: 315:2956; 316:2860; 319:1968; 327:3852; 330:3126; 333:709.

10) Que es preciso señalar que de no haberse admitido la radicación de las actuaciones en su instancia originaria, ni adoptado la decisión cautelar en ejercicio de esa jurisdicción, la afectación de la disposición constitucional del artículo 5º habría quedado consagrada institucionalmente en la elección suspendida del 27 de octubre pasado, lo que hubiera importado una inadmisible aceptación por parte del Máximo Tribunal de la Nación de una clara violación constitucional. No debe verse en ello una intromisión indebida de esta Corte, desde que el Tribunal no está ejerciendo una facultad revisora del estatuto provincial, sino que, por el contrario, con su intervención persigue el efectivo cumplimiento de las cláusulas constitucionales que fueron vulneradas.

11) Que con ese propósito, frente a la comprobación de que en el caso aparecía de modo claro y manifiesto la

ilegitimidad de la oficialización de la candidatura del doctor Gerardo Zamora para el cargo de gobernador de la Provincia de Santiago del Estero para el período que comienza el 10 de diciembre próximo –como luego quedará determinado–, el Tribunal restableció de inmediato la garantía constitucional afectada, mediante el dictado de la medida cautelar del 22 de octubre de 2013.

12) Que al encontrarse en juego el resguardo de la soberanía del pueblo santiagueño, y concurrir circunstancias de excepción se impone la carga de abordar las cuestiones constitucionales planteadas, en la medida en que existe un caso en el que la cuestión federal está relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado del presente (arg. Fallos: 330:3160); y que se reafirma ante la postura de la provincia, tal como se puso de relieve en el considerando 4º precedente.

13) Que la insistencia del señor gobernador en las vanas razones en que pretende ampararse para justificar su renuncia como candidato al propio cargo que él ocupa, determinan la definición del punto.

En el sistema representativo de gobierno consagrado por el artículo 1º de la Constitución Nacional, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía (Fallos: 168:130), y en ese carácter ha decidido ejercerla a través de sus representantes en la oportunidad del dictado de la ley local 6736 que declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución provincial, y en la convocatoria a la Convención que en el año 2005 consagró las cláusulas previstas en el artículo 152 y en la disposición transitoria sexta que aquí serán objeto de examen (artículos 22 y 30 Ley Fundamental).

14) Que sentado lo expuesto es dable examinar en primer término las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por la Provincia de Santiago del Estero al contestar el informe que le fue requerido en los términos del artí-

culo 8 de la ley 16.986.

15) Que en relación al planteo efectuado en cuanto a la legitimación de la actora cabe señalar que los partidos políticos son organizaciones de derecho público necesarias para el desenvolvimiento de la democracia representativa, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral y con la estructura del Estado, de la que los partidos son parte integrante (artículo 38, Constitución Nacional).

En tales condiciones, al tratarse la Unión Cívica Radical del Distrito de Santiago del Estero de un partido político con personería política vigente, e integrar el Frente Progresista Cívico y Social, una alianza electoral que postuló, entre otros cargos, al senador Emilio Rached y a la doctora Teresa Pereyra como candidatos a gobernador y vicegobernadora, respectivamente, para las elecciones del pasado 27 de octubre (ver boleta de fs. 140), contaba con legitimación para entablar esta acción, máxime cuando con el certificado de fs. 2 se encuentra debidamente acreditada la condición de interventor del señor Marcelo Leonardo García, quien se presentó en este proceso en representación de aquéllo.

16) Que la defensa de falta legitimación pasiva opuesta por el Estado provincial, exige reiterar algunos conceptos vertidos en el pronunciamiento del 22 de octubre de 2013 (fs. 44/51).

La actuación de los tres poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 10, 31 y 36) y que los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fun-

dacional de los argentinos.

La actividad de uno de esos poderes provinciales, el Judicial, fue la que permitió, en los hechos y por vía de una interpretación, la modificación del texto constitucional local, y la consecuente oficialización de un candidato a gobernador que no se encuentra constitucionalmente habilitado para ello.

Cabe recordar que es la provincia la que se encuentra obligada a honrar el sistema representativo y republicano de gobierno, y al acatamiento de aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional (artículos 1º y 5º; *Fallos: 310:804*).

17) Que no obsta a la legitimación del Estado local el hecho de que la cláusula transitoria sexta de la Constitución provincial constituya una norma de alcance particular, en tanto en ella se alude al gobernador en ejercicio al momento de sancionarse la reforma constitucional que la introdujo, es decir, al doctor Gerardo Zamora.

Tal como se señaló en el considerando 7º precedente la gravedad institucional que reviste el caso excede el mero interés individual del gobernador provincial y ataña al de la comunidad, desde que están en juego instituciones básicas de la Nación, que la provincia se encuentra obligada a resguardar.

18) Que, aceptado de forma indiscutida que la existencia de un estado de derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales –producto de un régimen donde el derecho preexiste a la actuación del Estado y la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico–, cabe analizar si las autoridades provinciales han adecuado, en el sub examine, su accionar a los citados principios de raigambre constitucional.

19) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Nacional las provincias eligen a sus gobernadores sin intervención del Gobierno Federal, con la obvia

salvedad de que en este precepto la palabra "Gobierno" incluye a la Corte Suprema. Dicha cláusula se halla dirigida, indudablemente, a prevenir toda injerencia del poder central sobre un asunto de tanta trascendencia política como es, en cuanto aquí interesa, el concerniente a la elección de las máximas autoridades de la Administración provincial. Sin embargo, tal prohibición no debe ser entendida con un alcance absoluto; frente a ella y con igual rango se erige la cláusula que otorga competencia a esta Corte para conocer de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (artículo 116). La necesaria compatibilidad entre tales normas permite concluir que las provincias conservan toda la autonomía política que exige su sistema institucional, pero no impide la intervención del Tribunal en los supuestos en que se verifique un evidente menoscabo del derecho federal en debate (doctrina de Fallos: 285:410, considerando 10).

20) Que la Constitución Nacional que garantiza a las provincias el establecimiento y el ejercicio de sus instituciones, y la elección de sus autoridades, sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1º y 5º), impone su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (artículo 31) y encomienda a esta Corte el asegurarla como último custodio de la Ley Suprema (artículo 116).

Mas esa intervención está rigurosamente limitada a los casos en que frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido que corresponde atribuir nada más ni nada menos que a la Carta Magna, que en el ejercicio pleno de su soberanía se dio el pueblo de Santiago, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Solo ante situaciones de excepción como la enunciada, la actuación de ese tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado

respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804, considerando 17; 314:1915; 330:4797).

Es por ello, y con el propósito de lograr el aseguramiento de ese sistema, que el artículo 117 le ha asignado a este Tribunal competencia originaria en razón de la materia en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia (Fallos: 97:177; 183:160; 211:1162 y sus citas; 271:244 y sus citas; 286:198; 310:877; 311:810; 314:495 considerando 1º; entre otros).

21) Que en ese orden de consideraciones, y tal como lo ha decidido esta Corte al admitir la radicación del proceso en su jurisdicción originaria, no puede desconocérsele al caso el nítido contenido federal que presenta, desde que se ha puesto en tela de juicio la garantía republicana amparada por el artículo 5º.

La interpretación del pensamiento que lo informa en cuanto a su contenido real, ha sido formulada por Estrada en los siguientes términos: "La Constitución de los Estados Unidos solo garantiza una forma republicana de gobierno. La Constitución Argentina garantiza dos cosas: una forma republicana de gobierno y el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones. De suerte que si en Norteamérica solamente está obligado el gobierno federal a amparar a un Estado cuando su forma de gobierno ha sido invertida, en la República Argentina, está obligado el gobierno federal a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, es decir, cuando ha sido interrumpido el ejercicio regular de las instituciones cuyo goce efectivo ella garantiza" ("Curso de Derecho Constitucional", tomo 3º, página 144).

22) Que es de toda evidencia que no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen en la práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y el oprobio (Fallos: 154:192;

y causa "Sueldo de Posleman, Mónica R. y otra" - Fallos: 310:804); razón por la cual para evitarlo, tal como fue intentado, la Corte desentrañará, tal como ha sido obligada a hacerlo, la previsión contenida en el artículo 152 y en la cláusula transitoria sexta de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, a fin de restablecer el ejercicio regular de las instituciones.

En consecuencia, para que quede institucionalmente establecido que aquella no puede ser alterada, se dará respuesta a cada una de las razones que se invocaron para desconocerla.

23) Que el artículo 152 de la Constitución provincial modificada el 25 de noviembre de 2005 establece que "El gobernador y vicegobernador ejercerán sus funciones por el término de cuatro años, sin que evento alguno pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período", y la disposición transitoria sexta que "El mandato del Gobernador de la Provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período. (Referida al artículo 152)".

24) Que cabe recordar la inveterada jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que, en materia interpretativa, "la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador y, en tal sentido, cabe estar a las palabras que ha utilizado. Si la ley emplea determinados términos la regla de interpretación más segura es la que esos términos no son superfluos, si no que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de facultades propias" (Fallos: 318:1012, considerando 3º y sus citas).

25) Que el significado de la cláusula transitoria transcripta, interpretada literalmente y en el sentido más obvio del entendimiento común (Fallos: 258:75, entre otros), es de una precisión y claridad incontrastables. En ella se alude sin duda al doctor Gerardo Zamora, porque era él el gobernador en ejercicio al momento de sancionarse la reforma constitucional que la introdujo, quien había asumido el cargo el 23 de marzo de 2005 por un periodo de cuatro años en los términos de la Constitución provincial de 1997.

Luego el doctor Zamora fue reelecto gobernador para el periodo 2009/2013, el que comenzó el 10 de diciembre de 2009.

El constituyente provincial del año 2005 fue soberano para establecer como primer periodo a los efectos del artículo 152 al comprendido entre los años 2005 y 2009 y pudo, evidentemente, elegir una solución distinta, pero no lo hizo.

En consecuencia, no es constitucionalmente válido que el doctor Zamora se presente como candidato a gobernador para el periodo 2013-2017.

26) Que la Provincia de Santiago del Estero alegó que la disposición transitoria sexta no tuvo tratamiento alguno en la Cámara de Diputados al momento de sancionarse la ley de necesidad de reforma 6736, y que algún convencional la incluyó tomando como guía literal a la cláusula transitoria novena introducida en la Constitucional Nacional en el año 1994.

Sin embargo, el artículo 2º de esa ley estableció que "La Convención Constituyente podrá reformar exclusivamente las materias y artículos, como así también analizar la incorporación en el texto constitucional de las cuestiones que a continuación se consideran:...g) Sobre el Poder Ejecutivo (artículos 137 al 158)...k) Sobre las Disposiciones Transitorias".

Contrariamente a lo sostenido por el Estado provincial, el inciso k, del artículo 2º de la ley local 6736 habilitó al constituyente a modificar o introducir disposiciones transi-

torias, y ninguna objeción de orden constitucional cabe efectuar en este aspecto en relación a la aquí examinada.

Las cláusulas transitorias tienen por finalidad dar solución a las situaciones concretas que plantea la transición entre el viejo y el nuevo régimen constitucional, para evitar dispares interpretaciones. En el caso de la reelección del gobernador santiagueño, los constituyentes, ante la necesidad de establecer una regla clara y precisa sobre cómo debía ser considerado el mandato representativo que a la fecha de la reforma se encontraba ejerciendo el doctor Zamora, optaron por considerarlo como primer periodo.

En estos supuestos se trata de las opciones que han elegido los constituyentes ante la necesidad de establecer con precisión las reglas aplicables a cada situación.

Por otra parte, la Constitución provincial del año 1997 contenía una disposición transitoria (la tercera) que establecía idéntica regla a la actual en los siguientes términos: "A los fines de lo establecido en el artículo 139, el periodo actual de Gobierno del Ejecutivo provincial será considerado primer periodo de Gobierno".

27) Que la demandada también afirmó que la disposición transitoria sexta es proscriptiva y afecta el principio de igualdad, en tanto se refiere literalmente al gobernador pero nada dice del vicegobernador, en una supuesta discordancia con el artículo 152 de la Constitución provincial que establece la reelección por un solo periodo para ambos.

Esta Corte ha afirmado que la forma republicana de gobierno –susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.– no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos, y que las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan autoridades ejecutivas no vulneran principio alguno de la Constitución Na-

cional (conf. "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe v. Provincia de Santa Fe", considerando 4º -Fallos: 317:1195- y, en similar sentido, considerandos 14 a 18 del voto del juez Fayt emitido en ese precedente).

Aun en la hipótesis de que no hubiera existido la disposición transitoria sexta, la posibilidad del doctor Zamora de presentarse como candidato a gobernador por un tercer período consecutivo, se hubiera encontrado con el valladar del texto del artículo 152 al que esa cláusula se refiere. En efecto, esa norma constitucional establece que si el gobernador y vicegobernador "han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período".

La circunstancia de haber sido reelecto, entonces, es la que le impedía asimismo al actual gobernador presentarse a las elecciones para el próximo período.

La asimilación que pretende efectuar la demandada entre la figura del gobernador y la del vicegobernador, resulta entonces irrelevante, pues ambos, en igualdad de condiciones y a los efectos de la previsión contenida en el artículo 152, se encontrarían alcanzados por el mismo impedimento.

De todos modos, cabe destacar que el vicegobernador que acompañó al doctor Zamora en la fórmula que resultó electa para el primer período (2005-2009), el señor Emilio Rached, no se encontraba en la misma situación que el gobernador, pues él no fue reelecto.

Es preciso recordar en tal sentido que el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, exige un trato igualitario para aquellos que se encuentran en idénticas condiciones, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 321:3542, entre muchos otros).

28) Que el Tribunal ya señaló en el pronunciamiento de fs. 44/51 que los principios republicanos que establece la Constitución Nacional impregnan las competencias reservadas por cada una de las provincias para el ejercicio de su poder constituyente. En el orden de estado federal, los constituyentes de 1994 establecieron en el artículo 90 una regla que el artículo 152 de la Constitución de Santiago del Estero reprodujo once años después en forma casi literal, de acuerdo a la cual si el presidente y el vicepresidente han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.

Por su parte, la cláusula transitoria sexta citada es textualmente idéntica a la novena de la Constitución Federal, que establece que el mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período (corresponde al artículo 90).

29) Que frente a la incompatibilidad que se presentaba en el caso entre los intereses individuales del doctor Zamora y los de la provincia, entendidos como la consagración real de los compromisos asumidos en el certero condicionamiento impuesto por el artículo 5º de la Ley Fundamental, los que deben tener efectividad y realización ciertas, debieron primar estos últimos.

Ello le exigía al gobernador -cuya primera obligación es ejercer el cargo para el que el pueblo lo eligió- adoptar una conducta distinta al consentimiento de las presentaciones judiciales efectuadas en el ámbito local con el propósito de permitirle presentarse nuevamente como candidato. En efecto, debió oponerse a la oficialización de su candidatura.

El estado de derecho se caracteriza no solo por su elemento sustantivo, es decir el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos, sino también por la forma como este objetivo intenta alcanzarse (Fallos: 312:1686, disidencia del juez Belluscio).

30) Que cabe señalar asimismo que limitaciones del tipo de las que la demandada califica como "proscripciones" abundan en el texto constitucional nacional. Así, por ejemplo, las consagradas en los artículos 48, 55, 72, 73, 89, 105 y 111 de la Ley Fundamental (Fallos: 322:385, voto del juez Petracchi).

31) Que la previsión contenida en la cláusula transitoria examinada tampoco resulta violatoria de las disposiciones del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues el establecimiento y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida ya que esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005).

En razón de ello, se admite la validez de su reglamentación en la medida en que ésta observe los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (Corte Interamericana, fallo cit.).

Así lo entendió esta Corte al examinar, a la luz de las disposiciones de la Convención, el artículo 64 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe que limita la posibilidad de reelección del gobernador y vicegobernador. En esa oportunidad se destacó que una restricción de esa índole resulta compatible tanto con el artículo 32, inciso 2º de la Convención, que dispone que los "derechos de cada persona están limitados...por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática", como con el artículo 23 de ese cuerpo normativo (Fallos: 317:1195 cit.).

En este marco, la prohibición de una nueva reelección para quien desempeñó por ocho años consecutivos el cargo de gobernador aparece como una alternativa que el constituyente provincial pudo válidamente diseñar para garantizar la alternancia y la posibilidad de acceso a los cargos públicos de otros inte-

grantes del cuerpo electoral.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos persigue la efectiva operatividad de los derechos políticos en la jurisdicción interna de los estados y por tal motivo garantiza el derecho electoral activo y pasivo prohibiendo cualquier arbitrario cercenamiento. Mas de sus disposiciones no es posible extraer un intento de prescribir como deben ser las estructuras concretas de poder en esos estados, ni menos aún, una directiva que autorice o vede la reelección.

32) Que no debe soslayarse la participación del doctor Gerardo Zamora en ese proceso electoral del año 2009, la que debe juzgarse como un consentimiento al régimen establecido en la reforma constitucional de 2005, circunstancia que le veda el posterior cuestionamiento de sus consecuencias, con base en una impugnación de inconstitucionalidad (conf. causa S.1290.XXXIX "Serrano, Ana y otra c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", sentencia del 24 de febrero de 2004, entre otras).

33) Que en las condiciones hasta aquí expuestas, el exceso en sus facultades en que ha incurrido la jurisdicción provincial al declarar la inconstitucionalidad de la referida disposición transitoria resulta evidente, ya que mediante el pronunciamiento emitido se pretende suplir la voluntad del constituyente expresada claramente en esa cláusula. Es imposible concebir un Poder Constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el Poder Constituyente (Fallos: 242:112).

34) Que es preciso señalar que la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación.

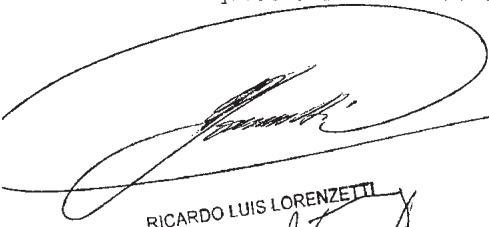
35) Que es por ello que el imperio de la ley es esencial para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos: 328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraria más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.

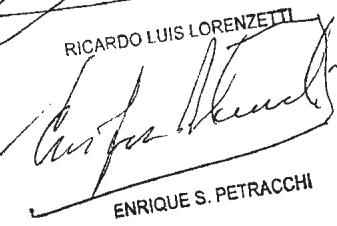
Ningún departamento del gobierno puede ejercer licitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47).

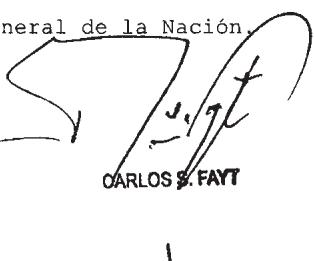
A ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo.

Por ello, y habiendo tomado intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda entablada por el Partido Unión Cívica Radical del Distrito Santiago del Estero contra el referido Estado provincial, y declarar que el doctor Gerardo Zamora se encuentra inhabilitado por el artículo 152 de la Constitución provincial y por la disposición transitoria sexta, para ser candidato a gobernador para el nuevo periodo que comienza el 10 de diciembre de 2013. II. Disponer el levantamiento de la suspensión de la convocatoria a elecciones de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero para el próximo periodo que comienza el 10 -//-/ de diciembre de 2013. III. Con costas (artículo 68 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.



RICARDO LUIS LORENZETTI  
  
ENRIQUE S. PETRACCHI



CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA

Parte actora: Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero, representada por el señor interventor del distrito, Marcelo Leonardo García, con el patrocinio letrado de los doctores Ricardo Rodolfo Gil Lavedra y Luis Mariano Genovesi.

Parte demandada: Provincia de Santiago del Estero, representada por el señor Fiscal de Estado, doctor Raúl Julio César Abate, con el patrocinio letrado del doctor Carlos Dante Mayuli.

---

UNIÓN TRANVIARIOS AUTOMOTOR  
C/ GCBA – LEY 26.740  
S/ AMPARO LEY 16.986

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

Corresponde declarar la competencia de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en la acción de amparo interpuesto a fin de que el Gobierno de la Ciudad proceda en forma inmediata a ejercer el control y fiscalización del servicio público de subterráneos invocando que se estarían lesionando los derechos de trabajar y de negociar las condiciones laborales, si la ley nacional 26.740 estableció en forma expresa la competencia de dicho fuero para dirimir las contingencias vinculadas al servicio (art. 69).

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

En la presente causa el sindicato “Unión Tranviarios Automotor”, interpuso una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con fundamento en los artículos 43 de la Constitución nacional y 14 de la Constitución local, a fin de que proceda en forma inmediata a ejercer el control y fiscalización del servicio público de subterráneos, de conformidad con las leyes nacionales y locales que así lo disponen, porque se estarían lesionando los derechos de trabajar y de negociar las condiciones laborales de sus representados.

La jueza a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nº 6 se declaró incompetente para entender en las presentes actuaciones debido a que el objeto principal del proceso presupone la declaración definitiva acerca de quién ejerce la titularidad del servicio público involucrado, y de ello dependerá la persona que se constituya en autoridad de aplicación, cuestión que consideró ajena a su competencia. Entendió que correspondía remitir las actuaciones al fuero Contencioso Administrativo Federal (fs. 36).

A su vez, en virtud del recurso de apelación de la actora la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a través de la Sala VI confirmó lo decidido por la juez de primera instancia (v. fs. 37/46 y fs. 51/vta.). Ello motivó que la reclamante dedujera el recurso extraordinario federal, que fue desestimado (v. fs. 54/74 vta. y fs. 75/vta.).

El juez a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo Federal nº 1, de conformidad con el dictamen del fiscal de fs. 85/86 vta., declaró su incompetencia para entender en la causa, atribuyéndosela a la Justicia Nacional del Trabajo (v. fs. 87).

- II -

En las condiciones reseñadas, se suscitó un conflicto –negativo– de competencia que corresponde dirimir a V.E., de conformidad con el artículo 24 in-

ciso 7º del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708, al no existir un tribunal superior común a los órganos intervenientes.

A fin de determinar la competencia, tal como ha sostenido reiteradamente esa Corte, debe atenderse a la exposición de los hechos efectuada en la demanda (Fallos: 323:3284; 324:2592; 326:81; entre muchos), teniendo también en consideración el encuadramiento normativo que presumiblemente tenga influencia decisiva para la solución del litigio (Fallos: 326:2391, por todos).

En esa dirección, surge del escrito de inicio, que la peticionaria demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con la finalidad de que proceda a ejercer en forma exclusiva el control y fiscalización de los servicios públicos de transportes de pasajeros, en subterráneos y pre-metro, por estimar que esa omisión se exhibe lesiva de los derechos laborales de sus afiliados como así también de las relaciones colectivas de trabajo (v. fs. 8vta./9)

En cuanto a la leyes invocadas por la reclamante como fundamento de su pretensión, cabe señalar la ley 26.740, que ratificó la transferencia a la ciudad de Buenos Aires de los servicios de transportes de subterráneos y pre-metro, dispuesta en el marco de las leyes 23.696 y 24.588, y de los decretos 2608/93, 1527/94 y 393/99, aceptada a través del Acta Acuerdo celebrada el 3 de enero de 2012 entre el Estado nacional y la C.A.B.A. (cfr. art. 1º, de la ley nº 26.740).

En relación a la norma local invocada por el accionante, la ley 373 (BOCBA, nº 988 del 20/07/2000) adhirió al decreto del Poder Ejecutivo Nacional 393/99, que reguló la renegociación del contrato de concesión del sistema de transporte de subterráneos por el cual se faculta al entonces Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos, a realizar los actos necesarios para transferir la fiscalización y control de dicho contrato a favor de la Ciudad de Buenos Aires.

- III -

Sentado lo expuesto, considero que la cuestión propuesta, impone analizar —en primer término y como substrato esencial— el alcance de normas federales que dan origen a la transferencia del servicio de transporte de subterráneos

de la jurisdicción nacional a la local.

En ese contexto, el debate guarda estrecha relación con la causa L. 511 L. XLVIII “Lozano, Claudio y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción declarativa” dictaminado por este Ministerio Público el 5 de noviembre de 2012 y fallado por V.E. el 4 de diciembre del mismo año. Allí se solicitó una declaración de certeza sobre la validez del proceso de transferencia de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires efectuado entre el Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (CABA) y si éste se encuentra concluido a los efectos de determinar quién es la autoridad concedente y quién debe realizar la actividad de control y fiscalización correspondiente. Esa Corte decidió que no correspondía que el proceso tramite ante la instancia originaria y ordenó remitir las actuaciones mencionadas a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a fin de determinar el magistrado que debía intervenir.

Como se puede advertir la decisión que se tome en la acción declarativa de certeza, determinará, en definitiva, quién es la autoridad a cargo del servicio público, cuestión a su vez trascendente en este proceso. En consecuencia, estimo conveniente concentrar ante un solo tribunal todas las acciones que se hallan vinculadas en última instancia por la misma relación jurídica (ver doctrina de Fallos 328:3903 y competencia C. 671 L. XLIII) para evitar la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias.

De tal modo, más allá de la actualidad o vigencia del presente reclamo, entiendo que la causa deberá continuar su trámite ante el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal de conformidad con lo resuelto por ese Tribunal en la resolución mencionada.

Buenos Aires, 15 de marzo de 2013



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de la Nación  
SUBROGANTE

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *doce de noviembre de 2013 -*

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la descripción del objeto de la demanda, los hechos en que se funda, así como las circunstancias que motivaron la contienda negativa de competencia, han sido debidamente reseñadas en los apartados I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que en lo sustancial que interesa a los efectos de dirimir este conflicto, corresponde señalar que la entidad sindical actora pretende en esta causa que se condene al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que *"proceda a ejercer en forma exclusiva el control y fiscalización de los servicios públicos de transportes de pasajeros, a nivel subterráneo y premetro, en lo que respecta cuanto menos (sin perjuicio de su total cumplimiento) a las relaciones laborales y de seguridad e higiene del trabajo..."*.

3º) Que de acuerdo a la conocida doctrina de esta Corte, las cuestiones de competencia se dirimen dentro de un restringido y provisorio marco cognoscitivo.

4º) Que la presente contienda debe ser resuelta a la luz de las normas dictadas recientemente para regular el servicio de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

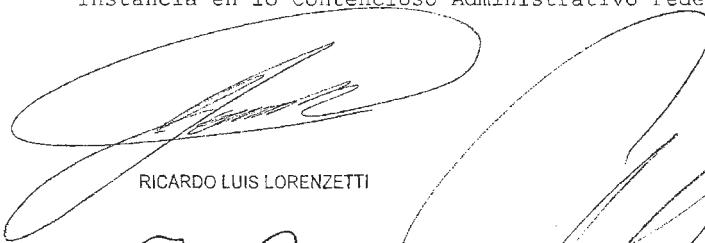
5º) Que la ley nacional 26.740, ratificó la transferencia del servicio a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º), a la par que estableció que a ella le corresponde *"ejercer en forma exclusiva la competencia y fiscalización"* del servicio (art. 2º). De otro lado, mediante la ley 4472, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumió el servicio (art. 2º) y estableció las

autoridades de aplicación en ese ámbito local, inclusive en lo que concierne a la materia laboral (arts. 18, 37 y 38).

6º) Que la referida norma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estableció en forma expresa la competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario local para dirimir las contingencias vinculadas al servicio (art. 69); de tal forma que, ante la existencia de un marco legal atributivo de competencia, no corresponde sino su directa aplicación.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Remítase el expediente a la cámara de apelaciones del fuero, a fin de que proceda al sorteo del juzgado de primera instancia que habrá de intervenir en el proceso. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia -//-/ del Trabajo nº 6, por intermedio de la Sala VI de la cámara de apelaciones de dicho fuero y al Juzgado Nacional de Primera

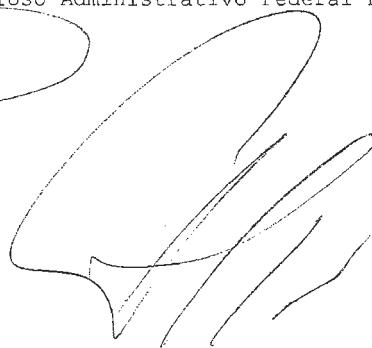
Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 1.



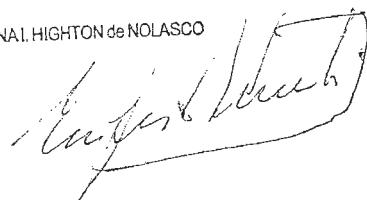
RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



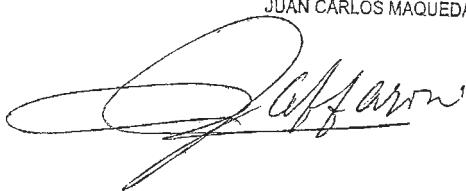
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



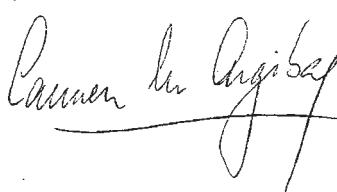
ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

**VIETRI, DARIO TOMAS  
C/ GRUAS SAN BLAS Y OTROS  
S/ ACCIDENTE**

***DEPOSITO BANCARIO***

Las disposiciones de la Comunicación "A" 5147 del Banco Central de la República Argentina no alteran de modo irrazonable el procedimiento de pago previsto en el art. 277 de la ley 20.744 -que tiene por objeto prevenir, en el marco de los juicios laborales, las potenciales prácticas abusivas que impidan al trabajador la percepción de su acreencia- sino que, por el contrario, se ajustan a lo establecido en la citada norma legal y a los fines buscados por ella, en tanto resguarda la percepción personal del crédito por parte del trabajador quien, como titular de la cuenta bancaria, se encuentra habilitado no solo a realizar extracciones parciales mediante su tarjeta de débito, sino también a retirar la totalidad de su crédito en las sucursales del banco, asegurando en forma sustancial la inmediatez de la transferencia de los fondos.

**FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, *12 de noviembre de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Vietri, Dario Tomás c/ Grúas San Blas y otros s/ accidente", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión del juez de primera instancia que declaró inaplicable la Comunicación "A" 5147 del Banco Central de la República Argentina y ordenó a la entidad depositaria -el Banco de la Ciudad de Buenos Aires- que pagara al actor, en forma inmediata y en efectivo, la suma determinada en los presentes autos en concepto de indemnización por accidente de trabajo (confr. fs. 519/520 vta. del expediente principal).

2º) Que tras señalar que el artículo 277 de la ley 20.744 dispone que "todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a

la orden del Tribunal interviniente y giro judicial" al trabajador, y que la Comunicación "A" 5147 obliga al titular del crédito laboral a la apertura de una cuenta bancaria a los efectos de percibir los fondos judiciales, el tribunal de alzada consideró que lo dispuesto en el citado reglamento implica una bancarización unilateral y coactiva, que no permite al acreedor optar por la percepción del crédito en efectivo, restringiendo de esa manera su disposición. Entendió que ello afecta la libertad del titular del crédito y su derecho de propiedad, adquirido mediante una sentencia judicial firme.

Sobre la base de tal razonamiento, juzgó que la mencionada comunicación es inaplicable al caso en tanto soslaya lo dispuesto por una norma de jerarquía normativa superior y porque constituye una reglamentación irrazonable del artículo 277 de la ley 20.744.

3º) Que contra tal sentencia, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

El recurrente asevera que la decisión le causa un gravamen actual, irreparable y de trascendencia institucional, que justifica la intervención de esta Corte, pues el Banco Central de la República Argentina dictó la normativa cuestionada en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 4º, 5º 20, 21 y concordantes de la ley 21.526. Aduce que la comunicación no afecta ni restringe las facultades del juez de la causa para decidir sobre el destino de los depósitos judiciales, sino que modifica únicamente la forma en que la entidad bancaria entrega los fondos al beneficiario.

Asimismo, sostiene que la normativa impugnada no se aparta del procedimiento de pago previsto en el artículo 277 de la ley 20.744 en tanto de su texto no surge la obligación de que el pago sea realizado en billetes; y, además, previene que se perciba un pacto de cuota litis por encima del tope legal establecido. Alega asimismo que no existe agravio al derecho de pro-

piedad ya que el beneficiario mantiene incólume el valor de su crédito, que le es depositado en una cuenta a su nombre, pudiendo retirarlo cuándo lo desee y en la moneda en que ha sido depositado.

4º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la aplicación e interpretación de disposiciones reglamentarias del Banco Central de la República Argentina, que revisten carácter federal (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

5º) Que si bien la ley 26.764 (publicada el 17 de septiembre de 2012), estableció que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se efectuarían en el Banco de la Nación Argentina a partir de su entrada en vigencia, dispuso que los depósitos existentes a esa fecha en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires continuarian en dicha entidad hasta la extinción de las causas que le dieron origen. En consecuencia, la cuestión no se ha tornado abstracta dado que todavía existen saldos pendientes de cobro a favor del actor en el proceso de ejecución (confr. fs. 305/308 de los autos principales).

6º) Que en las presentes actuaciones debe determinarse si la aplicación de la Comunicación "A" 5147 del Banco Central de la República Argentina restringe o altera en forma irrazonable el derecho de percibir el crédito de naturaleza laboral en los términos previstos por el artículo 277 de la ley 20.744.

7º) Que el citado artículo dispone que el pago se efectuará mediante depósito bancario en autos a la orden del tribunal interveniente en la causa, y a través de un giro judicial que debe ser percibido en forma personal por el trabajador o sus derechohabientes. Esta norma tiene por objeto prevenir, en el marco de los juicios laborales, las potenciales prácticas abusivas que impidan al trabajador la percepción de su acreencia.

8º) Que, por su parte, el Banco Central de la República Argentina, en ejercicio de las facultades previstas por la ley 21.526, dictó la citada Comunicación "A" 5147, que modifica la Circular OPASI 2-419. La regulación de la actividad financiera y bancaria, asumida por el Estado Nacional, delega en el Banco Central de la República Argentina el llamado "poder de policía bancario", con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen y ejercer funciones de fiscalización de las entidades (Fallos: 325:860).

Esa comunicación establece un mecanismo de pago para todos los depósitos judiciales: por un lado, en los casos en que los importes no superen los treinta mil pesos, el pago debe ser realizado preferentemente mediante transferencia electrónica a una cuenta bancaria a nombre del titular de los fondos y, por otro, en los casos que superen dicho monto esa modalidad de pago es obligatoria (pto. 5.8.4., primer párrafo). Asimismo prevé que en el caso de que el titular de los fondos judiciales carezca de una cuenta a la vista la entidad financiera debe ofrecer sin costo la apertura de una caja de ahorro y la emisión de una tarjeta de débito, al menos por un año o mientras duren los pagos (pto. 5.8.4., último párrafo).

9º) Que la utilización de instrumentos bancarios permite desalentar la evasión fiscal, prevenir el lavado de dinero y evitar los riesgos propios de la manipulación de grandes sumas de dinero en efectivo. Las disposiciones de las leyes 25.345, 25.413 y 26.637 marcan una tendencia legislativa en ese sentido, en la que se inscribe la mencionada Comunicación "A" 5147.

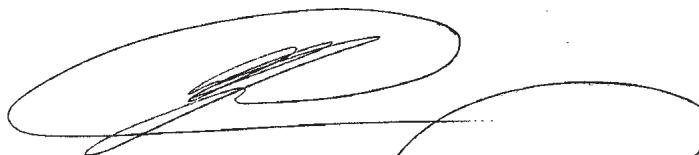
10) Que en este contexto, y tal como lo sostiene el recurrente, cabe concluir que las disposiciones de la Comunicación "A" 5147 del Banco Central de la República Argentina no alteran de modo irrazonable el procedimiento de pago previsto en el artículo 277 de la ley 20.744 sino que, por el contrario, se ajustan a lo establecido en la citada norma legal y a los fines

buscados por ella. En efecto, la citada reglamentación bancaria resguarda la percepción personal del crédito por parte del trabajador –en tanto establece que los pagos se realicen en una cuenta bancaria a nombre del titular de los fondos– y garantiza la libre disposición de la totalidad del crédito por parte del trabajador quien, como titular de la cuenta bancaria, se encuentra habilitado no solo a realizar extracciones parciales mediante su tarjeta de débito, sino también a retirar la totalidad de su crédito en las sucursales del banco. Además, asegura en forma sustancial la inmediatez de la transferencia de los fondos, pues éstos son transferidos a la cuenta por medios electrónicos, sin que una eventual demora de 24 ó 48 horas en la acreditación de aquéllos pueda considerarse una restricción sustancial o irrazonable, máxime si se tienen en cuenta los beneficios que asegura al trabajador esta modalidad de cobro.

11) Que, por otra parte, la referida comunicación del Banco Central también resulta acorde con las disposiciones de la ley 9667, relativas a los depósitos judiciales, en cuanto establece que los fondos depositados judicialmente, solo pueden ser removidos por extracciones, embargos o transferencias, mediante orden del juez a cuyo nombre estén consignados. Ello es así pues dicha comunicación mantiene inalterada la facultad de los jueces sobre los fondos que se encuentran depositados a la orden del órgano jurisdiccional respectivo.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios. Costas por su orden en virtud de las particularidades de la relación jurídica sobre la que versaron las actuaciones (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la presentación

-//-directa a los autos principales. Reintégrese el depósito de fs. 1 bis, notifíquese y remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.



RICARDO LUIS LORENZETTI



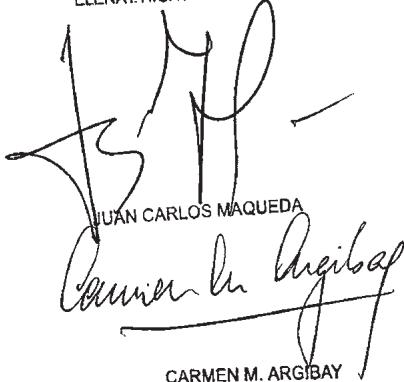
CARLOS S. FAYT



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



E. RAÚL ZAFFARONI

  
JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, representado por el Dr. Marcelo R. Marino, con el patrocinio letrado del Dr. Gregorio Badeni.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 61.

BONDER, AARON  
(EMPERADOR COMPAÑIA FINANCIERA S.A.) Y OTROS  
S/ B.C.R.A. S/ RESOL 178/93

*DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE*

Corresponde revocar la sentencia que confirmó las sanciones aplicadas por presuntas infracciones al régimen financiero si fue vulnerada la garantía de la defensa en juicio de los recurrentes y su derecho a obtener una decisión en el plazo razonable al que alude el art. 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos teniendo en cuenta el análisis global del procedimiento, que comprende tanto el sumario llevado a cabo en la órbita del Banco Central, como la instancia judicial de revisión cumplida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y que se prolongó hasta casi veintiséis años después de ocurridos los hechos investigados, extensión que resulta injustificada, máxime al no advertirse que se trate de un asunto de especial complejidad o que haya sido la actuación procesal de los sancionados la que haya interferido en el normal desarrollo de los procedimientos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 4679/4697, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V) resolvió rechazar los recursos de apelación interpuestos por Banco Caudal S.A., Herman Osvaldo Bonder, Mario Efim Groisman, Alberto Luis Granata, Hugo Raul Sochi, Edmundo Angel Prieto y Jorge H. Guiñazú Reta y confirmó la resolución 178/93 por la que el Banco Central de la República Argentina rechazó los planteos de prescripción de algunos de los apelantes y sancionó a todos por las irregularidades cometidas en los términos del art. 41, incs. 1), 3) y 5) de la ley 21.526, con costas.

Para así decidir —específicamente en relación al tema planteado en el recurso extraordinario de autos, sólo respecto de los señores Herman Bonder y Mario Groisman y en torno del planteo de prescripción formulado— expresó que, en concordancia con lo dictaminado por el señor Fiscal de Cámara a fs. 3730, correspondía el rechazo del agravio por entender

que de los términos literales del art. 42 de la ley de entidades financieras no era válido afirmar que durante el periodo que media entre la comisión de los hechos y la aplicación de las sanciones haya transcurrido sin interrupciones el plazo de prescripción previsto en dicha disposición.

-II-

Disconformes, los señores Bonder y Groisman interpusieron el recurso extraordinario de fs. 4711/4717, contestado por la contraria a fs. 4720/4722, concedido por tratarse de la interpretación y aplicación de los arts. 41 y 42 de la ley 21.526 de carácter federal y denegado respecto de la arbitrariedad alegada (fs. 4723) sin que se presentaran en queja.

Sostuvieron que la sentencia es arbitraria desde que la alzada, al ratificar la resolución del BCRA, impuso una sanción cuando la acción punitiva estaba prescripta, al igual que estaban prescriptas las penas impuestas, en lugar de declararla de oficio.

Entendieron que la demora en que incurrió el tribunal —desde la presentación de alegatos hasta la sentencia transcurrieron más de siete años y desde la resolución sancionatoria del BCRA más de catorce— justifica la aplicación del instituto de la prescripción de la acción penal en tanto la naturaleza penal de las sanciones detalladas en los arts. 41 y 42 de la ley 21.526 exige la aplicación subsidiaria de las normas del Código Penal, en especial las garantías del debido proceso penal y de la defensa en juicio. Agregaron su derecho a ser juzgados en un plazo razonable, garantía establecida en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica.

Afirmaron que la causal de interrupción de la prescripción del art. 42 de la ley de entidades financieras debe entenderse referida a las “secuelas del sumario” y no a las del recurso de apelación ante la cámara porque sino ello importaría una analogía *in malam partem*, interdicta por el art. 18 de la Constitución Nacional. A todo evento, plantean la inaplicabilidad e

inconstitucionalidad de la causal de interrupción de la prescripción “secuelas de juicio” prevista en el art. 42 de la ley 21.526.

En subsidio, solicitaron que se declare la prescripción de la pena, porque indicaron que por más que el art. 42 establezca que el plazo de tres años corre a partir de que la sanción esté firme, el precepto vulnera el derecho de ser juzgado en un plazo razonable desde que nada le impidió a la entidad haber ejecutado la pena —y no lo hizo— dado que el efecto del recurso de apelación interpuesto es solo devolutivo.

Fundaron su derecho en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (derecho a ser juzgados en un plazo razonable) y en que se violaron las garantías de debido proceso y defensa en juicio por la omisión de la cámara de pronunciarse de oficio sobre la prescripción de la acción punitiva.

-III-

Sin perjuicio de que el recurso extraordinario intentado fue concedido por entenderse cuestionado el alcance y la interpretación de normas de carácter federal, a mi modo de ver, es formalmente inadmisible y por ello, considero que fue mal concedido desde el momento en que no se encuentra configurada una cuestión federal típica.

En rigor, son los propios recurrentes quienes descalifican el fallo con base en la doctrina de la arbitrariedad. Aun así, denegada la apelación contra la tacha alegada, no presentaron la pertinente queja.

Ciento es, pues, que no está planteada específicamente en autos una controversia en punto a normas federales —o al menos la impugnación pretendida fue genérica y sin mayor fundamento, a la vez que no formó parte del recurso de apelación— y los argumentos de los actores no se dirigen a cuestionar la interpretación dada por la cámara a las disposiciones del art. 42 de la ley 21.526 —de hecho textualmente expresan “La resolución de la CNACAF se pronuncia en parte sobre la prescripción de la acción durante el proceso sumarial

planteada en el recurso de apelación, rechazándola. Cabe simplemente aclarar aquí que, dado que la prescripción que pretendemos se declare mediante un nuevo pronunciamiento no sólo se produjo con posterioridad sino que su curso comenzó a correr también después de nuestro recurso de apelación, obviamente entonces no se trata de la misma prescripción que la CNACAF rechaza en su sentencia. Con lo cual no corresponde refutar lo allí dicho por ella.”—. Los recurrentes se limitan a peticionar la aplicación de las normas penales referidas a la prescripción de la acción y a los precedentes relacionados con la denominada “secuela de juicio” que no fueron motivo del fallo recurrido ni materia del juicio y que sostienen que son de aplicación en los supuestos de sanciones administrativas dada su naturaleza penal cuando V.E. tiene desde antaño dicho que “las correcciones disciplinarias [impuestas por el Banco Central] no importan el ejercicio de jurisdicción criminal propiamente dicha ni del poder ordinario de imponer penas, por lo que no se aplican, a su respecto, los principios generales del Código Penal en materia de prescripción” (Fallos: 256:97; 261:118; 275:265; 281:211, entre otros).

-IV-

En virtud de lo expuesto, opino que el recurso extraordinario interpuesto por los señores Herman Bonder y Mario Groisman fue incorrectamente concedido y, por ende, que corresponde así declararlo.

Buenos Aires, 7 de junio de 2010.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2013.

Vistos los autos: "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ B.C.R.A. s/ resol. 178/93".

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, al rechazar los recursos de apelación planteados ante ella, confirmó -en lo que interesa- las sanciones aplicadas a los señores Herman Osvaldo Bonder y Mario Efin Groisman, -por presuntas infracciones al régimen financiero cometidas con motivo de su actuación en Emperador Compañía Financiera S.A.- mediante la resolución 178/93 del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina, las que consistieron en multas de \$ 148.000 y \$ 24.800 e inhabilitaciones por cuatro años y diez meses, y un año, respectivamente.

2º) Que, contra tal decisión, los sancionados dedujeron el recurso extraordinario obrante a fs. 4711/4717 vta., que, tras ser respondido a fs. 4720/4722 vta., fue concedido en los términos de la resolución de fs. 4723, y resulta formalmente procedente pues existe cuestión federal bastante, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a la garantía de obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, derivada del art. 18 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales referidos a ella, en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 8.

3º) Que el caso de autos tiene su origen en un sumario, llevado a cabo por el ente rector del sistema monetario y bancario, sobre la base de lo dispuesto por el art. 41 de la Ley de Entidades Financieras, que tuvo por objeto la investigación de diversas infracciones a la normativa financiera, y que cul-

minó con la aplicación de las referidas sanciones administrativas, pecuniarias y de inhabilitación.

4º) Que los agravios se centran en sostener que transcurrieron más de siete años desde la presentación de los alegatos –y catorce desde la resolución sancionatoria del BCRA– hasta que el tribunal a quo dictó la sentencia. Sobre esa base, los recurrentes aducen que se cumplió el plazo de prescripción de seis años establecido en el art. 42 de la Ley de Entidades Financieras y que en el caso se justifica la aplicación del instituto de la prescripción de la acción penal para no vulnerar la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional y arts. 5 y 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, cuestionaron la causal de interrupción de la prescripción prevista en el citado art. 42. Afirman que debe entenderse referida a las “secuelas del sumario” y no a las del recurso de apelación ante la cámara pues, de lo contrario, se afectarían garantías constitucionales. En subsidio, solicitaron que se declare la prescripción de la pena.

5º) Que para el adecuado examen de los referidos agravios, corresponde señalar que el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 8, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art. 25, al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Al respecto, el Tribunal ha afirmado que el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas es un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución.

tución Nacional, derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. En este sentido, se ha expedido esta Corte al destacar que "la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal" (Fallos: 272:188; 300:1102; 332:1492 y causa "Losicer, Jorge Alberto y otros", Fallos: 335:1126).

6º) Que en el citado precedente "Losicer" la Corte llegó a la conclusión de que como resultado del extenso trámite del sumario administrativo llevado a cabo en la esfera del Banco Central de la República Argentina -en el que se dictó resolución después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y quince desde que se dispuso su apertura-, se vulneró la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) y el derecho a obtener una decisión en el "plazo razonable" al que alude el inc. 1 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por tal motivo dejó sin efecto la resolución sancionatoria, sin que haya sido obstáculo para ello la circunstancia de que el plazo de prescripción establecido en el art. 42 de la Ley de Entidades Financieras no haya llegado a cumplirse debido a las interrupciones que se produjeron por diversas diligencias de procedimiento que tuvieron lugar en el aludido sumario, en cada caso, antes de que se completara el plazo legal de prescripción.

7º) Que, como se señaló, en el caso sub examine los recurrentes invocan la prescripción establecida por esa misma norma para vertebrar su planteo de raigambre constitucional, con especial referencia a la demora que endilgan al tribunal a quo. Al respecto corresponde señalar, en primer lugar, que la prescripción del citado art. 42 no resulta aplicable en la instancia judicial, habida cuenta de que el dictado de la resolución san-

cionatoria por el superintendente financiero constituye el límite para el ejercicio de la potestad a la que se refiere la prescripción prevista en el mencionado artículo de la Ley de Entidades Financieras. Sin embargo —y a semejanza de “Losicer”—, la circunstancia de que no se cumpla la prescripción legal —en aquel precedente, debido a las causales de interrupción verificadas en el sumario administrativo y en esta causa, por ser inaplicable esa norma al trámite judicial en el que los recurrentes centran sus agravios— no obsta a que esta Corte examine y resuelva la cuestión constitucional planteada, que consiste en determinar si, en el caso, como resultado del extenso trámite de la controversia, se vulneró la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) y el derecho a obtener una decisión en el “plazo razonable” al que alude el inc. 1, del art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues —como se señaló— los apelantes reclaman que se declare extinguida la acción sancionatoria por prescripción como forma de consagrarse efectivamente dichas garantías.

8º) Que, sentado lo que antecede, es útil consignar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en un plazo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir en sí misma una violación de las garantías judiciales. La razonabilidad de dicho retraso se debe examinar de conformidad con el “plazo razonable” al que se refiere el art. 8.1 de la Convención, y éste en relación a la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva (caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia” sentencia del 27/11/08, pág. 48, párrafo 154).

9º) Que, por lo dicho, el “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión.

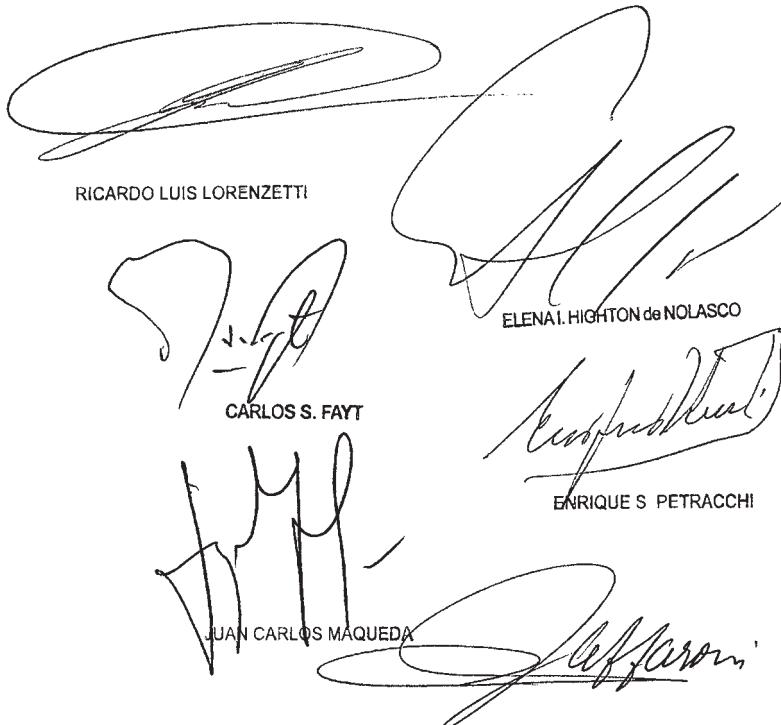
Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana –cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)– como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar– han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento (casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y “López Álvarez v. Honduras”, fallado el 1º de febrero de 2006; “König”, fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales).

10) Que en el caso sub examine los recurrentes se agravian especialmente por el período de más de siete años que transcurrió desde el 22 de noviembre de 2000 (v. fs. 4579 vta.), fecha en que se presentó el último alegato, hasta el 5 de febrero de 2008, cuando se dictó la sentencia (fs. 4679/4697). Si bien es verdad que ese lapso excede el que normalmente puede insumir el estudio de la causa para dictar sentencia en las instancias de grado, a juicio de esta Corte, la razón determinante para concluir que en el presente caso fue vulnerada la garantía de la defensa en juicio de los recurrentes y su derecho a obtener una decisión en el plazo razonable al que alude el art. 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, radica en la evaluación del criterio enunciado bajo la letra “d” en el considerando que antecede; es decir, “el análisis global del procedimiento”, que comprende tanto el sumario llevado a cabo en la órbita del Banco Central, como la instancia judicial de revisión cumplida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Y desde tal perspectiva, se ve-

rifica que los hechos considerados como infracción a las normas financieras tuvieron lugar entre los años 1982 y 1983; la resolución sancionatoria de la autoridad administrativa se dictó en el año 1993; las actuaciones fueron remitidas a la cámara en agosto de 1994 y ese tribunal dictó sentencia el 5 de febrero de 2008. Es decir, casi veintiséis años después de ocurridos los hechos investigados. Esa extensión resulta injustificada, máxime al no advertirse que se trate de un asunto de especial complejidad o que haya sido la actuación procesal de los sancionados la que haya interferido en el normal desarrollo de los procedimientos (confr., en igual sentido, causa "Fiszman", *Fallos*: 332:1492; en especial, considerando 4º y sus citas).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance que resulta de lo expuesto en el presente.

-///- Con costas (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENAI HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por Herman Osvaldo Bonder y Mario Efim Groisman, con el patrocinio de los Dres. Raúl E. Baglini y Carlos H. de Casas.

Traslado contestado por: el Banco Central de la República Argentina, representado por la Dra. Susana N. de Rosa.

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

---

JORGE, RICARDO DANIEL – SUCESIÓN  
C/ PEN – LEY 25.561 – RESOL. 158/03 (M° E) (BONTES LETES)  
S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

*DEUDA PUBLICA*

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por la administradora de una sucesión y dispuso que el 50% de los bonos depositados -porcentaje que integraba el acervo hereditario del causante- se encontraba exceptuado del diferimiento de los pagos de la deuda pública del Estado Nacional en los términos del art. 60, inc. d, ap.VI, de la ley 25.827, pues constituye un excesivo rigor formal que, con fundamento en la falta de presentación del pedido de exclusión del diferimiento por parte del causante, se rechaza encuadrar la situación de sus herederos en el supuesto de excepción previsto por el art. 60, inc. d, apartado VI, de la ley 25.827, pues ese criterio desatiende la finalidad que tuvo el legislador al sancionar la norma, de brindar cierto amparo económico a los herederos de los titulares de bonos de la deuda pública nacional afectados por graves enfermedades y que, finalmente fallecieron.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 428/431 de los autos principales (a cuya foliatura aludiré en lo sucesivo) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV), al confirmar la sentencia de la instancia anterior, hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Claudia Marcela Caraccia, en su calidad de administradora provisional de la sucesión de Ricardo Daniel Jorge, y resolvió que el 50% de los bonos del Tesoro 2003 11,75% depositados en la cuenta custodia 0005223940-1 abierta a nombre de aquéllos en la Caja de Valores S.A. -porcentaje que integraba el acervo hereditario del causante- se encontraba exceptuado del diferimiento de los pagos de la deuda pública del Estado Nacional en los términos del art. 60, inc. d), ap. VI), de la ley 25.827.

Para resolver de esa manera, en cuanto aquí interesa, sostuvo que aun cuando fuera formalmente correcto lo sostenido

por la demandada en cuanto a que Ricardo Daniel Jorge no había solicitado oportunamente —en sede administrativa— que su caso se encuadrara (por razones de salud) como un caso de excepción a aquel diferimiento, lo cierto era que no había dudas de la grave enfermedad que padecía y que concluyó con su vida, por lo que cabía considerar cumplida la condición exigida por la citada disposición legal.

En virtud de ello, juzgó irrazonable la decisión de la Administración de denegar la solicitud de la actora tendiente a que se exceptuara del diferimiento de los pagos a los títulos públicos en cuestión.

- II -

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 437/450, que fue denegado a fs. 468, lo que dio origen a la queja en examen.

En primer lugar, aduce que la sentencia carece de fundamentación, se basa en afirmaciones dogmáticas y se aparta en forma arbitraria de normas de carácter federal y de orden público.

En concreto, se agravia porque —a su entender— la cámara obvió los requisitos impuestos legalmente para ser exceptuado del diferimiento de los pagos de la deuda pública, entre ellos, el que exige que medie una expresa declaración de voluntad del interesado para poner en funcionamiento el procedimiento administrativo correspondiente, y que es condición esencial que los fallecidos hubieran obtenido el reconocimiento administrativo de que su situación encuadraba en el supuesto de excepción o que, al menos, hubieran iniciado el trámite a tal efecto, lo que no sucedió en el caso de Ricardo Daniel Jorge.

Además, aduce que la sentencia deja de lado lo resuelto por V.E. en el caso "Galli" (Fallos: 328:690), y no toma en cuenta lo dicho en ese precedente con relación a los bonos que no ingresaron al canje de la deuda dispuesto por el decreto 1735/04, y que la decisión de no adherir a esa propuesta del Estado Nacional —ni a la formulada por medio del decreto

563/10- determina que resulte de aplicación al caso la situación prevista por la ley 26.017 y los arts. 49 y 51 de la ley 26.546.

- III -

El recurso extraordinario deducido es formalmente admisible, toda vez que se discute la interpretación de normas federales (leyes 25.827 y 26.017, decretos 1735/04 y 563/10, entre otras) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48; Fallos: 328:690).

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

- IV -

En primer lugar, estimo necesario transcribir el art. 60 de la ley 25.827, en la parte que interesa al presente caso.

Dicho precepto establece: "Exceptúanse del diferimiento de pagos establecido en el artículo precedente [se refiere al diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública del gobierno nacional contraída originalmente con anterioridad al 31 de diciembre de 2001 o en virtud de normas dictadas antes de esa fecha, hasta que el Poder Ejecutivo nacional declare la finalización de su proceso de reestructuración], a las siguientes obligaciones:

(...)

d) Los servicios financieros de los Bonos del Tesoro de Mediano Plazo y Largo Plazo (BONTES), Letras del Tesoro (LETES), Bonos de Consolidación, Bonos de Consolidación de Deudas Previsionales y Bonos Externos de la República Argentina:

(...)

II) Que estuviesen en poder de personas que atravesen situaciones en las que estuvieran en riesgo la vida,

*o aquellas en las que exista un severo compromiso de su salud por el riesgo de incapacidad que presuma la patología y la imposibilidad de postergación del tratamiento por un lapso mayor a DOS (2) años las que serán consideradas individualmente, todo ello según dictamen de una comisión médica conformada ad-hoc y cuyas tenencias se encuentren acreditadas en Caja de Valores S.A. a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la resolución 73/02 del ex Ministerio de Economía.*

(...)

*VI) Que estén en poder de sucesiones indivisas o de los herederos declarados en juicio de aquellas personas que hubieran sido tenedores de los instrumentos de deuda pública que se encontraban, para ambos casos, dentro de la excepción dispuesta en el inciso d.2) del presente artículo".*

- V -

Sentado lo anterior, cabe señalar que no existe controversia en la causa respecto de que los bonos del Tesoro que integran el acervo hereditario de Ricardo Daniel Jorge se encontraban acreditados en la Caja de Valores S.A. al 30 de abril de 2002 (fecha en que se publicó en el Boletín Oficial la resolución 73/02 del Ministerio de Economía).

Tampoco se encuentra en disputa la existencia cierta de la enfermedad que lo aquejaba y que provocó su fallecimiento el 27 de noviembre de 2003.

La cuestión, entonces, se centra en establecer si el hecho de que el titular de los bonos no haya iniciado oportunamente los trámites administrativos con el fin de ser excluido del diferimiento de los pagos de la deuda pública por razones de salud resulta un obstáculo para que, luego de producido su deceso, sus herederos puedan acceder a la excepción prevista por el art. 60, inc. d), apartado VI, de la ley 25.827.

Al respecto, conviene mencionar que el procedimiento destinado a obtener el reconocimiento en sede administrativa de la mencionada excepción al diferimiento recién fue establecido por el decreto 1310/04 (publicado en el Boletín Oficial del 30

de septiembre de 2004).

En sus considerandos, el Poder Ejecutivo dio cuenta de los impedimentos que habían surgido para constituir la comisión *ad hoc* prevista por la norma legal, por lo que decidió fijar un procedimiento especial para lograr aquel encuadramiento. Así, precisó que los interesados debían presentar una nota ante la Dirección de Administración de la Deuda Pública de la Oficina Nacional de Crédito Público del Ministerio de Economía, con detalle de las causales que motivaban la solicitud, acompañada de un certificado médico que acreditara el diagnóstico de enfermedad grave o de un resumen de historia clínica suscripta y sellada por un profesional matriculado, todo lo cual sería considerado por la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud y Ambiente, con cuya conformidad la Dirección de Administración de la Deuda Pública procedería a liquidar los servicios financieros impagos.

Como puede advertirse, a la fecha del fallecimiento de Ricardo Daniel Jorge, aún no había sido reglamentado el procedimiento que debían seguir las personas que –como el nombrado– atravesaran situaciones en las que estuviera en riesgo su vida para acogerse al régimen de excepción al diferimiento de los pagos de la deuda pública.

En tales condiciones, tengo para mí que frente a la demora del Poder Ejecutivo Nacional en dictar la reglamentación de dicho procedimiento (dilación que se prolongó por más de dos años, si se tiene en cuenta que las excepciones al diferimiento comenzaron a ser establecidas por medio de la resolución 73/02 del Ministerio de Economía), en la que se estableció ante cuál autoridad y con qué requisitos debía presentarse la solicitud (detalles que no habían sido fijados por las normas que previeron la excepción), puede resultar excusable que se retrasara la presentación del pedido de ser exceptuado del diferimiento, máxime cuando es razonable suponer que, como consecuencia de la grave enfermedad que sufría desde años antes del *default* de la deuda pública, que recrudeciò en mayo de 2002

y que, finalmente, le produjo la muerte el 27 de noviembre de 2003 (todo ello según surge de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas a la causa), Ricardo Daniel Jorge dedicara todos sus esfuerzos al tratamiento médico de su dolencia y se viera obligado a postergar cualquier reclamo tendiente a obtener el pago de los servicios financieros de los títulos públicos de su propiedad.

De acuerdo con las circunstancias que rodearon el caso, considero que constituye un excesivo rigor formal que, con fundamento en la falta de presentación del pedido de exclusión del diferimiento por parte de Ricardo Daniel Jorge, se rechace encuadrar la situación de sus herederos en el supuesto de excepción previsto por el art. 60, inc. d), apartado VI, de la ley 25.827, pues ese criterio desatiende la finalidad que tuvo el legislador al sancionar la norma, de brindar cierto amparo económico a los herederos de aquellos titulares de bonos de la deuda pública nacional afectados por graves enfermedades y que, a la postre, fallecieron.

- VI -

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 29 de mayo de 2013.

LAURA M. MONTI

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) en la causa Jorge, Ricardo Daniel - sucesión c/ PEN - ley 25.561 resol. 158/03 (M° E) (Bontes Letes) s/ proceso de conocimiento", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Claudia Marcela Caraccia, en su calidad de administradora provisional de los bienes de la sucesión de Ricardo Daniel Jorge, y dispuso que el 50% de los Bonos del Tesoro U\$S 2003, 11,75% depositados en la cuenta custodia 0005223940-1 -porcentaje que integraba el acervo hereditario del causante- se encontraba exceptuado del diferimiento de los pagos de la deuda pública del Estado Nacional en los términos del art. 60, inc. d, ap. VI, de la ley 25.827.

Para así decidir, sostuvo que aun cuando fuera formalmente correcto el argumento que utilizó la Administración para denegar el beneficio de excepción al diferimiento de pagos (la ausencia de petición formulada oportunamente por Ricardo Daniel Jorge en sede administrativa para que se reconociese que su caso tenía cabida en el supuesto de excepción a causa de la enfermedad que padecía, y su resolución), lo cierto era que no había dudas acerca de la gravedad de esa enfermedad, que concluyó con su vida, motivo por el cual el a quo consideró cumplida la condición exigida por la citada norma.

2º) Que contra tal sentencia, la demandada interpuso el recurso extraordinario (fs. 437/450 vta.), que fue denegado a fs. 468, lo que dio origen a la queja en examen.

3º) Que el recurso deducido es formalmente admisible, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de preceptos de carácter federal (leyes 25.827 y 26.017, decretos 1735/04 y 563/10, entre otras) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ellos (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

4º) Que sentado lo que antecede, corresponde destacar que la cuestión traída a conocimiento de esta instancia radica

en establecer si el hecho de que el titular de los bonos no haya iniciado oportunamente los trámites administrativos con el fin de ser excluido del diferimiento de los pagos de la deuda pública por razones de salud, resulta un obstáculo para que, después de producido su deceso, sus herederos puedan acceder a la excepción prevista por el art. 60, inc. d, apartado VI, de la ley 25.827.

Al respecto, cabe precisar que Ricardo Daniel Jorge falleció el 27 de noviembre de 2003 (conf. fotocopia del certificado de defunción obrante a fs. 5) y el procedimiento destinado a obtener el reconocimiento en sede administrativa de la excepción al diferimiento de pago por razones de salud solo fue establecido con posterioridad, por el decreto 1310/04 (publicado en el Boletín Oficial el 30 de septiembre de 2004).

5º) Que, en tales condiciones, resulta excusable que se retrasara el pedido de ser exceptuado del diferimiento teniendo en cuenta la demora del Poder Ejecutivo en dictar la reglamentación del procedimiento que debían seguir las personas que atravesaran situaciones en las que estuviera en riesgo su vida para poder acogerse al régimen de excepción al diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública; máxime, cuando cabe suponer que, como consecuencia de la grave enfermedad que sufría Ricardo Daniel Jorge (conf. constancias médicas obrantes a fs. 5/7 de las actuaciones administrativas agregadas a la causa), dedicara todos sus esfuerzos al tratamiento médico de su dolencia y se viera obligado a postergar cualquier reclamo tendiente a obtener el pago de los servicios financieros de los títulos públicos de su propiedad.

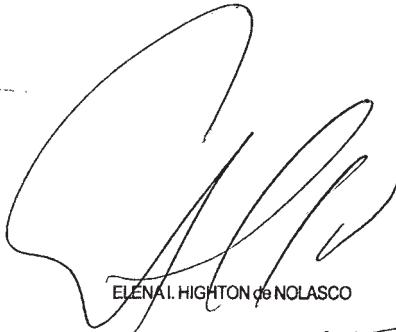
6º) Que, al ser ello así, cabe concluir –tal como acertadamente lo asevera la señora Procuradora Fiscal Laura Montti en el dictamen obrante a fs. 49/52 de la presente queja– que constituye un excesivo rigor formal que, con fundamento en la falta de presentación del pedido de exclusión del diferimiento por parte de Ricardo Daniel Jorge, se rechace encuadrar la si-

tuación de sus herederos en el supuesto de excepción previsto por el art. 60, inc. d, apartado VI, de la ley 25.827, pues ese criterio desatiende la finalidad que tuvo el legislador al sancionar la norma, de brindar cierto amparo económico a los herederos de los titulares de bonos de la deuda pública nacional afectados por graves enfermedades y que, finalmente, fallecieron.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la complejidad de la cuestión debatida. Reintégrese el depósito del que da cuenta la constancia de fs. 53/54. Notifíquese, agréguese la presentación directa a los autos principales y devuélvase.



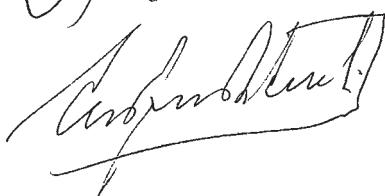
RICARDO LUIS LORENZETTI



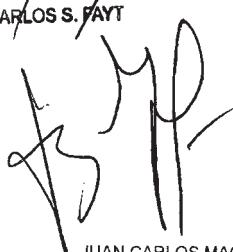
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



CARLOS S. FAYT



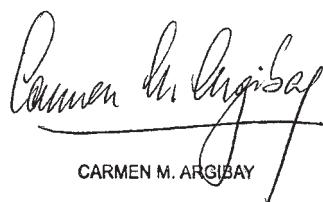
ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, representado por la Dra. Inés Sofía Signoris.

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

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

---

MAZZAFERA, FRANCISCO JOSÉ Y OTRO  
C/ EN - (EX TCN)  
S/ EMPLEO PÚBLICO

*VIGENCIA DE LA LEY*

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no dio curso a la demanda iniciada por ex empleados del entonces Tribunal de Cuentas de la Nación que solicitaban el pago de diferencias salariales -luego de un proceso que había culminado por haberse declarado la caducidad de la instancia- por considerar que no se encontraban cumplidos los recaudos para habilitar la instancia al haber vencido holgadamente el plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, si cuando los actores se notificaron del rechazo del reclamo administrativo, la ley 19.549 no prescribia un plazo perentorio para la interposición de la demanda judicial y esta exigencia fue incorporada con posterioridad cuando el art. 12 de la ley 25.344 -que entró en vigencia el 30 de noviembre de 2000- modificó la redacción del art. 31 de la ley 19.549.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V) obrante a fs. 88/89 por la que se confirmó el pronunciamiento de la anterior instancia que declaró no habilitada la instancia judicial, los actores -personal del ex Tribunal de Cuentas de la Nación- interpusieron el recurso extraordinario de fs. 133/146 que fue concedido en cuanto está en juego la garantía de acceso a la justicia y denegado respecto de la arbitrariedad atribuida a la decisión (fs. 150 y vta.)sin que se presentaran en queja.

El tribunal entendió que la demanda deducida en un proceso judicial que concluyó con la declaración de caducidad de la instancia no suspendía el plazo contemplado en el art. 25 de la ley 19.549.

Los agravios de la parte actora estriban en que aplicar el art. 31 de la ley 19.549 –texto según el art. 12 de la ley 25.344– y el plazo de caducidad –90 días del rechazo expreso de un reclamo administrativo– previsto en el art. 25 de la ley de procedimientos administrativos, al caso de autos en los que, al momento de iniciar la primer acción en 1998 –actuación que culminó en 2007 con una declaración de caducidad de instancia– no se encontraba vigente la ley 25.344, es incompatible con la garantía de acceso a la justicia y del derecho de defensa. Funda su postura en el precedente de Fallos: 329:88 (“Sisterna”).

Sostienen, asimismo, que la aplicación rígida de una norma no vigente al momento de la demanda inicial, importa la prescripción de la acción y del derecho de los reclamantes.

-III-

Cabe recordar que V.E. tiene reiteradamente dicho que a los fines del recurso extraordinario revisten carácter de definitivas no solo aquellas sentencias que ponen fin al pleito e impiden su prosecución, sino también las que causen un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, por lo que considero que, en el caso, la decisión de declarar no habilitada la instancia judicial, en tanto clausura totalmente el acceso a la jurisdicción, es asimilable a una sentencia definitiva.

Ahora bien, a mi modo de ver, dado que no está discutido que la presente acción se trata de un nuevo proceso, iniciado después de la declaración de caducidad de la instancia en aquel promovido por igual motivo en 1998, no resulta arbitraria la sentencia que afirma que esta demanda judicial se encuentra comprendida dentro de lo establecido por el art. 31 de la ley 19.549 –texto según la ley 25.344– atento a que toda reforma de leyes procedimentales es de aplicación plena e

inmediata aun cuando la situación jurídica objeto de la acción se haya configurado bajo una ley anterior. Es decir que, los presupuestos de la acción contencioso administrativa no pueden sino ser verificados de acuerdo con la ley de procedimiento vigente a la fecha de la promoción de la demanda, en el *sub lite*, la ley vigente en el 2007 era –y es– la 19.549 reformada por la ley 25.344.

Asimismo, como dato no menor, cabe destacar la falta de planteo de inconstitucionalidad de las normas en juego.

-III-

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 12 de julio de 2012.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

*Buenos Aires, 19 de noviembre de 2013.*

Vistos los autos: "Mazzafera, Francisco José y otro c/ EN (ex TCN) s/ empleo público".

Considerando:

1º) Que los actores –ex empleados del entonces Tribunal de Cuentas de la Nación– interpusieron reclamo administrativo ante el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos a fin de solicitar el pago de diferencias salariales. El reclamo fue rechazado por la resolución MEYOSP 955/95.

Agotada la vía administrativa, dedujeron una acción judicial. Ese proceso, sin embargo, culminó en el año 2007 por haberse declarado la caducidad de la instancia (ver fs. 2/6, 23/34, 380/380 vta. y 411 del expediente "Coronel, Cristina Adela y otro c/ EN – Ex Tribunal de Cuentas de la Nación s/ empleo público", que corre como agregado).

Finalmente, el 9 de noviembre de 2007, los actores interpusieron una nueva acción judicial con similar objeto, que es la que da origen a la presente causa.

2º) Que el juez de primera instancia resolvió -de oficio- no dar curso a la demanda, por considerar que no se encontraban cumplidos los recaudos para habilitar la instancia. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó su decisión.

El a quo sostuvo que el plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales fijado por la ley para interponer acción judicial contra la denegatoria de un reclamo administrativo se encontraba holgadamente vencido (artículos 25 y 31 de la ley 19.549). Asimismo, agregó que la demanda deducida en un proceso judicial que concluyó con la declaración de caducidad de la instancia no estaba contemplada por la legislación como causal de interrupción o suspensión del plazo en cuestión.

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso el presente recurso extraordinario federal, que fue parcialmente concedido a fs. 150/150 vta.

3º) Que si bien las cuestiones procesales, aún las contenidas en normas federales, son ajenas a la vía extraordinaria, corresponde hacer excepción a tal principio cuando, como en el caso, lo resuelto comporta un exceso de rigor formal y, a su vez, frustra irreparablemente el acceso a la justicia del apelante (Fallos: 323:1919; 327:4681; 331:415, entre otros).

4º) Que es imprescindible señalar que en el año 1998, cuando los actores se notificaron del rechazo del reclamo administrativo, la ley 19.549 no prescribía un plazo perentorio para la interposición de la demanda judicial.

Esta exigencia fue incorporada con posterioridad, cuando el artículo 12 de la ley 25.344 -que entró en vigencia el 30 de noviembre de 2000- modificó la redacción del artículo 31 de la ley 19.549 y declaró expresamente aplicable el plazo de 90

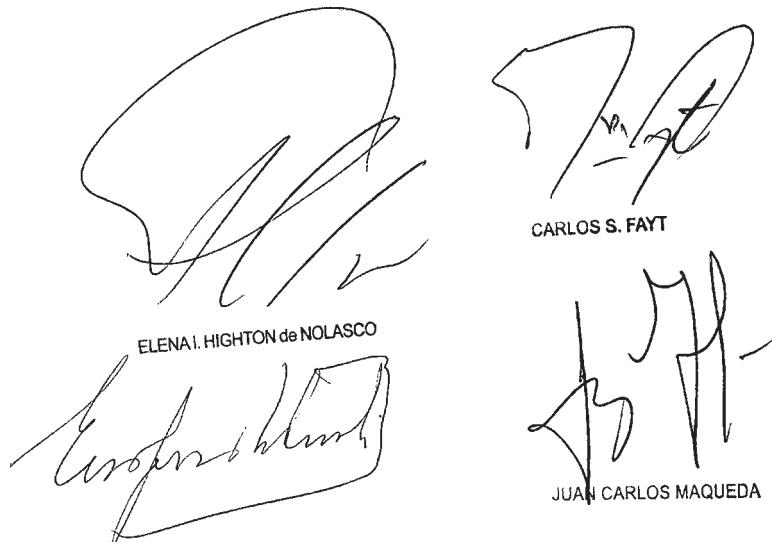
días también a los casos en los cuales correspondía agotar la vía mediante un reclamo administrativo previo.

5º) Que, en un caso que guarda sustancial analogía con el de autos, esta Corte ha señalado que los recaudos establecidos por la nueva redacción del art. 31 de la ley de procedimientos administrativos no pueden recaer sobre aquellos supuestos en los que, como en este caso, el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción se hubiese configurado antes de la sanción de la nueva legislación (Fallos: 329:88).

6º) Que ello es así porque, si bien es cierto que las leyes sobre procedimiento son de orden público y se aplican a las causas pendientes, también lo es que su aplicación se encuentra limitada a los supuestos en que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos, ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores; máxime cuando ello desbarataría una situación consolidada a favor del recurrente con privación de justicia respecto de derechos de naturaleza alimentaria que gozan de protección constitucional (Fallos: 319:2151 y 2215).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la

-//-sentencia apelada. Devuélvanse los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y devuélvase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por Francisco José Mazzafera y Cristina Adela Coronel, patrocinados por la Dra. Cristina A. Coronel.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 6, Secretaría nº 11.

---

PROCESADORA DE BORATOS ARGENTINOS SA (TF 28448-A)  
C/ DGA

MINERIA

Ninguna disposición de la ley 24.196 -Inversiones Mineras- ni su reglamentación exime derechosamente a los sujetos comprendidos en su régimen del pago de los nuevos gravámenes que se establezcan, o de los incrementos que se dispongan con posterioridad a la presentación del estudio de factibilidad al que hace referencia el art.

8º, ni tampoco prohíben que se establezcan nuevos gravámenes o que se incrementen los existentes, pues tal normativa alude a que no se incremente “la carga tributaria total” (art. 8º de la ley 24.196) para lo cual establece un mecanismo de compensación o devolución de las sumas abonadas en más por la empresa promovida (art. 4º, inc. c, del Anexo 1 del decreto 2686/93) para el supuesto de que se hubiese demostrado que el nuevo gravamen se traduzca en un incremento de tal carga tributaria.

### *PERMISO DE EMBARQUE*

Cabe confirmar la sentencia que ratificó las resoluciones de la Aduana local que habían rechazado las impugnaciones efectuadas contra la liquidación de derechos de exportación correspondientes a tres permisos de embarques -que documentaban la exportación de sustancias minerales- a la alícuota del 10% del valor FOB, de acuerdo a la resolución N° 11/2002 del Ministerio de Economía y Producción, pues no se advierte que exista conflicto alguno entre el régimen de estabilidad minera regulado por la ley 24.196 y el pago de los derechos de exportación cuestionados, puesto que, de acreditarse que de esa manera se produce finalmente un incremento de la carga tributaria total, será de aplicación el mecanismo para compensar o devolver las sumas abonadas de más, en la forma, plazo y condiciones que establezcan las normas pertinentes, es decir, el argumento en que se funda la actora resulta ineficaz para oponerse al pago de los aludidos derechos de exportación.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 215/219, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que, a su turno, había dejado sin efecto las resoluciones 351/10, 352/10 y 353/10 dictadas por el Sr. Administrador de la División Aduana de Jujuy, las que habían confirmado la aplicación de los derechos de exportación fijados por la resolución del Ministerio de Economía 11/02 para determinados permisos de embarque oficializados por la actora los días 8, 14 y 16 de junio de 2010.

Para así decidir, especificó que correspondía dilucidar en autos si la estabilidad fiscal de la que goza el contribuyente al amparo de la ley 24.196 -circunstancia que no

se encuentra discutida- impide que la Dirección General de Aduanas liquide y exija el pago de los citados derechos de exportación.

Luego de reseñar diversos preceptos de la ley 24.196, indicó que este régimen prevé un mecanismo de reclamo particular ante la autoridad de aplicación -la Secretaría de Minería de la Nación (art. 24)- para casos como el denunciado en autos, que requiere que la beneficiaria aporte cierta prueba documental que permita determinar si efectivamente se incrementó su carga tributaria por aplicación de los derechos de exportación.

Destacó que, aun en el marco del trámite de impugnación de cargos aduaneros y a los fines de justificar el extremo de hecho a partir del cual se pretende sostener el cuestionamiento del pago de los derechos, era la actora quien debía probar el incremento de su carga tributaria total y la afectación negativa de su ecuación económica como consecuencia de la aparición del nuevo tributo, tarea que no se había verificado en autos.

Advirtió que la contribuyente sólo había acreditado su inscripción en el Registro de Inversiones Mineras de la ley 24.196 y que se beneficiaba de la estabilidad fiscal desde el año 1996, mas no había aportado prueba tendiente a demostrar que la carga tributaria derivada de la aplicación de la resolución del Ministerio de Economía 11/02 no se encontraba compensada mediante supresiones o reducciones de gravámenes o de aranceles, o bien por otras modificaciones de las normas tributarias en la jurisdicción nacional que le resultasen favorables.

- II -

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 231/249, que fue concedido a fs. 281 en cuanto se cuestionó la interpretación y el alcance de normas de carácter federal y desestimado en lo referente a la arbitrariedad invocada.

Destacó, en primer término, que no resulta aplicable en autos lo resuelto por el Tribunal en las causas M.137, L.XLVI, y M.889, L.XLV, ambas caratuladas "Minera del Altiplano S.A. c/ Estado Nacional - PEN y otra s/ amparo", toda vez que en ellas se rechazó la pretensión del contribuyente por entender que la vía del amparo elegida no resultaba procedente. Por el contrario, arguyó que aquí no se ha optado por ese restrictivo y excepcional proceso sino que se ha seguido el cauce administrativo y judicial regulado en los arts. 1.053, inc. a), y ccdtes. del Código Aduanero, que permite un ámbito de mayor debate y prueba.

Sentado lo anterior, especificó que no habiendo su parte ejercido la opción prevista en el art. 1º del anexo I del decreto 2.686/93, le estaba vedado a la Aduana exigir el pago de los derechos de exportación que entraron en vigencia con posterioridad al otorgamiento de su estabilidad fiscal. Con sustento en los arts. 1º, 2º y 3º del anexo I de ese reglamento, calificó a dicho óbice como de carácter absoluto y negó toda relevancia a la incidencia de esos derechos de exportación sobre la ecuación económica o sobre la carga tributaria de Procesadora de Boratos Argentinos S.A., la que -según lo previsto en el art. 8º, inc. 7º, de la ley 24.196 y en su reglamentación- debe ser determinada al cierre de cada período fiscal y no al momento imponible de cada tributo.

Añadió que en este expediente está demostrado que la Secretaría de Minería de la Nación -autoridad de aplicación del régimen- confirmó que la actora cuenta con la estabilidad fiscal desde el 14 de abril de 1996, la que se encontraba vigente al momento en el que la Aduana reclamó el pago de los derechos de exportación. Afirmó que ello constituye prueba suficiente de que la pretensión de cobro aquí debatida afecta la carga tributaria total del contribuyente por cuanto implica el pago de un gravamen que no se encontraba vigente a la fecha de adquisición del beneficio.

Por último, manifestó que la Dirección General de Aduanas tenía conocimiento de que no había mediado reducción o

exención arancelaria general o particular que beneficiara a Procesadora de Boratos Argentinos S.A., lo que resulta demostrado pues ese organismo administrativo no invoca en momento alguno tal dispensa o disminución como sustento de su exigencia de pago.

## - III -

Considero que el recurso extraordinario deducido es formalmente procedente, en la medida en que ha sido concedido, pues se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el superior tribunal de la causa a normas federales (ley 24.196 y sus normas reglamentarias) y la sentencia definitiva ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14, inc. 3, ley 48).

## - IV -

Ha sido claro el Tribunal al especificar, haciendo suyos los términos del dictamen de este Ministerio Público, que nada existe en la ley 24.196 ni en su reglamentación que derechamente exima a los sujetos comprendidos en su régimen del pago de los nuevos gravámenes que se establezcan, o de los incrementos que se dispongan, con posterioridad a la presentación del estudio de factibilidad al que se hace referencia en su art. 8º (cfr. causas M.137, L.XLVI, y M.889, L.XLV, ambas caratuladas "Minera del Altiplano S.A. c/ Estado Nacional - PEN y otra s/ amparo", sentencia del 10 de julio de 2012).

Ello se desprende con nitidez del concepto de "estabilidad fiscal" que brinda la propia ley en los siguientes términos: "Significa que las empresas que desarrollen actividades mineras en el marco del presente régimen de inversiones no podrán ver incrementada su carga tributaria total, considerada en forma separada en cada jurisdicción

determinada al momento de la presentación del citado estudio de factibilidad, en los ámbitos nacional, provinciales y municipales" (art. 8°, inc. 1, pto. 2., ley 24.196, subrayado agregado).

Por ello es que en su art. 8°, inc. 5), esta ley dispone: "Estará a cargo de los sujetos beneficiarios de la estabilidad fiscal que invoquen que ella ha sido vulnerada, justificar y probar en cada caso -con los medios necesarios y suficientes- que efectivamente se ha producido un incremento en la carga tributaria en el sentido y con los alcances emergentes de las disposiciones de este artículo. Para ello deberán efectuar sus registraciones contables separadamente de las correspondientes a sus actividades no comprendidas por la estabilidad fiscal, adoptar sistemas de registración que permitan una verificación cierta y presentar al organismo fiscal competente los comprobantes que respalden su reclamo, así como cumplir toda otra forma, recaudo y condiciones que establezca la autoridad de aplicación de esta ley".

Para despejar toda duda, en la misma norma el Congreso de la Nación asimismo estableció: "La compensación de aumentos tributarios y arancelarios con reducciones de los mismos conceptos, para determinar si se ha producido en el mismo ámbito jurisdiccional un incremento de la carga tributaria total, se realizará por cada emprendimiento alcanzado por la estabilidad fiscal y por cada ejercicio fiscal vencido, entendiéndose, en todos los casos el que corresponde a la empresa para el impuesto a las ganancias, en la forma y condiciones que establezca la autoridad de aplicación" (art. 8°, inc. 7, énfasis añadido).

A la luz de estas disposiciones es que deben interpretarse los arts. 1°, 2° y 3° del anexo I del decreto 2.686/93, reglamentario de la ley 24.196 e invocados por la actora para sostener su postura, recordando que este tipo de actos de alcance general no pueden subvertir el espíritu ni la finalidad de la ley a la que acceden, pues ello iría contra la jerarquía normativa y configuraría un claro exceso en el

ejercicio de las atribuciones que la propia Constitución concede al Poder Ejecutivo (Fallos: 151:5; 178:224; 318:1707, entre otros).

Pienso que la inteligencia de esos preceptos debe, asimismo, ser armonizada con la del 4º, inc. c), del anexo I del decreto 2.686/93, dado que la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada artículo sólo por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todos se entiendan teniendo en cuenta los fines de los demás y considerárselos como dirigidos a colaborar, en su ordenada estructuración, para que las disposiciones imperativas no estén sujetas a merced de cualquier artificio dirigido a soslayarlas en perjuicio de quien se tuvo en mira proteger (Fallos: 294:223; 327:5649).

El citado art. 4º, inc. c), del anexo I del reglamento en cuestión manifiesta: "El sujeto que hubiera soportado en un ejercicio fiscal una carga tributaria y/o arancelaria total superior a la que hubiera correspondido, atendiendo a su calidad de sujeto beneficiario de la estabilidad fiscal, de conformidad con las disposiciones establecidas por la ley 24.196 y sus modificaciones, podrá solicitar la compensación o devolución de las sumas que hubiere abonado de más, en la forma, plazo y condiciones que establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, la que, asimismo, establecerá la forma, plazo y condiciones para el ingreso al Fisco de lo que se hubiere tributado de menos por aplicación de estas normas, pudiendo además determinar los intereses compensatorios que correspondieren en uno u otro caso".

Todo ello indica, como ya aclaró el Tribunal en la sentencia citada en el primer párrafo de este acápite, que la conducta prohibida al Estado por el régimen posee, necesariamente, dos componentes: el incremento de la "carga tributaria total" (art. 8º, ley 24.196) y la negativa a la compensación o devolución de las sumas abonadas de más por la empresa promovida (art. 4º, inc. c, del Anexo I del decreto 2.686/93).

Desde esta óptica, no advierto conflicto alguno entre el régimen de estabilidad minera regulado por la ley 24.196 y el pago de los derechos de exportación aquí discutidos toda vez que, de acreditarse el eventual incremento de la carga tributaria total que este nuevo tributo produce, será de aplicación el mecanismo para compensar o devolver las sumas abonadas de más, en la forma, plazo y condiciones que establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos.

En este orden de pensamiento, considero que resulta irrelevante que se demuestre en este expediente la afectación de carga tributaria total de la beneficiaria del régimen, o que se invoque que la Dirección General de Aduanas tiene conocimiento de esta circunstancia, toda vez que -al amparo de la ley 24.196 y su reglamentación- ninguno de estos argumentos resultan suficientes para que la actora pueda oponerse eficazmente, sin más, al ingreso del tributo.

Por ello, al estar comprendida Procesadora de Boratos Argentinos S.A. en los beneficios de la estabilidad fiscal consagrada en el art. 8º de la ley 24.169, cabe concluir que ella sólo tiene derecho -una vez que justifique y pruebe, en cada caso, con los medios necesarios y suficientes, que efectivamente se ha producido un incremento en su "carga tributaria total" (cfr. art. 8º, inc. 5, de la ley)- a solicitar la compensación o devolución de las sumas que haya abonado en exceso -en la forma como lo establece el art. 4º, inc. c), del anexo I del decreto 2.686/93-, sin que pueda negarse al pago de los derechos de exportación tal como aquí lo pretende.

- V -

Por los fundamentos aquí expuestos, considero que corresponde confirmar la sentencia de fs. 215/219 en cuanto fue materia de apelación extraordinaria.

Buenos Aires, 10 de junio de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de Noviembre de 2013.

Vistos los autos: "Procesadora de Boratos Argentinos SA (TF 28.448-A) c/ DGA".

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación, confirmó las resoluciones 351/10, 352/10 y 353/10 de la Aduana de Jujuy que habían rechazado las impugnaciones efectuadas por Procesadora de Boratos Argentinos SA contra la liquidación de derechos de exportación correspondientes a tres permisos de embarques -que documentaban la exportación de sustancias minerales- a la alicuota del 10% del valor FOB, de acuerdo con lo dispuesto por la resolución 11/2002 del Ministerio de Economía y Producción.

2º) Que, para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal a quo sostuvo que el régimen de inversiones mineras al que se acogió la actora prevé un mecanismo de reclamo particular ante la autoridad de aplicación -la Secretaría de Minería de la Nación- que exige de la beneficiaria cierta documentación que permita dilucidar si efectivamente se incrementó la carga tributaria por aplicación de las disposiciones de la resolución M.E. 11/2002. Sentado lo que antecede, afirmó que en el caso de autos "la accionante no ha probado que la aplicación de las disposiciones de la resolución ministerial afecte en forma negativa su ecuación económica, en la medida que tal examen debe efectuarse considerando la carga tributaria total y las posibles compensaciones de las que pueda ser beneficiaria" (conf. fs. 218 vta.). Al respecto señaló que aquéllo solamente acreditó su inscripción en el Registro de Inversiones Mineras de la ley 24.196 y que se beneficiaba de la estabilidad fiscal desde el año 1996, "mas no ha aportado prueba tendiente a acreditar que la carga tributaria derivada de la aplicación de las disposiciones de la resolución

M.E. 11/2002, no se encuentra compensada mediante las supresiones y/o reducciones de gravámenes y/o aranceles y/o modificaciones normativas tributarias en la jurisdicción nacional que le resultaren favorables" (conf. fs. 218 vta.).

3º) Que contra esa sentencia, Procesadora de Boratos Argentinos SA dedujo el recurso extraordinario que fue concedido con el alcance que surge del auto obrante a fs. 281/281 vta.

La recurrente, en su recurso, sostiene que no resulta de aplicación al caso de autos lo resuelto por esta Corte en las causas M.889.XLV. y M.137.XLVI. "Minera del Altiplano SA c/ Estado Nacional - PEN y otra s/ amparo" –sentencia del 10 de julio de 2012– pues en tales actuaciones se rechazó la pretensión de la exportadora por entender que la vía elegida –la acción de amparo– no resultaba procedente; en tanto que en el sub examine su parte "no ha optado por la restrictiva y excepcional vía de la acción de amparo, sino que ha formulado su pretensión siguiendo la vía procesal administrativa y judicial debidamente regulada en el Código Aduanero (arts. 1053, inc. a y concordantes), vía que contempla un espacio más amplio de fundamentación y prueba" (conf. fs. 233/234).

Por otra parte, aduce que la interpretación restrictiva efectuada por el a quo convalida una pretensión de cobro que viola en forma flagrante los derechos constitucionales de su parte, por contravenir las obligaciones que la ley 24.196 y su reglamentación imponen indudablemente a la Dirección General de Aduanas, máxime si se tiene en cuenta que la propia sentencia admite que la actora se encontraba en pleno goce de la estabilidad fiscal al momento del registro de las operaciones involucradas. Al respecto, pone de relieve que los derechos de exportación entraron en vigencia con posterioridad al otorgamiento del referido beneficio, y alega que se ha demostrado que los derechos de exportación afectan la carga tributaria total.

4º) Que la apelación planteada es formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de pre-

ceptos de carácter federal (ley 24.196 y sus normas reglamentarias) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

5º) Que esta Corte recientemente ha tenido oportunidad de interpretar cuál es el alcance que cabe asignar al beneficio de la estabilidad fiscal consagrado en el art. 8º de la ley 24.196 al decidir la causa "Minera del Altiplano SA c/ Estado Nacional - PEN y otra" (Fallos: 335:1315), a cuyos fundamentos cabe remitir por razones de brevedad. En síntesis, en ese precedente se estableció que ninguna disposición de la ley 24.196 ni de su reglamentación exime derechosamente a los sujetos comprendidos en su régimen del pago de los nuevos gravámenes que se establezcan, o de los incrementos que se dispongan, con posterioridad a la presentación del estudio de factibilidad al que hace referencia el art. 8º del citado ordenamiento legal.

6º) Que si bien es verdad que la interpretación que se efectuó en esa sentencia del beneficio de la estabilidad fiscal, se realizó a los efectos de descartar que las notas 130/07 de la Secretaría de Minería y 288/07 de la Secretaría de Comercio Interior fuesen manifiestamente ilegítimas o arbitrarias — pues de tal modo quedaba demostrada la improcedencia del amparo —, no lo es menos que las razones expresadas para sustentar ese juicio permiten extraer fácilmente la conclusión de que la ley de Inversiones Mineras y su reglamentación no prohíben que se establezcan nuevos gravámenes o que se incrementen los existentes, pues tanto la mencionada ley como su reglamentación aluden a que no se incremente "la carga tributaria total" (art. 8º de la ley 24.196) para lo cual establece un mecanismo de compensación o devolución de las sumas abonadas en más por la empresa promovida (art. 4º, inc. c, del Anexo I del decreto 2686/93) para el supuesto de que se hubiese demostrado que el nuevo gravamen, en el caso, el previsto en la resolución 11/02 del Ministerio de Economía, se traduzca en un incremento de tal carga tributaria.

7º) Que por tal motivo, como lo señaló el Tribunal en el citado precedente "Minera del Altiplano", la conducta vedada al Estado por el régimen de la ley 24.196 y el decreto 2683/93 que la reglamenta tiene, necesariamente, dos componentes: el incremento de la "carga tributaria total" (art. 8º de la ley), y la negativa a la compensación o devolución de las sumas abonadas de más por la empresa promovida (art. 4º, inc. c, del Anexo I del decreto reglamentario).

8º) Que, al ser ello así, cabe concluir -tal como acertadamente lo asevera la señora Procuradora Fiscal en el dictamen obrante a fs. 287/290 vta.- que no se advierte que exista conflicto alguno entre el régimen de estabilidad minera regulado por la ley 24.196 y el pago de los derechos de exportación cuestionados en las presentes actuaciones, puesto que, de acreditarse que de esa manera se produce finalmente un incremento de la carga tributaria total, será de aplicación el mecanismo para compensar o devolver las sumas abonadas de más, en la forma, plazo y condiciones que establezcan las normas pertinentes. Es decir, el argumento en que se funda la actora resulta ineficaz para oponerse al pago de los aludidos derechos de exportación.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso

extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas.  
Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

E. RAÚL ZAFFARONI

JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por **Procesadora de Boratos Argentina S.A.**, representada por el Dr. Julio Alfredo Vieito, con el patrocinio de la Dra. Samanta Madsen Santamarina.

Traslado contestado por la Dirección General de Aduanas, representada por la Dra. Aida Mariana Oliva Fajreldines.

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

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

---

ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACION  
DE BIENES FERROVIARIOS (E.NA.BIE.F.)  
C/ NEUQUEN, PROVINCIA DEL Y OTRA  
S/ COBRO DE PESOS

### *PRESCRIPCION*

Si, no obstante el nomen iuris utilizado en la demanda, el reclamo consiste en el cobro de sumas de dinero por la utilización de un inmueble de propiedad de la actora con fines publicitarios -sin la venia de la autoridad de aplicación- mediante la exhibición de un anuncio en un cartel, se halla en juego la responsa-

bilidad extracontractual del Estado provincial y el plazo para interponer la acción es de dos años en los términos del art. 4037 del Código Civil y al ser el título de la obligación de resarcir la conducta ilícita del presunto responsable, no se agotó en un momento determinado sino que se reiteró día por día ya que la ocupación se prolongó en el tiempo por lo que la obligación de responder se mantenía vigente al momento de la interposición de la demanda.

### **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO**

Lo atinente al uso de espacios de una empresa ferroviaria en las adyacencias de una estación para la exhibición de publicidad en un cartel, debe ser tratado como un uso de espacio de terreno directamente afectado a un servicio público y, por lo tanto, regido por las disposiciones de derecho administrativo, por lo que la ausencia de una relación contractual que hubiera vinculado a las partes no empece a que la cuantificación del resarcimiento se realice sobre la base de las tarifas establecidas y los intereses fijados en las resoluciones específicas dictadas por la autoridad de aplicación a los efectos de regular la exhibición de publicidad en jurisdicción de Ferrocarriles Argentinos (e.l.) y E.NA.BIE.F.

### **FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, *28 de noviembre de 2013.*

Vistos los autos: "Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (E.NA.BIE.F.) c/ Neuquén, Provincia del y otras s/ cobro de pesos", de los que

Resulta:

I) A fs. 18/22 se presenta el Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (E.NA.BIE.F.) e inicia demanda contra "Lotería La Neuquina" y la Provincia del Neuquén por el cobro de la suma de \$ 5.845,98 con más sus intereses, por haber utilizado sin su consentimiento un inmueble de su propiedad para instalar un cartel publicitario de la referida lotería.

Explica que constituye una práctica habitual la colocación estratégica de publicidades en los inmuebles que administra a cambio de un canon mensual, y que se han dictado diversas resoluciones a fin de regular la actividad y fijar las tarifas de acuerdo a su tamaño, naturaleza y ubicación.

Señala que al realizarse un relevamiento por la zona del Neuquén, se detectó la existencia de un anuncio en una estructura de seis por cuatro metros instalada en el inmueble de su propiedad ubicado en la ruta 22, ramal R.60, km. 1207,5, ex Línea General Roca, de la localidad de Plottier, cuyo anunciante era "Lotería La Neuquina", y que de acuerdo con sus registros no estaba abonando el arancel correspondiente.

Frente a tal situación -continúa- se inició el respectivo expediente administrativo, en cuyo marco se intimó al anunciante a fin de que remita copia certificada del contrato en virtud del cual se realizaba la referida exhibición de publicidad, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales pertinentes. Destaca que ese requerimiento no fue contestado.

Sostiene que la demandada no puede desconocer el carácter oneroso de los contratos de publicidad y que el cartel sólo a ella le fue útil. Afirma que al 30 de noviembre de 1998 la deuda ascendía a \$ 5.845,98, importe al que solicita que se le adicionen los cánones e intereses que se devenguen hasta que se retire el cartel y se haga efectivo el pago.

Ofrece prueba y solicita que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 67/68 se presenta el Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONABE) y denuncia que mediante el decreto 443/00 del 1º de junio de 2000 se disolvió el Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (E.NA.BIE.F.), y se dispuso su creación como órgano descentrado en el ámbito del Ministerio de Infraestructura y Vivienda, con las mismas misiones y funciones que le correspondían a la entidad disuelta en los términos del decreto 1383/96. A fs. 69 se lo tuvo por parte en las presentes actuaciones en sustitución del E.NA.BIE.F.

III) A fs. 79/81 la Provincia del Neuquén contesta la demanda y, bajo la forma de una excepción de falta de personalidad, cuestiona la legitimación pasiva de la codemandada "Lotería

La Neuquina", pues sostiene que sólo se trata de la denominación de un producto y que la Dirección de Lotería y Quiniela que existe en el ámbito provincial no constituye una entidad autárquica como para ser llevada a juicio.

También opone como defensa de fondo la excepción de prescripción en relación al crédito reclamado, por considerar de aplicación al caso las disposiciones del artículo 4037 del Código Civil, en tanto se invoca un daño extracontractual, o bien el plazo anual contemplado en el artículo 4038 para la obligación de responder al turbado o despojado de la posesión, sobre su manutención o reintegro.

En subsidio, niega los hechos y el derecho alegados por el actor, sostiene que al no haberse celebrado contrato alguno con la demandante le resultaría inoponible cualquier norma o reglamento jurídico que establezca tarifas o cánones por publicidad en áreas ferroviarias, ofrece prueba y pide que se haga lugar a las excepciones opuestas.

IV) A fs. 83/86, la actora contesta el traslado de las excepciones y endereza la demanda únicamente contra la Provincia del Neuquén.

A su vez, aduce que es aplicable el plazo de prescripción decenal del artículo 4023 del Código Civil, por no existir ninguna disposición expresa que establezca uno menor para el resarcimiento por ocupación o utilización con fines publicitarios de un inmueble ajeno.

Agrega que existen otras causas que obstan al planteo de prescripción formulado, y en tal sentido afirma que las acciones derivadas de un inmueble del dominio público son imprescriptibles, y que la circunstancia de haberse continuado en la ilegítima instalación y ocupación del predio con el cartel publicitario impide el planteo de la excepción.

Supletoriamente invoca la suspensión del plazo de prescripción por un año en los términos del artículo 3986 del

Código Civil, en virtud de la constitución en mora de la deudora mediante la carta documento que oportunamente le fue enviada.

V) A fs. 102 el Tribunal hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia del Neuquén en relación a Lotería La Neuquina.

VI) A fs. 113 se abre la causa a prueba y, clausurado que fue el periodo correspondiente, a fs. 429 se llaman autos para sentencia.

Considerando:

1º) 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).

2º) Que no resulta ocioso recordar liminarmente que los expedientes administrativos tienen valor de prueba por sí mismos (Fallos: 259:398; 263:425; 268:475), doctrina que es aplicable a las actuaciones de entidades descentralizadas y empresas estatales (Fallos: 262:130; 264:120; 271:96; 275:436). Si bien ese valor de prueba no impide su impugnación por la parte oponente, para ello no bastan las meras impugnaciones genéricas (Fallos: 281:173).

3º) Que, con sustento en lo expuesto en el considerando anterior, cabe asignarle eficacia probatoria a las constancias que surgen del expediente administrativo E.NA.BIE.F. 4081/98 obrante en copias certificadas a fs. 184/229, del que se desprende que el inmueble ubicado en ruta 22, ramal R.60, km. 1207,5, ex Línea General Roca, de la localidad de Plottier, Provincia del Neuquén, le pertenece al Estado Nacional en virtud de lo dispuesto en la Ley de Provincialización 14.408 y su aclaratoria 17.830 (fs. 214); que en el mes de noviembre de 1996 se detectó la existencia de un cartel publicitario de seis por cuatro metros instalado en ese terreno sin la autorización respectiva, cuyo anunciantre era "Lotería La Neuquina", por el cual no se abonaba el arancel correspondiente (fs. 196/197 y 313/314), y

que al mes de noviembre de 1998 la publicidad aún no había sido retirada (fs. 208).

4º) Que este Tribunal ha decidido en reiterados precedentes que la prescripción liberatoria no puede separarse de la causa de la obligación jurídicamente demandable (Fallos: 308:1101; 320:2289; 323:3351, entre otros). En el sub lite, no obstante el *nomen iuris* utilizado en la demanda, la real sustancia del reclamo consiste en el cobro de sumas de dinero por la utilización de un inmueble de propiedad de la actora con fines publicitarios, sin la pertinente venia de la autoridad de aplicación, mediante la exhibición de un anuncio de "Lotería La Neuquina" en un cartel allí instalado. Se halla en juego la responsabilidad extracontractual del Estado provincial y el plazo para interponer la acción es de dos años en los términos del artículo 4037 del Código Civil (Fallos: 320:1352, y sus citas).

5º) Que sobre la base de los antecedentes expuestos, la excepción de prescripción opuesta por la Provincia del Neuquén no puede prosperar.

En efecto, el título de la obligación de resarcir es la conducta ilícita del presunto responsable, la cual, en esta causa, no se agotó en un momento determinado sino que se reiteró día por día toda vez que la situación de ocupación se prolongó en el tiempo. No es aplicable el criterio seguido en Fallos: 307:771 y en otros precedentes similares, en que los daños que se reclamaron se derivaban de una conducta única (la construcción de ciertas obras públicas). En el sub judice la causa generadora de la responsabilidad es una conducta ilícita de la Provincia del Neuquén repetida en el tiempo, esto es, la exhibición de publicidad en un cartel ubicado en un inmueble de propiedad de la actora, a pesar de la obligación de retirarlo por no haber sido autorizada su instalación (conf. Fallos: 320:1352).

En consecuencia, toda vez que existió continuidad en la conducta ilícita al menos hasta la fecha indicada en el considerando 3º precedente (noviembre de 1998), debe concluirse que

la obligación de responder se mantenía vigente al momento de la interposición de la demanda (4 de noviembre de 1999, fs. 18/22).

6º) Que en relación al fondo del asunto, la demandada ha intentado demostrar que la publicidad en la vía pública fue realizada a través de contratos celebrados con empresas comerciales dedicadas a esa actividad, y que en ningún caso procedió a instalar publicidad de esa naturaleza por sus propios dependientes.

En lo que concierne al anuncio que origina el reclamo efectuado en autos, la Dirección de Lotería y Quiniela Provincial invocó específicamente el contrato de publicidad suscripto el 10 de agosto de 1994 con Pintegralco S.R.L., en cuya cláusula séptima la empresa se habría hecho responsable de cualquier daño o perjuicio a terceros o a sus bienes que pudieran causar las pantallas emplazadas (ver fs. 378).

Sin embargo, la prueba producida por la propia Provincia del Neuquén invalida la defensa esgrimida, dado que del informe de fs. 388/412 se desprende que de los permisos de uso de terrenos que a esos fines le fueron otorgados a aquella firma por la ex-empresa estatal Ferrocarriles Argentinos, ninguno se refiere al inmueble objeto del litigio (ver fs. 388/412).

7º) Que, por lo demás, es dable destacar que lo atinente al uso de espacios de una empresa ferroviaria en las adyacencias de una estación, debe ser tratado como un uso de espacio de terreno directamente afectado a un servicio público y, por lo tanto, regido por las disposiciones de derecho administrativo (conf. artículo 1502 del Código Civil y doctrina de Fallos: 271:229).

En tales condiciones, la ausencia de una relación contractual que hubiera vinculado a las partes, no empece a que la cuantificación del resarcimiento se realice sobre la base de las tarifas establecidas y los intereses fijados en las resoluciones específicas dictadas por la autoridad de aplicación a los

efectos de regular la exhibición de publicidad en jurisdicción de Ferrocarriles Argentinos (e.l.) y E.NA.BIE.F.

No obstante lo expuesto, en tanto con la inspección ocular de la que dan cuenta las constancias de fs. 343/345 ha quedado demostrado que el cartel publicitario en cuestión fue retirado y, por el contrario, la actora no ha logrado acreditar hasta qué momento permaneció instalado, la pretensión no puede prosperar más allá del canon que hubiera correspondido pagar hasta noviembre de 1998 de acuerdo con lo que surge de la actuación obrante a fs. 208, con más los intereses que deberán calcularse a partir del día 30 de ese mes (ver liquidación de fs. 209/210).

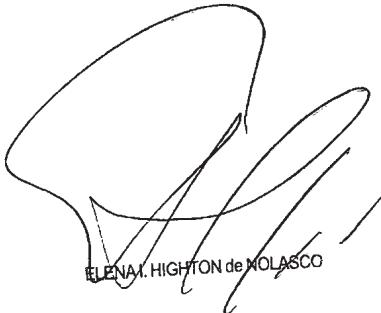
8º) Que en mérito a que la entidad autárquica promotora de esta acción fue disuelta mediante el decreto 443/00, que creó el Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONABE), órgano desconcentrado que actualmente se encuentra en la órbita del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios, el cual asumió las mismas funciones del E.NA.BIE.F. establecidas por el decreto 1383/96, y de la Dirección Nacional de Bienes del Estado contempladas en el decreto 1450/96, corresponde subsumir el caso en las previsiones contenidas en los artículos 1º y 9º del decreto 1204/2001 y, consecuentemente, distribuir las costas del proceso en el orden causado.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la demanda y condenar a la Provincia del Neuquén a abonar a la actora, dentro del plazo de treinta días la suma de \$ 5.845,98, más sus intereses, los

-//-

-//--que deberán ser calculados de acuerdo a las pautas fijadas en el considerando 7º. Con costas por su orden (artículos 1º y 9º del decreto 1204/01). Notifíquese, remítase copia de esta de-

cisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.



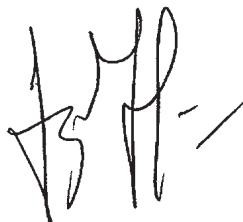
ELENA M. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

Nombre de la actora: Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (E.NA.BIE.F) - Organismo Nacional de Administración de Bienes - Dres. Guillermo A. M. Colla, Pedro A. Leitner, José R. Chimiski, Pablo Emilio Campi, Martín E. Cejas y Fernando María Lezama

Nombre de los demandados: Provincia del Neuquén - Dres. Edgardo O. Scotti y Raúl Gaitán.

---

2230

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA  
336

## DICIEMBRE

AGROPECUARIA MAR S.A. C/ SAN JUAN, PROVINCIA DE  
Y OTRO (ESTADO NACIONAL)  
S/ ORDINARIO

### *PROMOCION INDUSTRIAL*

Cabe declarar la incompetencia originaria de la Corte para entender en la demanda interpuesta por la actora a fin de obtener que se respeten sus derechos patrimoniales derivados del régimen de promoción industrial establecido por las leyes nacionales 22.021 y 22.973, pues la provincia ha prorrogado dicha competencia a favor de la justicia federal y no se advierte la concurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud que hagan impostergable la intervención del Tribunal, sin que obste a ello la circunstancia de que el derecho invocado se encuentre fundado en leyes federales, puesto que cabe admitir la posibilidad de que también en este tipo de controversias tenga eficacia la voluntad de la provincia de litigar por ante los jueces nacionales de primera instancia en un caso que, en principio, podría corresponder a la competencia originaria de la Corte.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Agropecuaria Mar S.A. promovió demanda ante el Juzgado Federal de San Juan, contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo-Ministerio de Economía-Secretaría de Ingresos Públicos) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a fin de obtener que se respeten sus derechos patrimoniales derivados del régimen de promoción industrial establecido en las leyes nacionales 22.021 y 22.973, que le fueron reconocidos específicamente mediante los decretos 475/03 del Ministerio de Economía y

1747/06 del Ministerio de Producción y Desarrollo, ambos de la Provincia de San Juan.

Adujo que el Estado Nacional ha violado sus derechos constitucionales de propiedad e igualdad al no incluirla en los anexos de los decretos de necesidad y urgencia 135/06 y 1798/07, modificatorio del anterior, lo cual —según dice— resulta arbitrario, en tanto decidió no convalidar las reasignaciones de costos fiscales y las reformulaciones de proyectos no industriales ya otorgados mediante los decretos provinciales 475/03 y 1747/06 por la autoridad de aplicación del régimen en cuestión.

Asimismo, dirigió su pretensión contra la AFIP, en razón de que pretende que se le paguen los aportes irrevocables de capital que efectuaron las inversoras “R.U.A. Remolcadores Unidos Argentinos Sociedad Anónima, Marítima y Comercial” y “Naviera del Sur S.A.”, captados por ella mediante el uso de los certificados para diferir emitidos conforme al decreto nacional 1232/96 y la resolución general 4346 de la Dirección General Impositiva.

En virtud de lo expuesto, solicitó una medida cautelar innovativa por la que se ordene a la AFIP a que se abstenga de tomar medidas o efectuar reclamos administrativos o judiciales sobre los aportes irrevocables de capital ya efectuados por dichas inversoras, así como de todo otro impuesto diferido en el marco de los decretos promocionales provinciales.

Peticionó, también, que se cite como tercero a juicio a la **Provincia de San Juan**, en los términos del art. 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su carácter de autoridad de aplicación del régimen instaurado por la ley nacional 22.021, al considerar que la controversia le es común, ya que fue quien le otorgó los beneficios promocionales y aprobó su proyecto.

A fs. 35, el Juez Federal ordenó la citación de la Provincia, en los

términos del art. 94 del CPCCN.

A fs. 44/46, la actora amplió la demanda y solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 9º del decreto nacional 135/06.

A fs. 63/64, la Provincia de San Juan se presentó y peticionó el rechazo de su citación, sosteniendo que ya había extendido las certificaciones y emitido los actos administrativos pertinentes como autoridad de aplicación del régimen promocional, actuando por delegación del Estado Nacional, titular de los derechos tributarios en cuestión.

A fs. 75/79, la AFIP opuso las excepciones de falta de legitimación pasiva y de falta de agotamiento de la vía administrativa.

A fs. 90/107, el Estado Nacional – Ministerio de Economía, articuló las excepciones de incompetencia y también de falta de agotamiento de la vía administrativa.

A fs. 135/139, el Juez Federal hizo lugar a la excepción de incompetencia, a la que se allanó la actora, y remitió las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por entender que corresponde a su competencia originaria, al haber sido citada a juicio la Provincia de San Juan, en una causa de naturaleza federal.

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

-II-

Uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte si es parte una provincia, según el art. 117 de la Constitución Nacional, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279).

En cuanto al primero de los requisitos enunciados, creo que se encuentra cumplido en autos, puesto que la citación que efectuó la actora como tercero a juicio de la Provincia de San Juan, en los términos del art. 90 del CPCCN, y que dispuso el juez federal a fs. 35 en los términos del art. 94 de dicho cuerpo legal, resulta procedente.

En efecto, a mi modo de ver, concurre una de las circunstancias que habilitan la intervención como tercero en el juicio de la provincia, pues existe una comunidad de controversia entre éste y las partes originarias —actora y demandados—, obviamente en relación a la causa, es decir, en cuanto a la aplicación del régimen de promoción industrial establecido por las leyes nacionales 22.021 y 22.973, sus modificatorias y las normas dictadas en su consecuencia, en tanto es la provincia en su carácter de autoridad de aplicación quien reconoció el derecho sobre el que la actora pretende tutela de acceder al sistema de beneficios tributarios allí dispuesto mediante el dictado de los decretos 475-ME-03 y 1747-MpyDE-06.

Es por ello que considero que la Provincia de San Juan es parte nominal y sustancial en el pleito, de acuerdo con la doctrina del Tribunal (Fallos: 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, entre muchos otros), toda vez que —según entiendo— tiene un interés directo en la causa de carácter económico y social que se contrapone al interés nacional del Estado Nacional y del ente recaudador, y, por ende, la sentencia que se dicte le ha de resultar obligatoria (conf. causa P.1045 XLIII, Originario, “Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional – Provincia de Buenos Aires citada como tercero s/ acción meramente declarativa – incidente de medida cautelar”, dictamen del 21 de mayo de 2008 y sentencia del 10 de agosto de 2010).

Así lo pienso, pues de lo que aquí se resuelva dependerá la eficacia y validez de los actos locales, que han sido reputados sin efectos

fiscales (ante la hipotética infracción de normas nacionales) por el Estado Nacional por medio de los decretos 135/06 y 1798/07 y por la AFIP.

Con respecto al segundo de los recaudos indicados, entiendo que también concurre en autos, ya que el derecho que pretende hacer valer la actora se encuentra especialmente regido por normas de naturaleza federal, como lo son las leyes nacionales 22.021 y 22.973 y los decretos del PEN 135/06 y 1798/07, que integran el régimen nacional de promoción industrial en relación a impuestos federales.

En tales condiciones y dado que la materia del pleito reviste un manifiesto carácter federal, opino que el proceso corresponde a la competencia originaria del Tribunal tal como lo manifesté en la causa “*Forestadora*”, sustancialmente análoga al *sub lite*, dictamen del 28 de diciembre de 2007, al que V.E. prestó conformidad en su sentencia del 22 de diciembre de 2008, publicada en *Fallos*: 331:2878.

Asimismo, es dable advertir que en el *sub examine* no se presenta el supuesto de la causa “*Mendoza*”, publicada en *Fallos*: 329:2316, v. cons. 11 a 16, toda vez que ésta sólo se refiere a los casos en que la provincia no resulte aforada en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte, a diferencia de lo que —a mi entender— sí sucede en autos.

Así lo pienso, en tanto se configura un supuesto en el que se debate una cuestión de naturaleza federal la cual reviste carácter absoluto, es decir, que no puede ser prorrogada por la provincia en favor de los tribunales federales de baja instancia (confr. *Fallos*: *in re* “*Flores*” 315:2157), y en el que además la provincia concurre con el Estado Nacional, que ha sido demandado en el litigio, y que, de esta forma, también encuentra satisfecho su privilegio (conf. art. 116 de la Constitución Nacional).

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.  
LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

Que la descripción de los hechos en que se funda la demanda, así como su objeto y el estado en que se encuentra el proceso, han sido debidamente reseñados en el apartado I del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

Que, en sentido contrario a lo postulado por la Procuradora, especialmente en el párrafo final de su dictamen, la declaración de incompetencia resuelta por el juez federal debe ser revocada.

Que la provincia de San Juan ha prorrogado la competencia originaria a favor del juzgado federal de primera instancia al hacer su presentación como tercero y no ejercer el privilegio que le otorga el artículo 117 de la Constitución Nacional (fs. 63/64). Más aún, ha revelado de manera expresa su voluntad de acudir a la competencia apelada del Tribunal, en los términos del artículo 14 de la ley 48, en la eventualidad de un fallo adverso a sus intereses (fs. 64, apartado V). En línea con este comportamiento procesal, la provincia de San Juan no fue quien posteriormente planteó la incompetencia del juzgado federal, ni tampoco intervino en el incidente respectivo iniciado por el Estado Nacional (fs. 90 a 139 vta.).

Que, por lo demás, no se advierte la concurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud que hagan impostergable la intervención de esta Corte, motivo por el cual tampoco es preciso seguir una interpretación restrictiva del artículo 117 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, la causa debe seguir tramitando por ante el juzgado de origen al no haber hecho uso el Estado local de la prerrogativa que ostentan las provincias por mandato constitucional.

(arg. Fallos: 331:793, considerando 7º).

Que no obsta a la conclusión precedente, la circunstancia de que el derecho invocado en la demanda se encuentre fundado en leyes federales, puesto que corresponde admitir la posibilidad de que también en este tipo de controversias tenga eficacia la voluntad de la provincia de litigar por ante los jueces nacionales de primera instancia en un caso que, en principio, podría corresponder a la competencia originaria de la Corte. En efecto, al no presentarse, según se dijo, las razones institucionales o federales que sí fueron afirmadas, por ejemplo, en el pronunciamiento de Fallos: 333:1386 (considerando 5º, que cita a su vez los de Fallos: 315:2157 y 331:793), la solución antedicha se impone.

Que tampoco resulta impedimento la referencia contenida en el dictamen de la señora Procuradora al precedente de Fallos: 331:2878, puesto que en ese caso no había mediado prórroga de la competencia originaria y, por ende, la sentencia tampoco se expide sobre el punto.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:

Declarar la incompetencia originaria en este juicio. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General y, oportunamente remítanse las actuaciones al tribunal de origen.



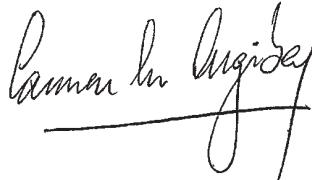
ELENA I. MIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

---

AQUINO, AMIN VICTOR Y OTRO  
S/ EXTRADICIÓN

*EXTRADICION*

Corresponde confirmar la sentencia que declaró procedente la extradición a la República del Paraguay si el temor esgrimido por la parte recurrente solo aparece derivado de una situación general que no presenta un riesgo “cierto” y “actual” de sometimiento a condiciones inhumanas de detención que obsten a su extradición si se tiene en cuenta que, en respuesta a lo requerido por el juez de la causa, el país requirente hizo llegar una comunicación que daba cuenta de que se hallaban garantizadas las condiciones básicas requeridas teniendo en cuenta los estándares internacionales en relación a la higiene, aseo, defensa y familia, en el marco de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas.

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El defensor de Amín Víctor A interpuso recurso ordinario de apelación contra la sentencia del juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 12, que declaró procedente su extradición a la República del Paraguay por los delitos de privación de libertad, secuestro, extorsión, extorsión agravada y asociación criminal (artículos 124, 126, 185, 186 y 239, respectivamente, del Código Penal paraguayo).

-II-

En el recurso la defensa cuestionó la validez de la decisión apelada, alegando que el juez habría omitido expedirse sobre cuestiones introducidas por esa parte y que eran pertinentes para la solución del caso. Puntualizó que el *a quo* había rechazado *in limine*, en forma apresurada y con motivos insuficientes, el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 12 de la ley 24.767 y 1º de la ley 25.302. Subsidiariamente, renovó sus objeciones constitucionales contra las normas mencionadas, a las que consideró violatorias de los principios de igualdad y debido proceso judicial.

El segundo aspecto de la impugnación se refiere al menoscabo de las prescripciones de los artículos 8, inciso (e), de la ley 24.767; 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3.1 y 3.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, puesto que las condiciones del establecimiento carcelario en el que sería alojado Amín Víctor A en la República del Paraguay —que el apelante considera debidamente probadas en el juicio con la incorporación de documentos de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Comité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes— lo

expondrían al riesgo cierto de ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, en caso de ser extraditado.

—III—

Según lo aprecio, el juez dio tratamiento a la cuestión de constitucionalidad introducida por la defensa y lo hizo previa audiencia de las partes durante el juicio. Razonó que el Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36 de la ley 24.767, era quien podía admitir o rechazar la opción que eventualmente ejerciera el nacional y, bajo el entendimiento de que la declaración pretendida era una medida de *ultima ratio*, estimó que el planteo no lograba demostrar el modo en que estarían comprometidos los derechos invocados. El agravio del recurrente, entonces, sugiere más bien la disconformidad de la defensa con la solución escogida, circunstancia que en modo alguno justifica la nulidad del pronunciamiento.

En cuanto a la renovación del cuestionamiento constitucional, resulta de aplicación, *mutatis mutandis*, la solución propuesta en el dictamen del 28 de diciembre de 2012 respecto de un planteo análogo en la causa A.642, L. XLVIII, “Aquino, Víctor s/ Extradición”.

En tal sentido, creo oportuno recordar que la extradición de nacionales entre la República Argentina y la República del Paraguay se rige por el artículo 4º del tratado aprobado por la ley 25.302 el cual, en lo que aquí interesa, establece: “Cuando el reclamado fuere nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo a su propia ley” (inciso 1º).

La disposición, entonces, remite al artículo 12 de la ley 24.767, según el cual el *extraditarius* nacional puede optar por ser juzgado en el país, siempre que el Estado argentino no hubiese asumido una obligación contraria en el tratado respectivo (párrafo 1º). Pero si esa posibilidad está abierta, como en el supuesto de la ley 25.302, “el Poder Ejecutivo, en la oportunidad prevista en el artículo 36, resolverá si hace lugar o no a la opción” (4º párrafo).

Este marco normativo ha merecido el examen de V.E. en el precedente “Carro Córdoba” (Fallos: 330:1961), invocado por el *a quo* como sustento de su decisión y cuya doctrina no ha sido cuestionada en el recurso. Allí se sostuvo que “[s]i un tratado faculta la extradición de nacionales, como ocurre en autos, el Poder Ejecutivo debe resolver, en la oportunidad prevista en el art. 36 de la ley 24.767, si hace lugar o no a la opción” (considerando 8º del voto de la mayoría). Por su parte, el Procurador Fiscal, cuya postura fue tomada en el voto concurrente de la doctora Argibay, destacó que “[l]a opción del requerido a ser juzgado por los tribunales argentinos por su condición de nacional, consagrada genéricamente en el artículo 12 de la Ley de Cooperación en Materia Penal, no es aplicable sin más si existe un tratado bilateral que coloca en cabeza del Estado Parte la potestad de hacer lugar o no a la extradición, y por lo tanto en esos casos deviene operativo el párrafo 4º del artículo 12 de la ley 24.767 y no el párrafo 1º”.

Por otra parte, no existe óbice constitucional para que un tratado de extradición obligue al Estado argentino a extraditar nacionales y que no confiera, por consiguiente, ninguna clase de opción al *extraditurus* nacional (Fallos: 324:3484).

Estos precedentes respaldan la doctrina según la cual no es constitucionalmente objetable que los tratados de extradición o la legislación interna regulen de forma disímil la opción por parte de los imputados nacionales a ser juzgados en su propio territorio.

Tal como lo sostuvo la Señora Procuradora General de la Nación al dictaminar en la causa A.642, L. XLVIII, “Aquino, Víctor s/ Extradición”, ya citada, el mero hecho de que la ley le confiera al Poder Ejecutivo la atribución de resolver si hace lugar a la opción de juzgamiento en el país es insuficiente para dar base a un planteo de inconstitucionalidad en relación con el principio de igualdad. En efecto, el artículo 12 de la ley nº 24.767 no efectúa discriminaciones de ningún tipo, sino que faculta al Poder Ejecutivo para que

convalide o, en su caso, rechace la preferencia del individuo requerido. El tratamiento desigual y arbitrario, entonces, no podría predicarse de la norma que confiere esa facultad sino, a lo sumo, del acto administrativo que hace uso de ella.

En ausencia de un argumento dirigido a mostrar la existencia de una discriminación en esos términos, entiendo adecuada la decisión del *a quo* de rechazar *in limine* el planteo.

—IV—

El segundo de los agravios esgrimidos en el recurso también debe ser rechazado. El apelante considera probado, con base en el informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en relación con la misión a la República del Paraguay del 1º de octubre de 2007, el examen del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 2011 y los informes sobre la visita a la República del Paraguay y su seguimiento, realizados por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (del 7 de junio de 2010 y 30 de mayo de 2011 respectivamente), que existe un riesgo cierto de que Amín Víctor A \_\_\_\_\_ sea sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes en el caso de ser extraditado a ese Estado y alojado en la penitenciaría nacional de Tacumbú, de la ciudad de Asunción.

Sin perjuicio de que esta remisión genérica a aquellos documentos no va acompañada de una conexión entre su contenido y el riesgo pronosticado —con la salvedad de la invocación del desfasaje entre la población carcelaria y el número de personas para el cual fue diseñada la penitenciaría de Tacumbú y por la sola mención de que la calidad de extranjero de A \_\_\_\_\_ podría acarrear consecuencias mortales—, lo que debe discutirse es si existe, en función del temor alegado por el apelante y la consideración de todas las circunstancias relevantes, un riesgo real y personal en el sentido apuntado.

El Estado argentino se ha comprometido constitucional e

internacionalmente a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de la integridad personal, a evitar que toda persona sujeta a su jurisdicción sea sometida a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a asegurar que los individuos privados de la libertad sean tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (artículos 1, 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, contiene la prohibición específica de expulsar, devolver o extraditar a una persona cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, para lo cual deberán tenerse en cuenta todas las condiciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos (artículo 3, apartados 1 y 2).

El principio de no devolución o *non refoulement* —al que refiere esa cláusula de la Convención contra la Tortura— forma parte del derecho internacional consuetudinario y se refiere tanto al contexto de refugiados como al de derechos humanos. En este último ámbito, las prácticas de tribunales universales y regionales de derechos humanos y la *opinio juris* coinciden en considerarlo un componente fundamental de la prohibición consuetudinaria de la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De allí que si esta última prohibición no realiza distinciones, en cuanto a su carácter absoluto, entre la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tampoco lo hará el compromiso de no devolver a una persona cuando esté expuesta a un riesgo real de ser sometido a alguno de aquellos actos (cf. Sir Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem, “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, *Protección de Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, editado por Erika Feller, Volker Turk y Frances Nicholson, Icaria Editorial, UNHCR-ACNUR, Barcelona, 2010, págs.

97-201).

Esto significa que el Estado argentino no puede desentenderse de las consecuencias del acto de autoridad nacional que concede una extradición y entrega a una persona para ser juzgada o cumplir una condena en extraña jurisdicción, lo que se refleja en artículo 8, inciso (e) de la ley 24.767 (Fallos: 327:3268).

Sin embargo, no basta la mera invocación de prácticas equiparables a la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes por parte de las autoridades del país extranjero para sostener la imposibilidad de efectuar la entrega de una persona. Por el contrario, debe tenerse en cuenta si existen en la causa elementos específicos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación de la justicia del país requirente en el caso particular de la persona requerida (cf. Fallos: 324:3484; 331: 2249; en el mismo sentido se ha expedido este Ministerio Público Fiscal en la causa M. 263, L. XLVIII, “Mercado Muñoz, Iris s/extradición”, dictamen del 28 de septiembre de 2012).

Ahora bien, según se manifiesta el principio de *non refoulement* en la práctica internacional, el umbral de peligro exigido puede describirse como las “[c]ircunstancias en que pueden demostrarse razones fundadas para creer que la persona enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura o tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes” (Lauterpacht y Bethlehem, op. cit., pág. 180). Por ejemplo, en respuesta al interrogante de si la extradición de una persona puede generar una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que únicamente se suscita una prohibición de extraditar o deportar cuando hubieran sido demostrados fundamentos sustanciales para creer que la persona requerida enfrenta un “riesgo real” de ser sometido en el tercer Estado a un tratamiento que violaría el artículo 3. Ese estándar, entre otras cosas, demanda evaluar “las consecuencias previsibles de enviar al peticionante al país de destino, teniendo en cuenta la situación general y sus circunstancias personales” (cf. “Bajtsultanov

v. Austria”, sentencia del 12 de junio de 2012, párrafos 61 y 62; “Makhmudzhan Ergashev v. Rusia”, sentencia del 16 de octubre de 2012, párrafos 65 y 66; y “Soldatenko v. Ucrania”, sentencia del 23 de octubre de 2008, párrafos 66 y 67).

El Comité contra la Tortura, en su observación general nº 1, aprobada en su 19º período de sesiones, sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ha desarrollado una serie de criterios para el escrutinio de la existencia de aquel peligro. Entre otras cuestiones, ha establecido que el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha, aunque no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable (punto nº 6); y que: “El autor debe probar que se encuentra en peligro de ser sometido a tortura, que la existencia de ese peligro es fundada, de la manera en que el Comité ha señalado, y que el peligro es personal y presente. Cualquiera de las partes puede presentar toda la información pertinente para que se tenga en cuenta a ese respecto” (punto nº 7). En el siguiente punto, realizó un elenco no exhaustivo de la información que considera relevante, del cual pueden inferirse circunstancias que el Comité estima de crédito para determinar si existe una base razonable del pronóstico de un riesgo real. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: si hay pruebas sobre la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en el Estado de que se trate; si el requerido ha sido torturado o maltratado en el pasado por un funcionario público, o con su consentimiento o aquiescencia; y si ha cambiado la situación interna con respecto a los Derechos Humanos (cf. A/53/44, Capítulo V y Anexo IX).

Ciertamente, los documentos incorporados a la causa de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/HRC/7/3/Add.3, cf. fs. 267/288) y del Comité contra la Tortura (CAT/OP/PRY/1, CAT/OP/PRY/2 y CAT/C/PRY/CO/4-6, cf. fs. 327/332, 288/317 y 318/326 respectivamente) deben ser tenidos en cuenta seriamente a la hora de establecer si existen

aquellos fundamentos sustanciales para inferir la existencia de un riesgo real de maltrato (cf., en lo pertinente, Fallos: 329:1245).

El primero de ellos instrumenta el reporte del Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ante el Consejo de Derechos Humanos, concerniente a la misión al Paraguay realizada entre el 22 y 29 de noviembre de 2006 para evaluar los aspectos jurídicos y fácticos de la situación de tortura y los malos tratos y de las condiciones de detención en ese Estado. En su punto V se hace referencia a cinco penitenciarías, entre ellas, la de Tacumbú y se destaca que el hacinamiento es un fenómeno estructural, que la corrupción del personal policial y penitenciario es endémica y se describe un cuadro de suministro inadecuado de alimentos y ropa, así como una defectuosa atención de la salud.

Dos de los documentos del Comité contra la Tortura se refieren a los informes del Subcomité para su prevención, acerca de las visitas realizadas a la República del Paraguay en el marco de los artículos 1, 11 y 13, párrafo 4º del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, que comprendieron a dos penitenciarías, entre ellas, la de Tacumbú. El Subcomité hizo referencia a los mismos problemas estructurales y en lo que se refiere específicamente a dicha prisión, destacó el hacinamiento, la consecuente insuficiencia de guardias frente a la población penitenciaria, la corrupción, el estado de las celdas de aislamiento y de otras instalaciones —aunque destacó los avances realizados en esta materia—, así como las deficiencias de la atención sanitaria. Durante el seguimiento, volvió a visitarse ese establecimiento y si bien se destacaron las mejoras de la estructura edilicia, el traslado de personas privadas de la libertad a otras prisiones, la demolición y construcción de nuevas celdas de aislamiento, se estimó que el fenómeno estructural de hacinamiento y el problema de la corrupción policial no habían sido revertidos, por lo cual estimó atinado el anuncio de las autoridades paraguayas, difundido por medios de comunicación, acerca de la futura clausura de Tacumbú.

Por último, en el reporte del Comité contra la Tortura del 14 de diciembre de 2011, en relación con tres informes periódicos de la República del Paraguay, se destacaron los avances realizados por el Estado en relación con la observancia de la Convención y su Protocolo, aunque se consideraron vigentes y preocupantes los problemas estructurales en cuanto a las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en centros penitenciarios. En relación con Tacumbú, se destacaron deficiencias en la atención de la salud.

Según lo que se desprende de la página *web* correspondiente (<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cat>), las actividades informadas en los reportes incorporados a la causa habrían sido las últimas realizadas *in situ* por aquellos organismos y el Comité contra la Tortura no habría publicado observaciones posteriores a las antes sintetizadas, sobre informes periódicos presentados por la República del Paraguay. Sí existe una versión avanzada no editada de las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP en relación con el tercer informe periódico de Paraguay (107º período de sesiones, del 11 al 28 de marzo de 2013). Allí se destaca, entre otras cuestiones, la adopción de la ley 4288/2011 del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes así como su implementación, la elaboración de indicadores de derechos humanos para monitorear la evolución de la situación de los derechos y los avances y resultados de las políticas públicas en la materia. Sin embargo, dentro de los motivos de preocupación y las recomendaciones se alude a la necesidad de mejorar las condiciones de las cárceles y los centros de detención, de acuerdo con lo dispuesto en el Pacto y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, de considerar sustitutos de la pena privativa de la libertad y de reducir el número de personas detenidas preventivamente.

Ahora bien, en orden a lo que se desprendía de los documentos incorporados a la causa, el juez *a quo* le solicitó al Estado requirente garantías

respecto del trato que recibiría A en caso de ser extraditado, ante lo cual y tras el señalamiento del magistrado paraguayo sobre el lugar en que el nombrado sería alojado, se remitió la nota elevada por el Ministerio de Justicia y Trabajo de ese país, mediante la cual se informó que se halla asegurada “[...]a disponibilidad de las plazas consultadas en relación a los extraditables y que se encuentran garantizadas las condiciones básicas de detención requeridas en los estándares internacionales en el marco de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, tanto en el Buen Pastor como en la Penitenciataría Nacional de Tacumbú” (fs. 395 y siguientes).

Si bien en la evaluación de la configuración de una sospecha razonable sobre el eventual sometimiento del *extraditurus* a tratos inhumanos o degradantes, la existencia de garantías diplomáticas o de informes del Estado requirente acerca de las condiciones de detención a las que será sometido pueden aliviar o contrarrestar el riesgo que puede pronosticarse sobre la base de la descripción genérica de la situación carcelaria a la que se refieren los informes de los organismos internacionales (cf., en este sentido, TEDH *in re* “Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom”, sentencia del 10 de abril de 2012, parágrafo 173), tales aseguramientos no pueden ser utilizados para esquivar elípticamente la responsabilidad del Estado requerido de *non refoulement* (cf. las precauciones expuestas por los relatores especiales sobre tortura, especialmente frente a los desafíos que plantea la investigación de casos de terrorismo, en A/59/324, del 1º de septiembre de 2004, y en A/HRC/13/39/Add. 5, del 3 de febrero de 2010).

Por ello, considero que el peso de esas garantías en la evaluación sobre la existencia de aquel riesgo real y personal debe ser establecido en cada caso, teniendo en cuenta el contexto de protección de derechos humanos en el Estado requirente y las condiciones personales del requerido, entre otros factores.

Según puede apreciarse de la síntesis realizada anteriormente, los

reportes de los organismos internacionales sobre la situación carcelaria de la República del Paraguay se refieren a problemas estructurales que podrían repercutir en las condiciones de detención de los individuos privados de la libertad en aquel Estado. Más allá de alguna diferencia de grado y de problemática entre los centros penitenciarios visitados, los informes aluden a una situación estructural que la República del Paraguay se ha comprometido a revertir, a partir de la suscripción, entre otros tratados de Derechos Humanos, de la Convención contra la Tortura, de su Protocolo Facultativo y de la implementación del Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura. Los avances en ese sentido son monitoreados periódicamente por aquellos organismos y los informes han sido publicados a petición del Estado parte.

Si se aplican los criterios expuestos por el Comité contra la Tortura en su Observación General nº 1, es posible sostener que la República del Paraguay ha suscripto aquellos tratados e iniciado, como la Argentina, la adecuación de su ordenamiento jurídico y prácticas a los compromisos que de allí se desprenden.

Frente a ello, no puede sostenerse que exista en el Estado requirente un contexto de persistentes y manifiestas violaciones de derechos humanos que obstaculice la extradición del recurrente. Las condiciones estructurales de los centros de privación de la libertad de ese país que subsistirían tampoco alcanzan en este caso, por sí mismas, para configurar una base razonable del riesgo real y personal de que A sea sometido a los malos tratos denunciados.

En primer lugar, aquel indicador genérico se ve atemperado por el trabajo emprendido por el Estado monitoreado, en función de las recomendaciones recibidas. Segundo, el pronóstico de maltrato no ha sido acompañado de ninguna otra circunstancia que permita conectar ese contexto general con la situación particular de A, de modo de pronosticar un riesgo personal de sufrir malos tratos, máxime cuando la República del Paraguay ha

informado que cuenta con las plazas suficientes para alojarlo en la penitenciaría de Tacumbú, en condiciones que respetan los estándares internacionales en el marco de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas.

En este sentido, el Comité contra la Tortura, consecuente con las pautas de la observación general, ha sostenido en diversas decisiones de casos sometidos a su análisis que, al evaluar si existen motivos fundados para creer que la persona correría peligro de sufrir tortura si regresara al país, deben tenerse en cuenta todas las consideraciones pertinentes en virtud del párrafo 2 del artículo 3, incluida la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de derechos humanos. “Sin embargo, el objetivo de la determinación es decidir si la persona en cuestión correría personalmente el riesgo de sufrir tortura en el país al que regresara. Así pues, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye por sí misma un motivo suficiente para decidir que una determinada persona correrá peligro de sufrir tortura cuando regrese a aquel país; deben existir además otros motivos que demuestren que la persona en cuestión correría riesgo personalmente. De modo semejante, el hecho de no existir un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos no significa que no pueda considerarse que una persona corre peligro de sufrir tortura en sus circunstancias particulares” (cf. dictamen del Comité en relación con la Comunicación N° 28/1995 contra Suiza, A/53/44, Anexo A, entre muchos otros).

Por ello, entiendo que no se ha demostrado en el caso concreto que la situación carcelaria del Paraguay informada por los organismos internacionales genere una base suficiente para presumir el riesgo real de que Amín Víctor A será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes en caso de ser extraditado.

-V-

Atento a que de las actuaciones obrantes a fojas 39/101, que dieron lugar a la formación de la causa certificada a fojas 405, no surge que se haya dado cumplimiento a la instrucción impartida mediante Resolución PGN 95/98, hago saber al Tribunal que he tomado copia de las piezas antes referidas a fin de constatar tal circunstancia y, en su caso, dar la intervención que corresponde a la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima, de este Ministerio Público, de acuerdo con las previsiones de la Resolución PGN 58/98.

-VI-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia en todo cuanto resultó materia de apelación.

Buenos Aires, 4 de julio de 2013.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La defensa de Víctor A. interpuso recurso ordinario de apelación contra la sentencia del juez subrogante ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nº 3 de La Plata, provincia de Buenos Aires, que había concedido su extradición a la República del Paraguay por los delitos de privación de libertad, secuestro, extorsión, extorsión agravada y asociación criminal (artículos 124, 126, 185, 186 y 239, respectivamente, del Código Penal paraguayo).

## -II-

Como fundamento de su pretensión recursiva, la defensa reputó inválida la sentencia del *a quo*, en la inteligencia de que éste no se había expedido sobre la totalidad de las cuestiones esgrimidas. Concretamente, adujo que el juez había omitido dar respuesta al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 12 de la ley 24.767, y 1º de la ley 25.302. De forma subsidiaria, renovó sus cuestionamientos a la constitucionalidad de las normas mencionadas, que consideró violatorias de los principios de igualdad y debido proceso judicial.

Por último, la recurrente sostuvo que la extradición requerida infringiría los artículos 8, inciso e) de la ley 24.767; 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 3.1 y 3.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradiantes. Expuso que su defendido, que padece enfermedades cardíacas, no podría ser alojado en una prisión del Estado requirente en razón de que éste no cuenta con las mínimas condiciones para el cuidado de personas con patologías de esa índole. En este sentido, cuestionó que el *a quo* afirmara que no existía relación de causalidad entre la fragilidad de la salud del *extraditum* y el “deplorable” estado de los centros de detención del Paraguay.

## -III-

En lo que respecta al planteo de invalidez de la sentencia, considero que el *a quo* sí dio tratamiento a los cuestionamientos vinculados a la regulación del derecho de opción en caso de extradición pasiva de imputados nacionales. En efecto, el juez sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad no habría de prosperar pues se trataba de una medida de *última ratio* y, además, que la pretensión de la aquí recurrente era improcedente pues extralimitaba el ámbito de discusión del procedimiento de extradición (cf. fs. 295). El agravio, entonces, sugiere más bien la disconformidad de la defensa con la solución es-

cogida, circunstancia que en modo alguno justifica la nulidad del pronunciamiento.

En lo sustancial, el recurrente esgrime que los artículos 12 de la ley 24.767 y 1º de la ley 25.302 no son conciliables con el principio de igualdad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Se agravia de que, a partir de estas normas, el Estado argentino pueda adoptar soluciones diferentes respecto de individuos nacionales imputados por el mismo delito, e inclinados a ser juzgados en su propio país. Sostiene que esta alternativa resultaría “absolutamente incompatible con el Estado de derecho”.

En primer lugar, es menester señalar que el recurrente yerra al identificar las normas aplicables al caso. La extradición de nacionales entre la República Argentina y la República del Paraguay no se rige por el art. 1º del tratado aprobado por la ley 25.302, sino por el artículo 4º; en lo que aquí interesa, esta norma establece que “cuando el reclamado fuere nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición *de acuerdo a su propia ley*” (inciso 1º, itálica agregada).

De tal suerte, las partes contratantes convinieron que, en casos como éste, el Estado argentino resolviera sobre la extradición de un nacional según las pautas del artículo 12 de la ley 24.767. Esta norma, vale recordar, permite al *extraditarius* nacional optar por ser juzgado en el país, siempre que el Estado argentino no hubiere asumido una obligación contraria en el tratado respectivo (párrafo 1º). Cuando dicha posibilidad está abierta –tal es el caso de la ley 25.302–, el Poder Ejecutivo se reserva la facultad de no hacer lugar a la opción y, en consecuencia, de acceder de todas maneras a la cooperación requerida (párrafo 4º).

Aclarado así el marco normativo en el que ha de encuadrarse el asunto, es pertinente recordar que las normas referidas han merecido el examen de V.E. en el precedente “Carro Córdoba” (Fallos: 330:1961), citado por la propia defensa, aunque sólo respecto del segundo de sus agravios. Allí, preci-

samente, se requería establecer los alcances de los artículos 4º del Tratado de Extradición con la República del Paraguay (aprobado por ley 25.302), y 12 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767). En ese marco, V.E. sostuvo que “si un tratado faculta la extradición de nacionales, como ocurre en autos, el Poder Ejecutivo debe resolver, en la oportunidad prevista en el art. 36 de la ley 24.767, si hace o no lugar a la opción” (considerando 8º del voto de la mayoría). La jueza Argibay, en tanto, hizo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, quien destacó que “la opción del requerido a ser juzgado por los tribunales argentinos por su condición de nacional, consagrada genéricamente en el artículo 12 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, no es aplicable sin más si existe un tratado bilateral que coloca en cabeza del Estado Parte la potestad de hacer lugar o no a la extradición, y por lo tanto en esos casos deviene operativo el párrafo 4º del artículo 12 de la ley 24.767 y no el párrafo 1º”.

Sin perjuicio de esta doctrina, aplicable a casos como *el sub examine*, V.E. tiene dicho también que no existe óbice constitucional para que un tratado de extradición *oblige* al Estado argentino a extraditar nacionales (Fallos: 324:384); en otras palabras, V.E. no encuentra objeciones en que un tratado de extradición, por ejemplo, no confiera ninguna clase de opción al *extraditarius* nacional.

El cotejo de ambos precedentes permite concluir que V.E. no ha juzgado constitucionalmente reprochable que los tratados de extradición, o la legislación interna, regulen de forma disímil la opción por parte de los imputados nacionales a ser juzgados en su propio territorio.

Desde esta perspectiva, el planteo de la defensa carece de la fundamentación exigible a quien procura cuestionar la constitucionalidad de las normas aplicables. En efecto, el apelante circunscribe su análisis a una especulación sobre eventuales discriminaciones entre supuestos análogos, derivadas del ejercicio de la facultad que el artículo 12 confiere al Poder Ejecutivo, pero

omite brindar las razones por las que dicho tratamiento desigual, de configurarse, resultaría arbitrario e incompatible con el principio de igualdad. En ese sentido, no pueden considerarse satisfactorias las afirmaciones dogmáticas de que la extradición resultaría refractaria al Estado de derecho, y de que la entrega del imputado al Estado requirente sería inviable sobre la base de un “derecho subjetivo” a ser juzgado en el país.

La apelante, por consiguiente, no ha atendido siquiera mínimamente a lo expresado por V.E., en cuanto a que “las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del artículo 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de esta Corte, tienen una presunción favorable de validez que debe ser destruida por quien la ataque (Fallos: 100:318), demostrando que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”. Dicha presunción cede solamente ante la invocación de criterios clasificatorios “sospechosos” tales como raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole (cf. sentencia del 4 de diciembre de 2012, en la causa A.910, L. XI.VI, “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/ E.N. – ley 26.372 artículo 2º s/ amparo ley 16.986”). Ninguna de estas circunstancias ha sido esgrimida en el *sub examine*.

Pero, ello no obstante, el agravio se torna meramente conjetural tan pronto como se advierta que, en puridad, el artículo 12 de la ley 24.767 no efectúa discriminaciones de ningún tipo, sino que, únicamente, faculta al Poder Ejecutivo para que convalide o desconozca, según el caso, las preferencias del individuo requerido. El tratamiento desigual y arbitrario, entonces, no podría predicarse de la norma que confiere la facultad sino, a lo sumo, del acto administrativo que hace uso de ella. El *extraditarius* nacional, por ejemplo, debería acreditar que el criterio de selección escogido —que subyace a la decisión de extraditar— carece de un argumento que pueda considerarse suficiente y plausible para distinguir entre diferentes individuos (cf. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, p. 370).

## -IV-

Idéntico rechazo merece el agravio atinente a que, en razón de los problemas de salud de la persona requerida, la detención en cualquier establecimiento carcelario del país requirente equivaldría a un supuesto de tortura o maltrato. El recurrente alude así al principio de *non refoulement*, del que se deriva una obligación del Estado de no entregar a una persona cuando ésta es requerida por otro Estado en el que, se presume, no se respetarán sus derechos fundamentales (cf. dictamen de la Procuración General en la causa F.432, L. XLVI, “Florido Rey, Jesús s/ Extradición”, emitido el 1º de noviembre de 2011).

En este sentido, empero, vale recordar que es doctrina de V.E. que no basta la mera invocación de prácticas equiparables a la tortura por parte de las autoridades del país extranjero para sostener la imposibilidad de efectuar la entrega de una persona. Por el contrario, al margen de esas referencias genéricas, debe tenerse en cuenta si existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación de la justicia del país requirente en el caso particular *sub examine* (cf. Fallos: 324:3484; 331: 2249; en el mismo sentido se ha expedido este Ministerio Fiscal en la causa M.263, J.. XL.VIII, “Mercado Muñoz, Iris s/extradición”, dictamen del 28 de septiembre de 2012).

El criterio sostenido por V.E., por lo demás, no difiere en lo esencial del que siguen otros tribunales en el derecho comparado. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha enfatizado la necesidad de que el individuo requerido ofrezca razones fundadas, que acrediten la seriedad y verosimilitud de su temores, en aquellos casos en los que examina si una extradición o deportación –a efectuar desde un Estado parte del Consejo de Europa hacia un tercer Estado– es compatible con el artículo 3º del Convenio. En lo que aquí interesa, ha sostenido que únicamente se suscita una prohibición de extraditar o deportar cuando hubieran sido demostrados “motivos considerables” (*substantial grounds*) para creer que la persona requerida enfrenta un “riesgo real” de ser sometido en el tercer Estado a un tratamiento

violatorio del mencionado artículo 3º. Este estándar, entre otras cosas, demanda evaluar “las consecuencias previsibles de enviar al peticionante al país de destino, teniendo en cuenta la situación general y sus circunstancias personales” (cf. Bajtsultanov v. Austria, sentencia del 12 de junio de 2012, párrafos 61 y 62; Makhmudzhan Ergashev v. Rusia, sentencia del 16 de octubre de 2012, párrafos 65 y 66; y Soldatenko v. Ucrania, sentencia del 23 de octubre de 2008, párrafos 66 y 67).

En función de lo expuesto, opino que las consideraciones de la apelante no constituyen un fundamento atendible para eludir la cooperación demandada por el Estado requirente. Sus impresiones sobre el sistema carcelario paraguayo –respaldadas tan sólo por las opiniones de la hermana del detenido– no pueden tenerse por un pronóstico verosímil de que éste no contará con los cuidados necesarios para el tratamiento de su enfermedad coronaria.

—V—

En razón de lo expuesto, entiendo que V.E. debe confirmar la sentencia en todo cuanto resultó materia de apelación.

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2012.

**ALEJANDRA CILS CARBÓ**  
PROCURADORA GENERAL DE LA NACION

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *10 de diciembre de 2013*

Vistos los autos: “Aquino, Amin Víctor y otra s/ extradición”.

Considerando:

1º) Que el señor Juez a cargo del Juzgado Nacional en

lo Criminal y Correccional Federal n° 12, luego de rechazar *in limine* el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Amin Victor Aquino, declaró procedente su extradición a la República del Paraguay para ser sometido a proceso por los delitos de secuestro, extorsión, extorsión agravada, privación de libertad y asociación criminal que damnificaron a Dalia María Scappini Campos y que tuvieron lugar en las circunstancias de modo y lugar de que dan cuenta los antecedentes remitidos, entre el mes de julio y el 4 de septiembre de 2011 en que la nombrada habría sido liberada (fs. 450 cuyos fundamentos obran a fs. 451/463).

2º) Que, contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación ordinaria la defensa del requerido (fs. 469/475) que, concedido a fs. 477, fue fundado en esta instancia (fs. 497/502). A su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la resolución en todo cuanto resultó materia de apelación (fs. 504/511).

3º) Que el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la parte respecto de los artículos 12 de la ley 24.767 y 1º del Tratado de Extradición con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302, por violación al principio de igualdad, ha sido con acierto desestimado por el a quo (fs. 457 vta./459) en solución avalada por este Tribunal -en lo pertinente- frente a una tacha de análogas características formulada por el mismo defensor particular en relación a otro requerido en el marco del mismo proceso penal extranjero al que se vincula el presente (conf. causa A.642.XLVIII "Aquino, Victor s/ extradición", sentencia del 3 de septiembre de 2013, considerandos 5º a 10).

4º) Que el restante agravio se basó en el "ilegítimo agravamiento de las condiciones de detención" a las que quedaría expuesto Aquino, de ser alojado en el penal de Tacumbú con motivo de su extradición (fs. 469/475).

5º) Que el hacinamiento y la sobre población -aspectos sobre los cuales se focaliza el agravio- han sido incluidos en-

tre los problemas más graves y extendidos en la región y entre los principales desafíos que enfrentan los sistemas penitenciarios de América Latina, sobre los cuales tienen dirigido su foco de atención y monitoreo desde hace décadas no solo el sistema interamericano de derechos humanos sino también el de la Organización de las Naciones Unidas.

6º) Que, sin embargo, ello no conduce *per se*, a que el requerido quedará expuesto, en las circunstancias del sub lite, a un riesgo "cierto" y "actual" de condiciones inhumanas de detención.

7º) Que ello es así si se tiene en cuenta que, en respuesta a lo requerido por el juez de la causa a fs. 336, el país requirente hizo llegar una comunicación suscripta por el Vice Ministro de Justicia y Derechos Humanos de ese país, Dr. Carlos María Aquino, que daba cuenta de que el Ministerio de Justicia y Trabajo es la institución administradora del sistema penitenciario de la República del Paraguay y que "se encuentran garantizadas las condiciones básicas de detención requeridas teniendo en cuenta los estándares internacionales en relación a la higiene, aseo, defensa y familia, en el marco de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de las Nacionales Unidas", tanto en el Penal de Tacumbú como en "cualquier otro centro de privación de libertad que el juzgado competente designe", dando cuenta de ello a la Dirección de Asuntos Internacionales e Integridad Institucional de la Corte Suprema de Justicia y al juez extranjero de la causa (fs. 394 y 400).

8º) Que tanto esa comunicación como la del juez de la causa extranjera obrante a fs. 372 fueron transmitidas por el país requirente a través de los canales diplomáticos sin que recibieran reparos por parte del Poder Ejecutivo Nacional (fs. 376 y 401), encargado de velar por el mantenimiento de las buenas relaciones con las naciones extranjeras y el cumplimiento de los tratados con ellas suscriptos (artículo 99, inciso 11 de la Constitución Nacional). Ello supone el aval a la confianza y la

seriedad de las manifestaciones vertidas por el país requirente en el marco de la buena fe que debe guiar las relaciones internacionales, incluida la aplicación de los tratados que vinculan a las partes en materia de cooperación penal internacional.

9º) Que a ello cabe agregar que, en el marco de las competencias que le asigna la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, el Poder Ejecutivo Nacional detenta la decisión final (artículo 36 de la ley 24.767) que incluye, en las circunstancias del caso y en atención a la cláusula facultativa del artículo 1º del Tratado de Extradición con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302, decidir si va a hacer o no lugar a la opción ejercida por Amin Victor Aquino de ser juzgado —en su carácter de nacional argentino— en jurisdicción de la República Argentina.

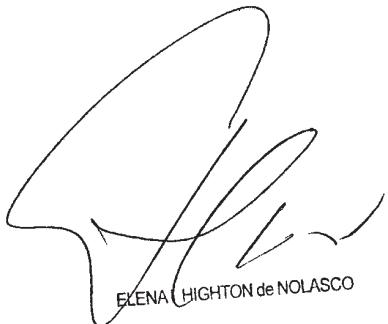
10) Que, en el contexto antes descripto, el temor esgrimido por la parte recurrente solo aparece derivado de una situación general que no presenta, en función de lo señalado en los considerandos 5º a 8º, un riesgo "cierto" y "actual" de sometimiento a condiciones inhumanas de detención que obsten a su extradición (conf., en lo pertinente, sentencia dictada el 15 de junio de 2010, en los autos R.254.XLIV "Reichelt, Victor Jorge s/ extradición", considerando 13, primer párrafo).

11) Que, por último, en atención a las "seguridades" ya brindadas por el país requirente a fs. 165 al presentar el formal pedido de extradición, resta que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de libertad al que estuvo sujeto el requerido en este trámite de extradición.

Por ello y de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: 1º) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Amin Victor Aquino y 2º) Confirmar el fallo recurrido que declaró procedente la extradición de Amin Victor Aquino a la República del Paraguay para ser sometido a proceso por los deli-

tos de secuestro, extorsión, extorsión agravada, privación de libertad y asociación criminal en que se sustentó el pedido.

Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa para que prosiga con el trámite.



ELENA HIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso ordinario de apelación interpuesto y fundado por **Amin Victor Aquino**, representado por el Dr. **Fernando A. Arias Camaño**.

Tribunal de origen: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 12.**

---

BIO SIDUS (TF 22046-A) C/ DGA

***DESISTIMIENTO DE LA ACCION Y DEL DERECHO***

Cabe dejar sin efecto la resolución por la que se dispuso requerir opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, dado que la parte actora desistió de la acción y del derecho, lo que importa inequívocamente una renuncia incondicionada al derecho cuyo reconocimiento pretendió en la presente causa, por lo que al carecer lo demandado de objeto actual, la decisión del Tribu-

nal deviene inoficiosa pues la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la del poder de juzgar y al no existir impedimentos para la eficacia jurídica del sometimiento formulado por la accionante, no queda cuestión alguna por decidir que impida la conclusión indicada, en tanto la ausencia de interés económico convierte en abstracto el pronunciamiento requerido.

#### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Las cuestiones aquí debatidas resultan sustancialmente análogas a la ya examinadas en mi dictamen del 1º de abril de 2008, *in re S.346, L.XLIII "Sancor CUL (TF 18.476-A) c/ DGA"*, cuyos fundamentos soy por reproducidos en cuanto fueren aplicables al *sub iudice*.

Por lo expuesto, opino que cabe declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 139/157, y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires. 29 de julio de 2009

ESTEBAN RIGHI

#### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 155/159 vta., la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 96/99) y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda presentada por Sancor Cooperativas Unidas Limitada y dejó sin efecto seis resoluciones dictadas por la Aduana de Santa Fe mediante las que se habían rechazado las impugnaciones presentadas contra sendas intimaciones cursadas para que abonase los derechos de exportación correspondientes a los permisos de embarque vinculados con ciertas operaciones de exportación de leche en polvo a Brasil y Paraguay.

Para así resolver, expuso que es jurisprudencia pacífica de la Corte que el

legislador no tiene atribuciones para modificar un tratado internacional, y que el Estado Nacional ha de velar por el cumplimiento de esos convenios de jerarquía superior a las leyes.

Con respecto al Tratado de Asunción, que dio lugar al Mercosur, sostuvo que es un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial, en el marco de la ALADI, y que los derechos y obligaciones que de él emanan son jurídicamente exigibles para los Estados parte desde su entrada en vigencia.

Si bien consideró que ese acuerdo posee ciertas pautas programáticas, expresó que en lo que resulta de interés ahora, las normas aplicables son específicas y operativas, en especial sus anexos. Entendió que no puede admitirse la imposición de derechos aduaneros agravantes de los existentes al momento de firmarse el Acuerdo, aunque ello se haga alegando una situación de emergencia. En tales condiciones, adujo que la eliminación de toda restricción debe hacerse en los términos fijados por el art. 3º del Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 18, que forma parte del tratado, para evitar cualquier medida por la que un país impida o dificulte, unilateralmente, el comercio recíproco.

Con respecto a la resolución 11/02 del Ministerio de Economía, que fijó los derechos de exportación aquí debatidos, estimó que resulta inconstitucional puesto que es una norma de derecho interno que controvierte lo establecido por una norma internacional de jerarquía superior, en particular en el preámbulo y en los arts. 1º y 5º del Tratado de Asunción. Además, entendió que también se halla en colisión con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que éstos deben cumplirse de buena fe y que no pueden invocarse disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento.

- II -

Disconforme con lo resuelto por el *a quo*, la AFIP-DGA presentó el recurso que luce a fs. 163/172 vta.

Arguye que la resolución 11/02 fue dictada de acuerdo con las facultades delegadas por las leyes 22.415 y 25.561, y por los decretos 1.343/01, 1.366/01, 1.454/01, 355/02, y también por los decretos 751/74 y 2.752/91. Recuerda que su fundamento fue un marco de grave deterioro de los ingresos fiscales dentro de la emergencia en que se encontraba el país.

Sostiene, en síntesis, que la actora no ha demostrado que sea aplicable norma operativa alguna de derecho internacional que obste a la imposición de derechos de exportación. Indica que el Tratado de Asunción es, en sí mismo, programático y no operativo, motivo por el cual no puede deducirse la existencia de un compromiso asumido por Argentina

de abstenerse de establecer derechos como los aquí debatidos.

Aduce también que el Congreso ha ratificado la totalidad de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994.

- III -

A mi modo de ver, el recurso federal resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en discusión la inteligencia que cabe asignar a normas federales, a las cláusulas de tratados internacionales de integración regional y a normas dictadas en su consecuencia, siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria a las pretensiones que la recurrente ha sostenido en ellas (art. 14, incs. 1º y 3º, ley 48).

- IV -

El Tratado de Asunción, celebrado el 26 de marzo de 1991 suscripto por nuestro país, junto con las repúblicas del Paraguay, del Uruguay y el Brasil, y ratificado por el Congreso Nacional mediante la ley 23.981, es la piedra basal constitutiva del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Es un acuerdo de carácter internacional que, por ende, integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango supralegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional).

En tal sentido, constituyó un paso más dentro de un camino en la búsqueda de la integración regional, uno de cuyos eslabones anteriores fue el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo celebrado entre nuestro país y el Brasil, el 29 de noviembre de 1988, donde ya se había hecho explícito que uno de sus objetivos principales era remover todas las barreras arancelarias y no arancelarias que se aplican a la circulación de bienes, servicios y capitales entre ambos estados, siempre teniendo en mira la constitución de un mercado común.

Entre los objetivos y fines del Tratado de Asunción, expresados en el preámbulo de su articulado, se hizo expresa referencia a la necesidad de acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social, una de cuyas condiciones fundamentales es ampliar la dimensión de los respectivos mercados nacionales mediante la integración supranacional de la región.

Asimismo, se puso de relieve que tal objetivo habría de alcanzarse mediante “el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles (...), la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base

en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”, y que había el convencimiento de que existía la necesidad en los Estados signatarios de “modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

Para ello, acordaron constituir un Mercado Común, que debía estar conformado al 31 de diciembre de 1994 (art. 1º, primer párrafo), y cuya existencia implica “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” (art. 1º, segundo párrafo), además de “la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes” (art. 1º, 4º, párrafo).

Asimismo, en el art. 7º se estableció que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional. Y también, en su art. 8º, inc. d) convinieron que los países signatarios extenderían automáticamente a los demás estados partes “cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración”.

Dentro del programa de liberación comercial, detallado en el anexo I del Tratado de Asunción, se expresó en el artículo primero que los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar a el 31 de diciembre de 1994 los “gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco” y, en su artículo segundo, se definió por “gravámenes” (a tales fines) “los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior”, agregando que no quedaban comprendidos en dicho concepto “las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados”. Además, por “restricciones” se definió “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”, dejando fuera de tal definición a las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (ley 22.354).

De forma concomitante, también se previó lo atinente a la imposición de un

arancel externo común (arts. 1º y 5º del Tratado de Asunción) sin que quepan dudas. en este caso, de que estamos frente a un derecho de importación uniforme, adoptado por el bloque, para las operaciones con terceros países cualquiera que fuere el país del Mercosur de destino de las mercancías.

Dentro de este orden de ideas, considero oportuno adelantar que, a mi modo de ver, tal y como fue dicho por el Tribunal Fiscal en su sentencia de fs. 96/99 vta., no hay en el tratado constitutivo del mencionado mercado común ninguna norma que, de manera directa e indubitable, imponga a los Estados miembros la obligación de abstenerse de establecer tributos a la exportación de sus mercancías hacia los países miembros.

No se me escapa que este tipo de medidas tributarias, tomadas sea con finalidad recaudatoria o bien extrafiscal, por hipótesis, podrían llegar a modificar o desalentar en cierto grado las corrientes naturales de comercio entre los países de que se trate, al hacer menos atractiva la opción por exportar el producto. Pero tampoco dejo de destacar que ello constituirá siempre una decisión tomada por el Estado exportador, que no compromete –en principio– el comercio con los otros Estados socios, en tanto que las mercancías originarias o provenientes de éstos no están alcanzadas por estos derechos, precisamente, ya que no se trata de gravámenes sobre la importación. Por otra parte, como tal tipo de decisión involucra una cuestión de oportunidad, mérito o conveniencia sobre la cual no corresponde que los tribunales entren a juzgar (arg. Fallos: 300:642; 312:72; 314:424, entre muchos otros).

Como dije, estimo que del plexo de tratados internacionales constitutivos del Mercosur no puede concluirse que la “eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” alcance a los derechos que cada Estado miembro puede aplicar para la exportación de sus mercancías.

A tal conclusión arribo tras una atenta lectura de los textos aprobados por las leyes 23.981 y 24.560, pero también aplicando las pautas hermenéuticas recibidas por V.E. en Fallos: 322:3193, entre otros, en cuanto a que los acuerdos internacionales han de ser interpretados de buena fe (arts. 31, inc. 1º, y 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), razón por la cual sus disposiciones no pueden aislarse sólo por su fin inmediato y concreto. Además, tampoco se han de poner en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, sino que, por el contrario, cabe procurar que todas ellas se entiendan entre sí de modo armónico, teniendo en cuenta tanto los fines de las demás, como el propósito de las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico, de modo de adoptar como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor, y de esta forma dar pleno efecto a la intención del legislador (doctrina de Fallos: 252:139; 271:7; 296:372; 302:973;

315:38, 322:2193, entre otros).

Apoyo tal inteligencia, también, en lo que surge del art. 7º del Tratado, en cuanto deja en claro que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros, del mismo tratamiento que se otorga a los productos nacionales, texto que, indudablemente, hace referencia a la prohibición de establecer gravámenes a la importación que resulten discriminatorios con respecto a los productos nacionales.

Asimismo, despeja la duda al respecto el texto del Artículo Tercero del Anexo I, del Tratado de Asunción, referido al Programa de Liberación Comercial, en cuanto estipuló la reducción progresiva de los gravámenes o derechos aduaneros de los países miembros entre sí, mencionando expresamente los “gravámenes a la importación”, omitiendo toda referencia a los que gravan la exportación de la mercancía.

Por ello, y en conclusión con respecto a este punto de debate, por las razones que dejo sentadas, estimo que no pueden compartirse los argumentos del *a quo* y que, por ende, la sentencia ha de ser revocada.

- V -

A esta altura del dictamen, debo poner en claro que tanto en su escrito inicial como en las demás presentaciones realizadas, la actora indicó que circunscribe la litis a discutir si se pueden crear derechos de exportación por operaciones dentro del Mercosur (ver fs. 48), y a resaltar que cuestiona la mencionada resolución en cuanto estableció un derecho de exportación con alcance genérico, sin tener en cuenta lo establecido por el Tratado constitutivo del Mercosur (ver fs. 51).

En tal sentido, además de sus razonamientos referidos al Tratado de Asunción, arguye, de manera brevíssima y sin fundamentación, la inconstitucionalidad parcial de la ley 25.561 como asimismo de la resolución 11/02 del -entonces- Ministerio de Economía.

Cabe recordar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como una *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 288:325; 311:394; 312:122, 435 y 326:3024, entre muchos otros).

Por ese motivo, V.E. ha manifestado, desde antiguo, que la escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad no es suficiente para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que puedan

encomendarse a un tribunal de justicia (confr. doctrina de Fallos: 301:904; 312:72 y 122, entre otros).

Dentro de tal orden de ideas, también la Corte ha exigido que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente en qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (Fallos: 302:1666; 310: 211).

Sobre la base de tales conceptos, advierto que el referido planteo de inconstitucionalidad harto escuetamente planteado por la actora con respecto a las normas referidas en el segundo párrafo de este acápite, carece de la debida fundamentación, por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico cierto y efectivo, pues incurre en afirmaciones dogmáticas sin lograr acreditar y demostrar en forma fehaciente cuáles son los derechos o garantías de raigambre constitucional vulnerados y sin siquiera citar cuáles son, en concreto, las normas constitucionales que considera supuestamente vulneradas por la normativa que impugna.

- VI -

Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 01 de abril de 2008.

ESTEBAN RIGHI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) que, al confirmar la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, mantuvo las resoluciones del organismo aduanero impugnadas en estos autos, Bio Sidus SA interpuso el recurso extraordinario,

que fue concedido por el a quo con el alcance que surge de la resolución de fs. 168.

2º) Que, tras haber dictaminado el señor Procurador General (fs. 174), esta Corte dispuso requerir opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR acerca de la inteligencia del Tratado de Asunción en orden a la aplicación de derechos de exportación en el comercio entre sus Estados miembros (conf. resolución de fecha 21 de mayo de 2013, obrante a fs. 178/179). Antes de que las actuaciones fueran remitidas a ese Tribunal, y después de haber rechazado esta Corte un planteo de revocatoria del Fisco Nacional (conf. fs. 198), la parte actora desistió de la acción y del derecho, y solicitó que las costas fuesen impuestas por su orden. La representante del Fisco Nacional (AFIP-DGA), en la misma presentación, prestó expresa conformidad con dicho desistimiento, inclusive en lo concerniente a la distribución de las costas (conf. fs. 211/211 vta.).

3º) Que lo manifestado por la parte actora en la presentación a la que se hizo referencia en el considerando anterior, importa inequívocamente una renuncia incondicionada al derecho cuyo reconocimiento pretendió en la presente causa. Al ser ello así, según lo ha sostenido esta Corte en reiterada doctrina, si lo demandado carece de objeto actual su decisión es oficioso (Fallos: 333:508 y su cita, entre otros), pues la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la del poder de juzgar. De tal manera, al no existir impedimentos para la eficacia jurídica del sometimiento formulado por la parte actora, no queda cuestión alguna por decidir que impida la conclusión indicada, en tanto la ausencia de interés económico convierte en abstracto el pronunciamiento requerido a este Tribunal (Fallos: 316:310; 317:43; 328:2991, entre muchos otros).

4º) Que resulta manifiesto que, en tales condiciones, corresponde dejar sin efecto la resolución de fs. 178/180, por la que se había dispuesto requerir opinión consultiva al Tribu-

nal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

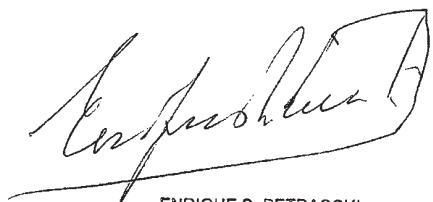
Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre las cuestiones planteadas en el recurso extraordinario y se deja sin -// efecto la resolución de fs. 178/180. Costas por su orden en virtud de lo acordado por la partes (conf. escrito de fs. 211/211 vta.). Notifíquese y devuélvase, debiendo el Tribunal Fiscal proveer lo demás que pueda corresponder respecto del desistimiento formulado por la actora.



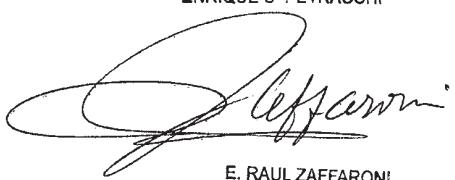
RICARDO LUIS LORENZETTI



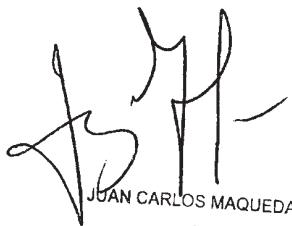
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAÚL ZAFFARONI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por **Bio Sidus SA**, representado por el Dr. **Horacio Félix Alais**.

Traslado contestado por la Dirección General de Aduanas, representada por la Dra. **Romina Natalia Martínez Caneiro**.

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

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

---

**CONFEDERACIÓN INDÍGENA DEL NEUQUÉN  
C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN  
S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**PUEBLOS INDIGENAS**

Cabe revocar la sentencia del superior tribunal local que se apartó de lo resuelto por la Corte en su anterior intervención en el caso, cuando dejó sin efecto por arbitraría la sentencia que rechazó la demanda de inconstitucionalidad del decreto 1184/02 de la Provincia del Neuquén -reglamentario de la ley nacional de política indígena 23.302-, pues tal decreto es inconstitucional en la medida que no se adecua al “umbral mínimo” establecido en el orden normativo federal, por lo que cabe requerir a la provincia demandada que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en estas actuaciones a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto al asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario.

**PUEBLOS INDIGENAS**

Cabe revocar la sentencia del superior tribunal local que se apartó de lo resuelto por la Corte en su anterior intervención en el caso, cuando dejó sin efecto por arbitraría la sentencia que rechazó la demanda de inconstitucionalidad del decreto 1184/02 de la Provincia del Neuquén -reglamentario de la ley nacional de política indígena 23.302-, pues no solo no prevé el concepto de “auto identificación” establecido por el art. 20 de la ley nacional 23.302 y por el art. 1º inciso 2º del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado, existiendo al efecto dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.

**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, pues 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.

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

-I-

A fs. 172/176, V.E. al hacer lugar a la queja que interpuso la Confederación Indígena del Neuquén dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén (v. fs. 134/141) y ordenó que la causa fuera devuelta a fin de que se dictara un nuevo fallo con arreglo a lo allí expuesto.

En esa oportunidad la Corte señaló que el pronunciamiento del tribunal local era arbitrario, toda vez que —más allá de que el estudio de los planteos de la actora fuese susceptible de ser realizado con arreglo a la Constitución Nacional— se había omitido aplicar los arts. 7º y 134.3 de la Constitución del Neuquén en cuanto impiden que el Poder Ejecutivo provincial reglamente una ley de la Nación (ley 23.302 sobre Asuntos Indígenas), al margen de advertir que sus disposiciones habían sido alteradas por el decreto local 1184/2002.

-II-

No obstante lo dispuesto, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, al dictar el nuevo pronunciamiento (fs. 213/237), hizo parcialmente lugar a la

demandó deducida por la Confederación Indígena del Neuquén y declaró sólo la inconstitucionalidad del art. 3º, incisos b) y d) del decreto 1184/02, desestimando la acción con relación al resto de los agravios.

Los magistrados sostuvieron que, en realidad, el decreto impugnado no había reglamentado la ley nacional 23.302 sino la ley local 1800, en virtud de la cual la Provincia había adherido a la nacional, reproduciendo su texto completo.

Interpretaron que el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional habilita a las provincias a ejercer atribuciones concurrentes para regular las cuestiones vinculadas con el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades aborígenes y su inscripción registral, por lo cual puede coexistir el registro nacional con los registros provinciales.

Manifestaron que el término "facultades concurrentes" no implica una subordinación absoluta de los registros provinciales a la autoridad nacional, sino que ambas entidades estatales (Nación y provincias) tienen la competencia para reglamentar la materia en "su orden" respectivo, siempre que ello no implique una interferencia o contradicción con lo dispuesto en el orden nacional, pues ambas jurisdicciones deben coordinar y armonizar su actuación. En ese marco, concluyeron en que el decreto 1184/02 no es violatorio de los arts. 12 y 214, inc. 18 de la Constitución provincial.

En cuanto a la cuestión federal, indicaron que los recaudos contenidos en el art. 2º del decreto 1184/02 no resultan arbitrarios o irrazonables en relación a lo dispuesto en los arts. 3º de la ley nacional 23.302 y el 20 del decreto reglamentario 155/89, y que, en consecuencia, la Provincia del Neuquén es competente para crear y organizar el funcionamiento del Registro de Comunidades Mapuches en su jurisdicción.

A mayor abundamiento, señalaron que el decreto no resulta violatorio del convenio 169 de la OIT, al entender

que no era incompatible con este último, pues si bien tal decreto no había previsto el concepto de "autoidentificación" o autoconciencia, el cual según el convenio se erige como un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican sus disposiciones, ése no era el único criterio contemplado en el citado instrumento internacional.

Además, con respecto a la omisión de cumplir con el procedimiento de consultas previas a las comunidades indígenas establecido en el art. 6º del convenio aludido, entendieron que el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional prevé un derecho genérico a la "participación" de las comunidades, pero no exige expresamente que deba acudirse al mecanismo específico de la consulta, como tampoco impone explícitamente que tal participación se deba efectivizar de manera previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas.

-III-

Contra esta sentencia, la Confederación Indígena del Neuquén interpuso un nuevo recurso extraordinario federal (fs. 243/274), el que fue concedido por el Tribunal Superior a fs. 302/304, por la causal de arbitrariedad.

Se agravia, en sustancia, porque el pronunciamiento impugnado ocasiona a las comunidades indígenas mapuches de la Provincia del Neuquén un gravamen concreto y actual, al imponerles, para obtener la inscripción como persona jurídica en el registro provincial, requisitos contrarios a las formas de vida, a la cultura e institucionalidad indígenas, estableciendo un régimen incompatible con la ley nacional 23.302 y su decreto reglamentario 155/89. Ello, toda vez que se niega validez, en el ámbito provincial, al reconocimiento de personería jurídica otorgado por el Gobierno Federal, y se incumple con el procedimiento de consulta previa establecido en el convenio 169 de la OIT.

Asimismo, señala que el Tribunal no acató la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada

en esta causa el 2 de junio de 2009 (fs. 172/176), al negarse nuevamente a tratar todas las cuestiones federales involucradas en ella (fs. 169/170) e incurrió así, una vez más, en la violación del principio de supremacía consagrado en el art. 31 de la Ley Fundamental.

Afirma, que el Poder Ejecutivo provincial se excedió en su competencia al reglamentar mediante un acto unilateral una ley nacional, sustituyendo la competencia del Gobierno Federal e interfiriendo con la aplicación de la ley 23.302, puesto que el texto del decreto contradice los criterios dispuestos en esta última.

En esa línea expresa que la provincia, por medio del decreto 1184/02, remplazó el registro de comunidades indígenas y la autoridad de aplicación de la ley nacional por autoridades provinciales, eludió la "autoidentificación" como criterio fundamental de inscripción, impuso requisitos más gravosos para su concreción y subordinó el reconocimiento de la personería del Registro Nacional de Comunidades Indígenas a que se cumpliera con todos los recaudos de la norma provincial y se adecuara a ella.

-IV-

Corresponde recordar que en la doctrina de la Corte se configura una hipótesis que hace formalmente viable el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 si se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en la misma causa y en cuyo mérito el apelante haya fundado el derecho que estima asistirle (doctrina de Fallos: 306:1195; 312:396; 324:3411; entre muchos otros). Ello, siempre y cuando la resolución impugnada consagre un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por la Corte (Fallos: 321:2114; 323:3068 y sus citas; 325:3389).

En esos supuestos —y tal como se presenta en la causa sub examine—, es criterio de este Ministerio Público que son los integrantes de ese Alto Cuerpo los que se encuentran en mejores condiciones para desentrañar el alcance de sus propias

sentencias (conf. dictámenes de esta Procuración en Fallos: 324:3411; 325:2835; 327:4994 y 333:1771).

Por ello, devuelvo los autos al Tribunal para que pueda pronunciarse sobre las cuestiones planteadas.

Buenos Aires, 8 de agosto de 2012.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, diez de diciembre de 2013

Vistos los autos: "Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad".

Considerando:

1º) Que en su primera intervención en estas actuaciones el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén desestimó la acción deducida por la Confederación Indígena contra dicho estado provincial, peticionando la inconstitucionalidad del decreto 1184/2002 del Poder Ejecutivo local -reglamentario, según la actora, de la ley nacional de política indígena 23.302- alegando para ello, la lesión de diversas normas de la Constitución Nacional y de la Constitución neuquina.

Para así decidir dicho tribunal entendió que la acción autónoma de inconstitucionalidad escogida por la demandante no era la herramienta procesal idónea para tal fin. Sostuvo, en consecuencia, que más allá de las alusiones a las cláusulas locales, el cuestionamiento constitucional, en rigor, se centraba en afirmar que el decreto cuestionado regulaba una materia regida por la Constitución Nacional (art. 75.17) de manera que la vía procesal elegida no era apta desde el momento en que solo podía ser empleada para invocar violaciones exclusivamente a la Constitución provincial.

2º) Que contra dicho pronunciamiento la Confederación

Indígena interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la queja que esta Corte admitió en su sentencia del 2 de junio de 2009 (Fallos: 332:1338) dejando sin efecto la sentencia apelada (fs. 172/176).

En dicho pronunciamiento este Tribunal, por mayoría, sostuvo que la decisión del a quo era arbitraria toda vez que -más allá de que los agravios planteados por la actora fuesen susceptibles de ser resueltos con arreglo a la Constitución Nacional- resultaba a todas luces evidente que la Confederación Indígena había individualizado las diversas normas de la Constitución estadual (arts. 7, 13, 134.3 y 18 y 170.a) que entendía violentadas, y que a su vez, entre otras defensas, había alegado también que los citados arts. 7 y 134.3 le impedían al poder ejecutivo provincial reglamentar una ley de la Nación.

3º) Que no obstante lo dispuesto por esta Corte, el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén al dictar el nuevo pronunciamiento (fs. 213/237), hizo lugar parcialmente a la demanda deducida y declaró solo la inconstitucionalidad del art. 3º incisos b y d del decreto puesto en crisis, desestimando la acción con relación al resto de los agravios.

En esta segunda oportunidad los magistrados sostuvieron que el decreto 1184/02 no había reglamentado la ley nacional de política indígena sino la ley local 1800, norma mediante la cual la provincia demandada había adherido a la ley nacional, y que tampoco se advertía una interferencia o contradicción con lo dispuesto en el orden constitucional federal por el art. 75.17.

Interpretaron que dicha manda constitucional habilita a las provincias a ejercer atribuciones concurrentes con la Nación para regular las cuestiones vinculadas con el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su inscripción registral, afirmando por consiguiente que puede coexistir el registro nacional con los respectivos registros provinciales.

En tal sentido manifestaron que el término "facultades concurrentes" no implica una subordinación absoluta de los registros provinciales a la autoridad nacional sino que tanto la nación como las provincias tienen competencia para reglamentar la materia en su orden respectivo, siempre que ello no implique una interferencia o contradicción con lo dispuesto en el orden nacional.

Concluyeron que los recaudos y requisitos contenidos por el decreto impugnado no resultan arbitrarios o irrazonables en relación a lo dispuesto por los arts. 3 de la ley nacional de política indígena y el 20 de su decreto reglamentario.

A mayor abundamiento sostuvieron que el decreto tampoco resulta violatorio del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, pues si bien es cierto que el decreto 1184/02 no contempla el concepto de autoidentificación o autoconciencia, dicho recaudo no es el único criterio previsto en el mencionado convenio internacional.

Finalmente, con respecto al incumplimiento de la consulta previa a las comunidades indígenas establecido en el art. 6º del Convenio 169 entendieron que la Constitución Nacional (art. 75.17) prevé un derecho genérico a la participación de las comunidades, pero no exige expresamente que deba acudirse al mecanismo específico de la consulta, como tampoco impone que tal participación deba efectivizarse de manera previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas.

4º) Que disconforme con esta sentencia la Confederación Indígena del Neuquén interpuso un nuevo recurso extraordinario (fs. 243/274) que fue concedido (fs. 302/304) en el cual plantea, en sustancia, que la sentencia apelada ocasiona a las comunidades indígenas mapuches de la provincia demandada un gravamen concreto y actual en tanto les impone para obtener la inscripción como persona jurídica en el ámbito provincial, requisitos más gravosos e incompatibles con los previstos por el régimen

men de la ley nacional de política indígena 23.302 y su decreto reglamentario 155/89; omitiendo, además, la "autoidentificación" como criterio fundamental de inscripción.

5º) Que los agravios de la recurrente suscitan cuestión federal para su examen por la vía intentada, pues ponen en tela de juicio la inteligencia que cabe atribuir a determinada cláusula de la Constitución Nacional y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria a la validez del derecho invocado por los recurrentes con base directa e inmediata en dicha norma (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

6º) Que la cuestión que debe decidir esta Corte, tal como ha sido planteado el agravio por la confederación actora, presenta dos aspectos fundamentales para su examen. El primero de ellos consiste en determinar si el artículo constitucional 75.17 habilita a las provincias a ejercer atribuciones concurrentes para regular las cuestiones vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su correspondiente inscripción registral, en virtud de lo cual podrían coexistir un registro nacional con los respectivos registros provinciales; para luego, de ser superada afirmativamente tal hipótesis, determinar el alcance y los límites de dicha competencia provincial.

7º) Que, con esta comprensión es menester introducirnos en la cuestión mediante el estudio de la cláusula constitucional mencionada. Cabe recordar entonces que dicha disposición efectivamente menciona en forma expresa como atribución del Congreso Nacional la facultad de "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias (...). Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (inc. 17, art. 75 Constitución Nacional).

No obstante el modelo federal de distribución terri-

torial del poder —que prevé la existencia de dos esferas de gobierno con poderes de origen disímiles, en tanto uno es originario y conservado mientras que el otro es el resultado de la delegación— presenta desde sus orígenes el problema de la definición de las fronteras de la competencia, el texto constitucional precitado, cuyo alcance e interpretación se cuestionan en autos, no ofrece dudas en cuanto claramente habilita a los estados provinciales a ejercer atribuciones concurrentes con la Nación vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su pertinente inscripción registral.

Así pues, 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 normativo federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino.

8º) Que de acuerdo con esta aproximación, corresponde afirmar que dichos estándares federales se encuentran contenidos y especificados tanto en el marco constitucional sub examine y el Convenio 169 de la OIT como así también en la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario.

Por consiguiente es necesario para resolver la presente demanda observar la adecuación del decreto provincial 1184/02 con la ley nacional 23.302, su decreto 155/89 y el Convenio internacional precitado, bajo la inteligencia que la regulación estadual en materia de derechos indígenas no podrá posi-

cionarse por debajo o en contra de los estándares fijados en el bloque normativo federal en dicha temática.

9º) Que según consta en autos, el decreto impugnado no solo no prevé el concepto de "autoidentificación" establecido por el art. 2º de la ley nacional 23.302 y por el art. 1º inciso 2º del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado.

En efecto, existen dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificaran como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual) y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.

A mayor abundamiento es pertinente recordar el dictamen del Profesor Germán Bidart Campos que en su condición de Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" emitió ante la consulta sobre la operatividad del Convenio 169 de la OIT.

En dicho dictamen el constitucionalista argentino afirma que: "cualquier agrupación, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos" (fs. 19).

A su vez, mientras el decreto impugnado exige entre otros recaudos que los peticionantes constituyan un núcleo de por lo menos diez (10) familias asentadas (inc. f, art. 2º), el decreto reglamentario nacional 155/89 exige una cantidad de por

lo menos tres (3) familias asentadas.

Por último el decreto 1184/02 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual en su art. 6º expresa que: "los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

10) Que conforme se ha sostenido en el presente las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares normativos a los que se ajusta el gobierno federal. Así, desde dicha premisa, basta con lo hasta aquí expuesto para afirmar que el decreto 1184/02 expresamente impone recaudos y condiciones que significan una clara restricción y regresión respecto de lo establecido en materia de derechos y política indígenas a nivel federal.

En consecuencia, el decreto impugnado por la Confederación Indígena del Neuquén es inconstitucional en la medida que no se adecua al "umbral mínimo" establecido en el orden normativo federal, por lo que cabe requerir a la provincia demandada que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en estas actuaciones a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto al asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la

sentencia apelada con el alcance indicado en este voto. Notifíquese a las partes. Oportunamente, devuélvase.

ELENAL HIGHTON de NOLASCO  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
CARLOS S. FAYT  
E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por la **Confederación Indígena del Neuquén**, representada por el Dr. **Juan Manuel Salgado**.

Traslado contestado por la **Pcia. del Neuquén**, representada por el Dr. **Alfredo David Salman**, con el patrocinio del **Fiscal del Estado de la Pcia. del Neuquén**, Dr. **Raúl Miguel Gaitán**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Pcia. del Neuquén**.

---

**DOMINGUEZ, SUSANA ISABEL Y OTROS**  
**C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. Y OTROS**  
**S/ PROGRAMA DE PROPIEDAD PARTICIPADA**

### **PROGRAMA DE PROPIEDAD PARTICIPADA**

Cabe dejar sin efecto la sentencia que admitió la excepción de prescripción opuesta por las coaccionadas, por lo cual se aplicó el plazo trienal del art. 848.1 del Código de Comercio respecto de la demanda instaurada por los daños y perjuicios derivados de la falta de pago de la participación en las ganancias prevista en el art. 29 de la ley 23.696, pues es arbitrario el pronunciamiento en la medida que omitió examinar una defensa que, prima facie considerada, resulta conducente para la debida solución de la controversia y, en consecuencia, el fundamento del a quo no ha dado respuesta concreta a las alegaciones de los reclaman-

tes relativas, por un lado, a que el hecho que creaba el título de la obligación dineraria a favor de aquellos y el correlativo daño por su insatisfacción se fue produciendo de manera periódica, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo (art. 231 de la Ley de Sociedades Comerciales), según las ganancias que, eventualmente, resultaran de cada balance, y, por el otro, a que, en las antedichas condiciones, no podía válidamente ubicarse el dies a quem para todos los períodos litigiosos en la oportunidad en que fue publicado el decreto 395/1992.

#### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, confirmó la sentencia de mérito que admitió la defensa de prescripción interpuesta por las co-demandadas en relación al reclamo por la falta de entrega de los bonos de participación en las ganancias de Telefónica de Argentina S.A. Expresó, en suma, que la acción no puede ser considerada imprescriptible en razón de la nulidad absoluta que, según la actora, afectaría al decreto 395/92, ya que la acción para obtener la nulidad de un acto es relativa y prescribe en el lapso decenal ordinario. Tras descartar que sean aplicables los artículos 256 de la Ley de Contrato de Trabajo y 848, inciso 1º, del Código de Comercio, la Cámara apreció que resulta aplicable el artículo 4.023 del Código Civil, de carácter residual. En ese marco, entendió que procede estar a la publicación del decreto 395/92 como hito inicial para el cómputo del plazo pues a partir de ese momento -10/3/92- los actores estuvieron en condiciones de reclamar en defensa de su derecho, impugnando la regla que juzgaban constitucional, habida cuenta de la naturaleza de los daños alegados. Citó doctrina, jurisprudencia foral y los antecedentes de Fallos: 299:149 y 320:2289 y 2539, al tiempo que recordó que la demanda se inició el 9/3/07. Consideró, por último, que la protesta articulada en torno al precedente "Gentini", publicado en Fallos: 331:1815, resulta insustancial toda vez que allí no se abordó lo concerniente a la prescripción de las acciones en situaciones como la examinada (cfse. fs. 176/177, 208/209 y 212/213).

Contra la decisión, la actora dedujo recurso extraordinario, que fue replicado y denegado con fundamento en que se discuten aspectos no federales, relativos al término de

la prescripción y a su hito inicial, y en que el remedio sólo traduce discrepancia con el fallo, lo que dio origen a la queja (fs. 221/240, 245/247, 249/255 y 257 del principal y fs. 1 y 37/41 del cuaderno respectivo).

- II -

La recurrente impugna la sentencia con fundamento en que tanto la acción de inconstitucionalidad del artículo 4 del decreto 395/92 como la acción de nulidad absoluta del precepto son imprescriptibles. Expresa que la Constitución es de orden público y su defensa no conoce límite temporal; que se encuentran en cuestión los derechos a la participación en las ganancias empresarias y a la propiedad y los excesos reglamentarios del Poder Ejecutivo Nacional y que toda inconstitucionalidad es una nulidad absoluta por estar en juego el interés público y la Carta Fundamental (arts. 18 y 4.023, pár. 2º. C. Civil; 29, ley 23.969; 14 bis, 16 a 19, 28, 31, 75, incs. 19 y 22, 99, incs. 1 y 2, y 116, de la C.N.; y disposiciones internacionales concordantes).

Añade que es dogmático el aserto de la Sala referido a que el reclamo importa una acción de nulidad relativa, al tiempo que cuestiona que el fallo no distinga entre la acción de inconstitucionalidad -imprescriptible- y la dirigida a obtener la entrega y pago de los bonos de participación en las ganancias de la empresa -y, en su caso, la condena por los perjuicios derivados del incumplimiento- sujeta al término de prescripción decenal del artículo 4.023 del Código Civil (por tratarse de una acción personal, por deuda exigible, no contemplada en una norma especial).

Postula, en resumen, que el planteo de invalidación es imprescriptible, mas no así lo referente a las consecuencias patrimoniales y a la indemnización del daño derivado del acto ilegítimo.

Manifiesta que la decisión prescinde de los artículos 29 de la ley 23.696 y 230 y 231 de la Ley de Sociedades y de que la prescripción comienza a correr desde la época de pago de los bonos, esto es: año a año, con el abono de los dividendos, tras el balance anual, oportunidad en que se renueva el perjuicio patrimonial que padecen los actores. Dice que los créditos atinentes al periodo 1991-1995 se extinguieron por el transcurso del tiempo, pero no

los relativos al año 1996 -y los posteriores- que debieron comenzar a efectivizarse a partir de 1997.

Niega que el plazo liberatorio comience con la publicación del decreto 395/92, sustentada en que los perjuicios subsisten mientras el obstáculo no se remueva mediante su invalidación y en que el crédito no puede ser requerido antes del transcurso del año sobre el que se reclama participación. Resalta que el Ejecutivo continúa empeñado en la ejecución de su obrar ilícito y el empleador en su incumplimiento, de lo que infiere que se trata de un ilícito continuado.

Por último, invoca Fallos 331:1815, "Gentini", entre otros antecedentes, y hace hincapié en que la cuestión debatida ataña a miles de operarios de las empresas telefónicas que tramitan sus demandas, en pos de los bonos, ante los distintos tribunales del país (cf. fs. 221/240).

No es ocioso apuntar que las partes no aportaron al pleito ningún elemento de juicio novedoso -fáctico o jurídico- con posterioridad a la presentación directa de la actora, el 19/06/09 (v. fs. 41vta. de la queja).

- III -

Los actores, empleados y ex-empleados de Telefónica de Argentina S.A., tras objetar constitucionalmente el artículo 4 del decreto 395/92, que exime a las licenciatarias del servicio telefónico de la carga de emitir los bonos de participación en las ganancias previstos en el artículo 29 de la ley nº 23.696, solicitaron que se condene a la compañía a la entrega y pago de esos bonos, por el término no prescripto, y año a año, en adelante, hasta el dictado de la sentencia definitiva o, en su caso, hasta la extinción del vínculo laboral de cada actor, y que, asimismo, se condene al Estado Nacional a reparar los daños generados por el dictado del decreto aludido (v. fs. 12/22 y 29 del principal).

Si bien V.E. se expidió en Fallos 331:1815 ("Gentini...") a propósito del planteo constitucional, puntualizando que el precepto objeto no sólo no se subordinó a la voluntad trasuntada por el artículo 29 de la ley 23.696 ni se ajustó a su espíritu, sino que se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los dependientes (v., en particular, considerando 18 y

19), lo concreto es que se controvierte, según la alzada, un aspecto no alcanzado por el fallo, como es el referido a la prescripción de una acción de nulidad relativa y de otra personal por una deuda exigible de carácter patrimonial, supuestos regidos, siempre según la alzada, por el artículo 4.023 del C. Civil (v. fs. 212/213).

Dicho ello, procede recordar que, por vía de principio, no constituye materia de la instancia federal la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis ni lo tocante al alcance de las peticiones de las partes (*Fallos* 312:195; 323:1699; etc.), así como tampoco lo referido al término de prescripción aplicable y a su cómputo (*Fallos* 317:948; 325:1297; entre otros).

En el caso, como se dijo, la actora adujo que la acción de inconstitucionalidad del artículo 4º del decreto nº 395/92 es imprescriptible porque la Constitución Nacional es de orden público y su resguardo no conoce un límite temporal, y, por las mismas razones, que la pretensión de inconstitucionalidad esgrimida bien puede equipararse a una acción de nulidad absoluta.

Aclaró, no obstante, que el pedido de entrega y pago de los bonos está sujeto al plazo decenal del artículo 4.023 del Código Civil, puntualizando que el término respectivo corre periódicamente desde el cierre de cada ejercicio societario y no, como argumentaron la empleadora y el Estado Nacional, desde la publicación del decreto cuestionado (fs. 20, punto 11.3; fs. 113. VI. "a"); fs. 148vta., punto V; fs. 165vta., punto V; fs. 184/202, punto V y sgtes.; etc.).

Expuesto lo anterior y dado que, lo reitero, ante el planteo formal de la defensa de prescripción -arts. 3962 y 3964, C. Civil- incumbe a la juzgadora la determinación procesal de cuál es el alcance de la pretensión deducida y cuál es el término prescriptivo aplicable y el hito inicial de su cómputo, pondero que la crítica de la quejosa, enmarcada en la excepcional doctrina sobre sentencias arbitrarias, no rebate las conclusiones del pronunciamiento (*Fallos*: 326:2586; 3058; 328:2391; etc.).

Y es que los agravios relacionados con la prescripción de la acción no pueden prosperar si el planteo sólo exhibe un criterio diverso al propuesto por el *a quo* en lo atinente a cuestiones de derecho común y procesal, ajenas a la instancia del artículo 14 de la ley 48,

máxime cuando la resolución se sustenta en argumentos suficientes que, más allá del grado de acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (v. Fallos: 326:3927; entre muchos).

En tal sentido, adviértase que la Cámara invocó la doctrina de Fallos: 299:149, entre otros antecedentes, la que postula que el término de prescripción comienza a correr desde que la acción puede ser ejercitada, lo que ocurre después que se verifica el daño cuya reparación se procura obtener; y que si bien es cierto que la reclamación de los daños tenía como presupuesto necesario la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada, no existió impedimento alguno para la promoción de la acción antes de cumplido el término prescriptivo.

Puntualiza el precedente que aceptar que cuando el perjuicio se deriva de la sanción de una norma dictada por el poder público en exceso de sus prerrogativas, el hecho no queda configurado hasta que se declare judicialmente la invalidez de la regla, significaría supeditar el comienzo del plazo de prescripción a la discrecionalidad del acreedor, supliendo incluso su negligencia (v. cons. 10º).

En el *sublite*, la Sala adujo que al tiempo de la publicación del decreto 395/92, el 10/03/92, no parecía dudosa la existencia de un agravio irreparable derivado de la falta de emisión de los bonos pues esa conducta por parte de las licenciatarias era una consecuencia lógica y necesaria del decreto aludido. Subrayó, a continuación, que los actores demandaron específicamente que el Estado Nacional sea condenado a abonar los daños ocasionados por el decreto, extremo que -según este parecer- patentiza que el inicio del plazo prescriptivo se produjo con su publicación (v. fs. 12 y 213).

Frente a ello, la actora no esgrimió, por de pronto, ninguna razón que justifique el inicio de la acción recién quince años después de dictado el decreto 395/92; concretamente, el 9/3/07 (cfr. fs. 22), a lo que se añade que como expone el Sr. Fiscal General, cuyo parecer cita la juzgadora, no basta la mera argución de que media una nulidad absoluta para que, sin más, se declare la imprescriptibilidad de una acción (cf. dictamen, fs. 209, *in fine*; y 212, ítem 3º).

Recuérdese que, como lo resaltó la *a quo*, el comienzo de la prescripción debe

contarse desde el momento en que el acreedor toma conocimiento de que la acción derivada del acto ilícito dañoso quedó expedita a su favor, extremo que se satisface, en palabras de la Corte, con una razonable posibilidad de información (cfr. Fallos: 316:2137; 320:2539; 334:62, entre muchos).

Recuérdese, también, que no se compadece con los principios que rigen este instituto procesal sujetar al arbitrio o discreción del acreedor el comienzo del curso del plazo prescriptivo, supiendo, aun, la propia inactividad del interesado (doctrina de Fallos 314:1854; 318:1416 y 2558; entre varios otros); sin que obste a ello -a mi ver- que la consumación en el caso del eventual perjuicio económico que se derivaría del decreto pretendidamente inválido pueda llegar a dilatarse en el tiempo, ya que lo contrario conduciría a aceptar que la acción por deuda exigible o la reparatoria devengan virtualmente imprescriptibles, lo que no condice con el principio general del artículo 4.019 del Código Civil.

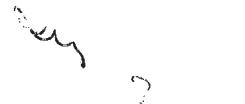
Por lo demás, allende las alegaciones en torno al carácter imprescriptible de las acciones de inconstitucionalidad y nulidad absoluta, lo cierto es que la pretensora acepta que las acciones de entrega y pago de los bonos, promovidas contra la empleadora, y de daños y perjuicios, incoada contra el Estado Nacional, resultan alcanzadas por el artículo 4.023 del C. Civil, con la salvedad de que -en su perspectiva- el plazo correría año a año, desde el cierre de cada ejercicio societario.

Ello evidencia, lo digo una vez más, que se debate centralmente aquí lo relativo al momento inicial del cómputo del plazo prescriptivo de pretensiones de alcance patrimonial, aspecto de orden fáctico y procesal que no se acredita resuelto irrazonablemente en el caso bajo estudio.

- IV -

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la presentación directa de la actora.

Buenos Aires, 20 de abril de 2012.

  
MARTA A. BEIRÓ de GONÇALVEZ  
PROCURADORA FISCAL ANTE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Domínguez, Susana Isabel y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ programa de propiedad participada", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los actores, en marzo de 2007, iniciaron demanda contra Telefónica de Argentina S.A. y el Estado Nacional, por los daños y perjuicios derivados de la falta de pago de la participación en las ganancias de la primera, prevista en el art. 29 de la ley 23.696. Señalaron que, descartados los períodos que consideraron prescriptos, dichas ganancias eran las que habían surgido, año a año, de los balances de la empresa de cada ejercicio, a partir del correspondiente a 1996 o 1997, según las circunstancias de cada demandante. A tal fin, plantearon la inconstitucionalidad del decreto 395/1992, en cuanto dispuso que las empresas licenciatarias del servicio nacional de telecomunicaciones "no están obligadas a emitir bonos de participación en las ganancias para el personal" (art. 4º). El fallo de primera instancia admitió la excepción de prescripción opuesta por las coaccionadas, para lo cual aplicó el plazo trienal del art.

848.1 del Código de Comercio, tomando como fecha de arranque la de la publicación del citado decreto 395/1992. Apelada la decisión por la parte actora, fue confirmada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la cual, si bien se atuvo al término de diez años del art. 4023 del Código Civil, igualmente juzgó prescriptos los reclamos por cuanto, al modo de la instancia anterior, entendió que, a partir de la mentada publicación, "los demandantes estuvieron en condiciones de accionar en defensa de sus derechos, impugnando la norma que señalan como constitucional [...] (conf. Fallos: 299:149 y sus citas; 320:2289, entre otros)". Contra ello, los vencidos dedujeron recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja.

Que asiste razón a los recurrentes en cuanto califican de arbitrario el pronunciamiento sub examine, en la medida en que omitió examinar una defensa que, *prima facie* considerada, resulta conducente para la debida solución de la controversia (Fallos: 330:2146, entre otros). Esto es así, pues el fundamento del a quo no ha dado respuesta concreta a las alegaciones de los reclamantes relativas, por un lado, a que el hecho que creaba el título de la obligación dineraria a favor de aquellos y el correlativo daño por su insatisfacción, se fue produciendo, de manera periódica, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo (art. 231 de la Ley de Sociedades Comerciales), según las ganancias que, eventualmente, resultaran de cada balance. Y, por el otro, a que, en las antedichas condiciones, no podía válidamente ubicarse el *dies a quem* para todos los períodos litigiosos en la oportunidad en que fue publicado el decreto 395/1992. Cuadra añadir, por lo demás, que la jurisprudencia del Tribunal de la que hace cita la sentencia atacada, tampoco abona la solución a la que ésta arribó.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indica-

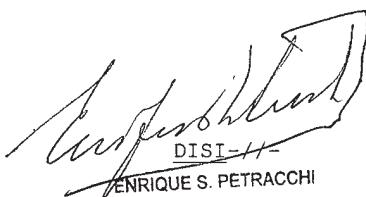
do. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



CARLOS S. FAYT

  
(en discordia)

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

  
DISI-11-  
ENRIQUE S. PETRACCHI  
JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

  
Carmen M. Argibay  
(en discordia)

CARMEN M. ARGIBAY

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

Considerando:

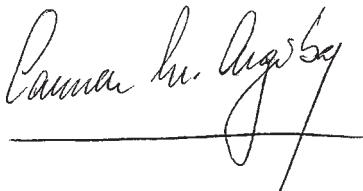
Que el recurso extraordinario, cuya denegación origi-

na la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procurador Fiscal, se la desestima. Hágase saber, devuélvase el principal y archívese.



ELENAI HIGHTON de NOLASCO



---

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por **Susana Isabel Dominguez y otros**, representados por el Dr. **Carlos Javier Spaventa Domenech**.

Tribunal de origen: **Sala II, 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 nº 1**.

---

**FISCALIA INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS EX 21637/457  
C/ EN Mº INTERIOR PFA NOTA 176/07 SUMARIO 226/05  
S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO**

***FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS***

Corresponde confirmar la sentencia que interpretó el art. 49 de la ley 24.946 de modo que la Fiscalía de Investigaciones Administrativas puede intervenir como parte acusadora en un sumario, lo haya iniciado o no, ya que no puede comprenderse dicha norma de manera excluyente y aislada del resto del ordenamiento sino que corresponde realizar una interpretación que armonice su texto con el resto de la legislación específica y que recepte genuinamente el mandato de defensa de la legalidad (art. 1º Ley Orgánica del Ministerio Público), teniendo en cuenta que el art. 45 de la citada ley informa acerca de la clara orientación de la FIA al riguroso control de la actividad administrativa y que cabe arribar

a idéntica conclusión a la luz del criterio de la especialidad, entendiendo por tal la finalidad que persigue el órgano al cual se le atribuyen las competencias.

#### dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 129/133, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV) confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda iniciada por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (FIA) y declaró la nulidad de la nota 176/07 del Ministerio del Interior por la que se le negó el derecho a intervenir como parte acusadora en el sumario administrativo 465-18-000226/05 que se sigue respecto de la conducta asumida por personal policial en oportunidad de incidentes producidos en las inmediaciones del club Atlético Huracán tras un encuentro de fútbol.

Para decidir de ese modo, el tribunal entendió necesario delimitar las cuestiones en debate, a saber: 1) la interpretación del alcance de las facultades de la FIA en los sumarios instruidos en la Administración y 2) su ejercicio dentro del ámbito de la Policía Federal. Respecto del primer tema sostuvo las amplias facultades investigativas del órgano de control aun en los casos de sumarios no originados en su sede, conforme —a su criterio— a los arts. 45 y 49 de la ley 24.946 y al art. 3º del decreto 467/99. En cuanto al segundo aspecto, dijo que la Policía Federal es un órgano descentrado de la Administración Pública y como tal queda incluida en el ámbito de control de la FIA, sin que la existencia de un régimen especial impida aplicar una norma general dictada con posterioridad a ese reglamento y previa al acaecimiento de los hechos investigados.

-II-

Disconforme, el Estado Nacional —Ministerio del Interior—

interpone el recurso extraordinario de fs. 138/153, contestado por la actora a fs. 155/174, que fue concedido a fs. 176 y vta. por estar en juego la interpretación y el alcance de normas federales y rechazado en lo atinente al planteo de arbitrariedad, sin que se presentara queja.

En resumen, sostuvo que: a) se omitió el tratamiento de la cuestión federal propuesta en tanto el decreto 467/99 es reglamentario de la ley 25.164 de la cual las fuerzas de seguridad y policiales se encuentran excluidas; b) no se aplicó la ley 21.965 ni el decreto 1866/83, específicamente referidos al régimen disciplinario de la policía; y c) es dogmática y absurda la interpretación del art. 49 de la ley 24.946 en cuanto entiende que la FIA puede intervenir como parte acusadora en un sumario, lo haya iniciado o no.

-III-

A mi modo de ver, las objeciones del recurrente suscitan cuestión federal, pues se halla en tela de juicio la aplicación e interpretación de normas de esa índole y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho en que aquél se fundó (art. 14, inc. 3º, ley 48) (doctrina de Fallos: 321:169).

Es preciso resaltar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

-IV-

Ahora bien, en relación al alcance de las facultades de la FIA en los sumarios instruidos en la Administración, me permito transcribir lo que suscribí como apartado III “La regulación de la FIA en la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946)”, punto 1 “Atribuciones para iniciar investigaciones en la esfera administrativa” de la resolución PGN 147/08, a

saber: “En lo que a esta cuestión concierne, entonces, el legislador mantuvo inalterada la impronta administrativa de la FIA y le asignó las tareas de: a) realizar investigaciones sobre la conducta de los agentes de la Administración Pública y sobre todo ente cuyo principal aporte sea estatal (art. 45, incs. “a” y “b”); b) intervenir como parte en los sumarios administrativos que se instruyan como consecuencia de sus investigaciones (art. 49); y c) formular denuncias en los supuestos en que los hechos investigados sean considerados delitos (art. 45, c) (cf. Canda, F.O., “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas en la Ley de Ministerio Público”, en ED, t.180, ps. 799 y ss., especialmente, ps. 805 y ss.)”.

“Al regular la participación de la FIA en los sumarios administrativos (punto b), la ley le confiere expresamente el rol de parte acusadora y le otorga facultades como la de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones. Nada indica, por cierto, en torno a si la FIA puede o no participar en aquellos sumarios administrativos que se hubiesen iniciado sin su intervención. Este vacío fue cubierto por el reglamento interno de la FIA, que aclaró que ésta puede ‘intervenir en calidad de parte acusadora o coadyuvante (...) en los sumarios cuyo inicio se le comunique a tenor de lo previsto en el Reglamento de Investigaciones Administrativas, de los que tome conocimiento por cualquier otro medio, o de los que inicien como resultado de una investigación realizada por la FIA’ (art. 31.5, aprobado por Res. PGN n° 18/05)”.

En tales condiciones, el reglamento interno de la FIA —en lo que aquí interesa, es decir el ejercicio de la competencia investigativa como parte acusadora o coadyuvante de la FIA dentro del ámbito de la Policía Federal— no limita la competencia de la FIA a los sumarios iniciados a raíz de una investigación propia o a aquellos comunicados en virtud de lo previsto en el decreto 467/99 sino que abarca también a aquellos de los que “tome conocimiento por cualquier otro medio”, siempre, desde ya, que se refieran a un sumario de personal de organismos estatales.

Ello así, en el *sub lite*, la Policía Federal —que inició el sumario disciplinario a sus dependientes— más allá de que tiene un régimen disciplinario específico —la ley 21.965 “Ley para el personal de la Policía Federal Argentina” y el decreto 1866/83 que aprueba la reglamentación de dicha ley— no podría impedir a la FIA su intervención como parte acusadora o coadyuvante en el sumario administrativo disciplinario desplegado en tanto esta institución es integrante de la Administración Pública Nacional. Esto último deriva de las facultades y competencias que le otorga la ley de Ministerio Público (art. 45 inc. a y b) y la reglamentación interna de la FIA aprobada por resolución PGN 18/05.

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia.

Buenos Aires, 10 de abril de 2011.

ESTEBAN RIGHI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013.

Vistos los autos: “Fiscalía Investigaciones Administrativas (ex. 21.637/457) c/ EN - M° Interior - PFA - nota 176/07 - sumario 226/05 s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (en adelante FIA) demandó al Estado Nacional y promovió acción de nulidad respecto del acto administrativo formalizado mediante la nota 176/07 —suscripta por el Ministro del Interior— por la que le niega a aquélla, por un lado, el derecho a intervenir como parte acusadora en un sumario administrativo que se sigue respecto de la conducta atribuida a personal poli-

cial en oportunidad de incidentes producidos tras un encuentro de fútbol y, por otro, la remisión misma de las actuaciones administrativas solicitadas en el marco de un expediente iniciado por la FIA (fs. 1/17).

Los hechos que motivaron el inicio de la causa son de una especial gravedad. En efecto, durante el traslado en un camión de la fuerza policial de un grupo de "hinchas" de fútbol en calidad de detenidos, varios de ellos se arrojaron del vehículo en movimiento y uno perdió la vida. Para determinar las circunstancias en las que ocurrieron los hechos la FIA inició de oficio una investigación. A su vez, el Jefe del Departamento de Investigaciones Administrativas de la Policía Federal remitió un informe en el que constaba que se había iniciado un sumario administrativo. La FIA resolvió intervenir como parte acusadora, a lo que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Policía Federal respondió que aquélla no se encontraba legitimada para tomar parte en el expediente. Posteriormente y, tal como se consignó más arriba, el Ministro del Interior avaló la decisión adoptada por la institución policial, cuya impugnación dio origen a esta causa.

2º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda y declarado la nulidad de la mencionada nota (fs. 129/133).

Para decidir de ese modo, el tribunal entendió necesario delimitar las cuestiones en debate. Por un lado: la interpretación del alcance de las facultades de la FIA "en los sumarios instruidos por la Administración" (fs. 130 vta.). Por el otro —en su caso— si tales facultades pueden ser ejercidas "dentro del ámbito de la Policía Federal" (fs. 130 vta.).

Respecto de la primera cuestión se manifestó a favor de las amplias facultades investigativas del órgano de control aun en los casos de sumarios no originados en su sede. En cuanto al segundo aspecto, sostuvo que la Policía Federal es un órgano

desconcentrado de la Administración Pública y como tal queda incluido en el ámbito de la FIA, sin que la existencia de un régimen especial impida aplicar una norma general dictada con posterioridad a ese reglamento, y previa al acaecimiento de los hechos investigados.

3º) Que contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional —Ministerio del Interior— interpuso recurso extraordinario (fs. 138/152), contestado por la actora a fs. 155/174 y concedido a fs. 176/176 vta., por estar en juego la interpretación y el alcance de normas federales, y rechazado en lo atinente al planteo de arbitrariedad, sin que se presentara queja.

Fundamentalmente el recurrente sostuvo que el juzgador se había apartado del plexo normativo aplicable respecto de la competencia de la FIA, destacando su inaplicabilidad respecto del régimen de la Policía Federal. Así sostuvo que el a quo había omitido el tratamiento de la cuestión federal propuesta en tanto el decreto 467/99 era reglamentario de la ley 25.164, de la cual las fuerzas de seguridad policiales se encontraban excluidas. Agregó que no se había aplicado la ley 21.965 ni el decreto 1866/83, específicamente referidos al régimen disciplinario de la policía y que resultaba dogmática y absurda la interpretación del art. 49 de la ley 24.946, en cuanto entendía que la FIA podría intervenir como parte acusadora en un sumario, lo haya iniciado o no.

4º) Que los agravios formulados ante esta Corte suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento por la vía intentada, en tanto se controvierte el alcance e interpretación de normas de carácter federal como lo son las leyes 21.965, 24.946 y 25.164 y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho en que aquél se fundó (art. 14, inc. 3º, ley 48), tal como lo entendió el a quo al conceder el recurso. Por lo demás, se encuentra también aquí en juego nada menos que el alcance que cabe asignar al propio sistema republicano de gobierno en cuanto a la necesidad de control de los agentes estatales —en este caso

la Policía Federal- por parte de un órgano independiente.

Corresponde recordar, entonces, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del a quo ni de los litigantes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue.

5º) Que, en primer lugar, cabe señalar que ya en el decreto-ley 11.265/62 de creación de la FIA, se expresó la necesidad de que "la investigación de las irregularidades administrativas se promueva **por órganos permanentes e independientes** del Poder Ejecutivo dotados de facultades que aseguren su eficiencia" (el resaltado no corresponde al original), destacándose en el inc. d de su art. 5º, que en "todo los supuestos, los sumarios se formarán por el solo requerimiento de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas". Con posterioridad, se hizo referencia a su "solo impulso" (decretos-leyes 14.096/62 y 21.383/76) y si bien se modificaron los alcances de algunas de sus atribuciones y funciones, especialmente en lo que se refiere a sus facultades en expedientes judiciales, no sucedió lo mismo respecto de las actuaciones administrativas, manteniéndose incluso su posibilidad de intervención en sumarios ya iniciados en alguna de las reparticiones estatales, cuanto menos en atención a "hechos que por su importancia, gravedad o trascendencia" así lo ameriten (art. 5º, inc. f, del decreto-ley 14.096/62). Por lo demás, y a los fines de las investigaciones que la FIA deba practicar, se invistió al Fiscal General y a los fiscales adjuntos de la facultad de "(s)olicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que se estime útil" a cualquier organismo, persona física o jurídica, pública o privada, "todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que les fije, bajo apercibimiento de ley" y sin que puedan siquiera oponer disposición alguna que establezca el secreto (art. 6º, inc. b, decreto-ley 21.383/76).

Tan así es que con relación a la norma de facto 21.383, el Tribunal, si bien resolvió diversas cuestiones tales como la necesidad de determinar si la FIA estaba facultada para asumir el ejercicio directo de la acción pública como una suerte de "ombudsman", no dejó de remarcar la independencia propia de este organismo (conf. doctrina de Fallos: 310:1510 y 311:593, *in re "Ríos"* y *"Cacciatore"*, respectivamente).

6º) Que, con posterioridad a la reforma constitucional, la ley orgánica del Ministerio Público disipó las dudas generadas en torno a la ubicación institucional de la FIA. De tal modo, el legislador preservó su configuración —heredada de la legislación precedente— y la incluyó dentro de la estructura del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación (art. 43), cuya autonomía ya había sido reconocida en el art. 120 de la Constitución Nacional (ver en este sentido resolución PGN 147/08).

Así —y tal como señala el señor Procurador General en su dictamen y antes en la resolución PGN 147/08 mencionada— se garantizó al órgano de control el goce de la autonomía ya reconocida al Ministerio Público con relación a los demás poderes del Estado; en término de la propia ley de creación de ese ministerio “sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura” (art. 1º de la LOMP) y, claro está, con perfiles propios que, como habrá de exponerse, permiten su diferenciación de la actuación de otros organismos de la administración de control.

7º) Que en lo que respecta específicamente a las atribuciones conferidas, si bien es claro que en todas las actuaciones que se rigen por el Reglamento de Investigaciones Administrativas (decreto 467/99), la FIA es tenida, necesariamente, como parte acusadora (art. 49 de la ley 24.946), también lo es que desde sus orígenes —concebida aquélla, tal su nombre, como una fiscalía de investigaciones administrativas—, se estableció entre sus principales deberes, promover la investigación de

la conducta administrativa –esto es, de las faltas disciplinarias de índole administrativo– de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada y de todo otro ente en que el Estado tenga participación (aunque ajustando su proceder a las instrucciones generales que imparta el Procurador General de la Nación).

En efecto, en todos estos supuestos “las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga” (art. 45, inc. a), como de seguido y expresamente también se prevé, respecto de la investigación a realizar ante sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión en cualquier institución o asociación que tenga recursos de aporte estatal (art. 45, inc. b).

A tal efecto, por lo demás, se dispusieron para el mejor cumplimiento de sus funciones, las facultades de requerimiento y colaboración tanto a los organismos públicos de cualquier repartición como a los privados y a particulares (art. 50 en consonancia con el art. 26 del mismo cuerpo legal).

Finalmente, y en lo que sido en especial controvertido por la recurrente en cuanto a su aplicación al sub lite –sin perjuicio de que aquí podría sostenerse la existencia de una actuación simultánea de la Fiscalía (ver anexo)–, se facultó a la FIA a ser tenida como parte en las actuaciones administrativas sumariales que resulten del ejercicio de las amplias facultades de investigación antes referidas.

En efecto, y como quedó dicho, históricamente tal ha sido la facultad nuclear de este órgano de control. Y más allá de su punto de partida, el art. 49 lo prevé en los siguientes términos: “(c)uando en la investigación practicada por la Fiscalía resulten comprobadas transgresiones a normas administrativas, el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas pasará las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía adminis-

trativa de la repartición de que se trate, de conformidad con las competencias asignadas por el Reglamento de Investigaciones Administrativas. En ambas circunstancias, las actuaciones servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes".

En todas estas actuaciones que se regirán por el Reglamento de Investigaciones Administrativas, la Fiscalía -como ya se afirmó- será tenida, necesariamente, como parte acusadora, con iguales derechos a la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones. Todo ello, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de lo actuado o resuelto, según el caso.

8º) Que, si bien la ley reserva a la FIA la calidad de parte acusadora en tales actuaciones, cabe a los fines del presente establecer si la normativa que rige en general su actuación -en el diseño legislativo actual- permite colegir válidamente la legitimidad del ejercicio de tal función estatal para **todos** los sumarios labrados por la administración.

En este cometido, cabe recordar que en materia de investigaciones disciplinarias -tal como se dijo- la FIA tiene una competencia directa asignada por ley -respecto de todo organismo estatal- pues de conformidad con el inc. a de los arts. 45 y 49 de la ley del Ministerio Público éstas se realizan por su solo impulso y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga (a diferencia de las causas criminales, sus fiscales no actúan en forma subsidiaria, ver inc. c de los arts. 45 y 48).

De ahí que no pueda comprenderse la norma prevista en el art. 49 de la referida ley, como pretende la recurrente, esto es de manera excluyente y aislada del resto del ordenamiento, sino que es necesario realizar una interpretación que armonice su texto con el resto de la legislación específica ya detallada, y que recepte genuinamente el mandato de defensa de la legalidad (art. 1º LOMP). En este sentido, su vinculación con los aspectos

discutidos fue contemplada por el propio legislador, tal como se observa del alcance de los términos con los que se trató la participación de la FIA como parte acusadora en materia administrativa durante el debate legislativo que precedió la sanción de la ley orgánica (pág. 6318 de la reunión nº 64, Cámara de Senadores de la Nación, del 30 de octubre de 1996).

Del mismo modo, el art. 45 de la ley citada informa acerca de la clara orientación de la FIA al riguroso control de la actividad administrativa. Cabe arribar a idéntica conclusión a la luz del criterio de la especialidad, entendiendo por tal la finalidad que persigue el órgano al cual se le atribuyen las competencias. Con una exégesis que no tomara en cuenta estos criterios, quedarian reductos sustraídos al control, lo que implicaría la negación de la existencia misma de este organismo.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la previsión contenida en el mencionado art. 49 no puede ser entendida en el sentido de alterar el propio sustrato sobre el que asienta la normativa reglamentaria.

9º) Que lo dicho hasta aquí no es más que el corolario que se deriva del principio republicano de gobierno, toda vez que la existencia de órganos de control eficiente sobre la tarea desarrollada por los funcionarios es una de las características definitorias de dicho axioma constitucional. De este modo, el Ministerio Público -como órgano independiente- cumple con su función de defensa de los intereses generales de la sociedad; función de control que a la vez importa el resguardo del propio administrador.

Ciertamente, el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo al modo en que ejercen su función (Fallos: 327:5863 *in re "Quiroga"*, mayoría y voto concurrente del juez Fayt), mientras quienes integran este organismo no pueden sus traerse a las directivas legales antes expuestas ni delegar en otros funcionarios -cualquiera fuese su naturaleza- el ejercicio

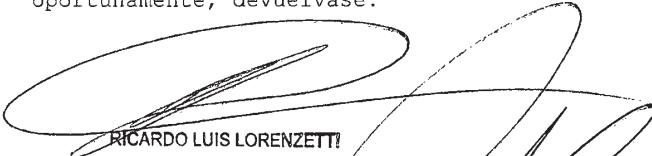
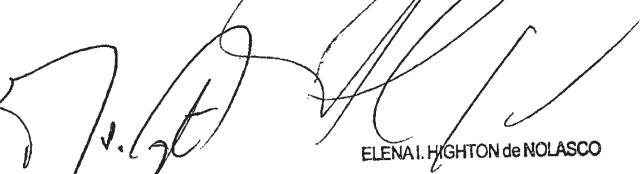
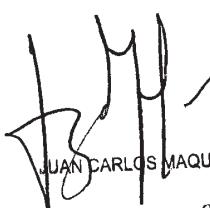
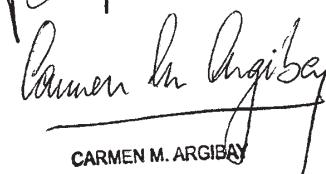
de esas atribuciones que las leyes les confieren.

Si se desconoce el papel asignado a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas la estrategia de transparencia fracasa en su objetivo, en tanto se mantiene el ejercicio discrecional de sectores de la Administración que se consideran a sí mismos como esferas inmunes al control. De ahí que en los límites de esta decisión, resulte necesario destacar un aspecto particularmente importante: la necesidad de fortalecer en la práctica de las instituciones de la Administración la organización en torno a un principio de transparencia que neutralice la lógica corporativa que ha constituido a lo largo del tiempo un rasgo distintivo del sistema.

En efecto, el control no puede ser sólo jerárquico, pues "dentro del sistema republicano de gobierno ningún funcionario del Estado es dueño o árbitro de los intereses que le son confiados, todos son mandatarios del pueblo, que les señala su cometido a través de las leyes a las que deben sujetar su actuación" (Fallos: 327:5863, voto concurrente del juez Maqueda). Ello por cuanto, la actividad estatal no debe estar monopolizada por voluntades omnipotentes sino repartida entre órganos cuyas competencias se establecen normativamente (Fallos: 327:5863, voto del juez Fayt).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso ex-

traordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

  
RICARDO LUIS LORENZETTI  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO  
CARLOS S. FAYT  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
E. RAÚL ZAFFARONI  
CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por la demandada, Estado Nacional - Ministerio del Interior, representada por el Dr. César David Graziani, con el patrocinio letrado de los Dres. María José Lo Medico Olivé y Ariel Ignacio Rimboldi

Traslado contestado por Guillermo Felipe Noailles, Fiscal General a cargo de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

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

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

GALVAN, CARLOS ALBERTO Y OTRO  
C/ ESTADO NACIONAL-M° DE DEFENSA-IAF  
S/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG.

*VIATICO*

Corresponde dejar sin efecto la decisión que condenó al Estado Nacional a pagar los viáticos reclamados por quienes prestaron servicios en forma voluntaria en la República de Croacia como integrantes del Batallón Ejército Argentino 7, de conformidad con el decreto 1270/89, ya que el empleo para el cálculo de la totalidad de los viáticos de un decreto que se encontraba expresamente derogado constituye una aplicación errónea de las normas de carácter federal en juego, asignándole un efecto ultraactivo que no puede ser admitido, sin que cambie este criterio la circunstancia de que, al momento de iniciarse la misión, ese era el decreto vigente, ya que la modificación de normas por otras posteriores no afecta derecho alguno emanado de la Constitución Nacional, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, máxime en razón de la naturaleza de la compensación.  
-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

*VIATICO*

Si el ítem controvertido -viático- constituyó un elemento inherente a la comisión transitoria convocada, pues, de manera innegable, estimuló la incorporación de voluntarios para sumarse a ella porque la llamada estatal a integrar “fuerzas de paz” no constituye una circunstancia que concierne habitualmente al personal militar, no resultó válido alterar unilateralmente -mediante el decreto 280/95- una de las condiciones económicas establecidas -a través del derogado decreto 1270/89-, sin una definida situación de emergencia que justificase innovar con detrimento de la cuantía de estas últimas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 145, la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social -por mayoría- revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, condenó al Estado Nacional a pagar los viáticos reclamados por la parte actora de conformidad con el decreto 1270/89.

Para resolver como lo hizo consideró que, toda vez

que los demandantes habían prestado servicios en forma voluntaria en la República de Croacia como integrantes del Batallón Ejército Argentino 7 (BEA/7) durante el período comprendido entre el 26 de enero y el 14 de julio de 1995, las pautas tenidas en cuenta al inicio de la misión debieron permanecer inalteradas y, por ello, debió aplicarse para el cálculo de todo el período que duró la misión, el decreto 1270/89.

-II-

Disconforme con lo resuelto, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 150/161, que fue concedido en cuanto a la interpretación de normas de naturaleza federal y rechazado en lo que respecta a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 170), sin que este último rechazo hubiese motivado la presentación en queja.

Funda el recurso, esencialmente, en los siguientes agravios: a) la sentencia viola derechos y garantías protegidos por la Constitución Nacional (artículos 14, 17, 18 y 28) pues efectúa una interpretación errónea de los decretos aplicables.

Ello por cuanto los viáticos debían liquidarse periódicamente y, por consiguiente, aplicarse el nuevo decreto 280/95 desde su vigencia, toda vez que no existieron derechos adquiridos en este sentido, en tanto aquéllos se devengan periódicamente y no de una sola vez; b) se omitió considerar el fin perseguido por el decreto 280/95 que fue el de disminuir los costos para el Estado Nacional; c) en la sentencia recurrida se desconoció la prerrogativa del Estado de modificar las condiciones contractuales al no estar asegurada la intangibilidad del sueldo de los empleados públicos, d) la Cámara adoptó una interpretación contraria a la jurisprudencia de la Corte con respecto a la confiscatoriedad de los salarios, y la extendió indebidamente a los viáticos, que no forman parte del haber.

-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 y su reglamentación y decretos 1270/89, 231/92 y 280/95) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que el apelante funda en ellas. Por lo demás, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (*Fallos* 326:2880).

-IV-

En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que los actores, integrantes del Batallón "Ejercito Argentino" BEA 7, prestaron servicios en comisión transitoria como Fuerza de Paz en la República de Croacia durante el periodo comprendido entre el 26 de enero y el 14 de julio de 1995. El desplazamiento fue autorizado mediante la resolución 1960/95 del Ministerio de Defensa por el término de 170 días.

En lo que aquí interesa, a la fecha de comienzo de la misión se encontraba vigente el decreto 1270/89, que regulaba el régimen de viáticos por viajes al exterior del personal de la Administración Pública Nacional en cumplimiento de misiones o comisiones de carácter oficial o en uso de becas que no hubiesen excedido los 365 días (art. 1º). En cuanto al porcentaje que se estipuló para gastos de alojamiento y comida, el art. 15 inc. b) establecía que se asignaría hasta el 25% de los viáticos que correspondieran.

Con posterioridad, la norma mencionada, fue complementada por una más específica -decreto 231/92- que aprobó el régimen especial de haberes y compensaciones del personal militar en misión o comisión transitoria, menores de 180 días y de hasta un año, destinados en los cuerpos militares especiales

de la Organización de las Naciones Unidas o fuerzas de emergencia de las Naciones Unidas o grupos observadores de las Naciones Unidas (art. 1º). La norma establece que, por analogía respecto de lo prescripto en el decreto 1270/89, se deberá abonar a los agentes el 25% del viático diario que establece el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto para el nivel y lugar correspondientes.

Luego, el decreto 280/95 (publicado en el Boletín Oficial el 28/2/95) derogó el decreto 1270/89 (art. 24), y estableció, además, que sus disposiciones regirían a partir del 1º de marzo de 1995 (art. 25). Los montos de los viáticos diarios fueron modificados conforme al anexo IV (art. 17).

En suma: por aplicación de los decretos 1270/89 y 231/92, para el cálculo del viático correspondiente a la República de Croacia debía aplicarse el 25% sobre el monto de U\$S 324.71 y, en cambio, por aplicación del decreto 280/95, en función también del decreto 231/92, debía aplicarse el 25% sobre el monto de U\$S 166.

En el caso que nos ocupa, el Estado Mayor General del Ejército abonó los viáticos a los actores conforme al decreto 1270/89 desde el 26 de enero de 1995 hasta el 28 de febrero de 1995 y desde el 1º de marzo hasta el 14 de julio de 1995 lo hizo conforme al decreto 280/95 (fs. 40).

El tema se circunscribe, entonces, a determinar cuál debe ser la normativa aplicable respecto de aquellas comisiones que se iniciaron con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del decreto 280/95 y que se prolongaron durante su vigencia.

En este orden de ideas corresponde señalar, en primer lugar, que el empleo para el cálculo de la totalidad de los viáticos de un decreto que se encontraba expresamente derogado – tal como lo hizo el a quo – constituye una aplicación errónea de las normas de carácter federal en juego. En efecto, la Cámara le asignó al decreto 1270/89 un efecto ultraactivo que no puede ser admitido.

Ello en nada cambia por la circunstancia expresada por el a quo de que, al momento de iniciarse la misión, ese era

el decreto vigente, pues es doctrina de V.E. que la modificación de normas por otras posteriores no afecta derecho alguno emanado de la Constitución Nacional, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (Fallos: 308:1361; 310:1924; 311:1880), máxime en razón de la naturaleza de la compensación. En efecto, el viático representa el gasto que por día debe realizar la persona, por consiguiente, su liquidación se realiza inexorablemente en forma periódica, debiendo aplicarse la normativa vigente al momento de su devengamiento. En el caso, los viáticos fueron correctamente abonados en dos etapas perfectamente escindibles conforme a la normativa vigente de acuerdo a los períodos antes indicados (decretos 1270/89 para la primera y 280/95 para la segunda).

Considero que tampoco se encuentra en juego el examen de la confiscatoriedad con respecto al decreto 280/95, toda vez que la medida de reducción dispuesta por aquél no posee entidad bastante para configurar dicho vicio frente a los ingresos totales de los actores. A su vez, la merma se produjo solo con respecto al viático y no sobre el haber mensual. En efecto, conforme al art. 2401 art. 2º c. y 2408 inc. e) de la reglamentación del título II capítulo IV de la ley 19.101, las compensaciones por viáticos no integran el haber mensual.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, como lo ha dicho el Tribunal en reiteradas oportunidades, en el marco de la relación de empleo público el Poder Ejecutivo goza -en el ámbito de su competencia- de prerrogativas exorbitantes propias del régimen ius administrativo que le permiten, a fin de satisfacer en la mejor forma el interés público, introducir modificaciones en el contrato, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones (Fallos: 323:1566 cons. 14).

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde dejar sin

efecto la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 6 de agosto de 2012.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013.

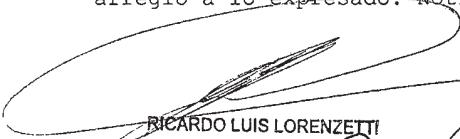
Vistos los autos: "Galván, Carlos Alberto y otro c/ Estado Nacional - M° de Defensa s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.".

Considerando:

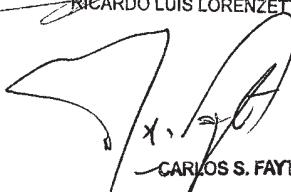
Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal -con excepción del último párrafo del punto IV-, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por

medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y devuélvase.

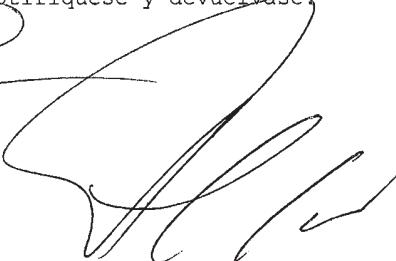


RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT

(Pronunciamiento)

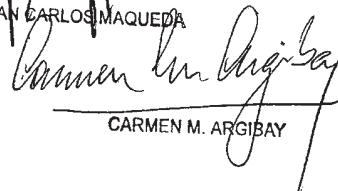


ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

DISI -/-



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

-///- DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, revocó la sentencia de grado y condenó al Estado Nacional a que "en el plazo de 90 días de notificado, practique nueva liquidación de los viáticos correspondientes a los actores por su participación en Batallón Ejército Argentino 'BEA 7', de conformidad con las disposiciones del decreto 1270/89...". De tal modo, el a quo dispuso que se paguen a aquéllos las diferencias reclamadas por el concepto aludido, con más los intereses pertinentes a la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina. Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario federal, que resultó concedido (cfr. fs. 145, 150/61 y 170).

2º) Que para así decidir, la cámara tuvo en consideración que "quienes demandan, se desempeñaron como integrantes de la misión que realizó el Batallón 7 del Ejército Argentino durante los días 26 de enero y 17 de julio del año 1995. Al inicio de su función se encontraba vigente el decreto 1270/89 y en virtud de esta norma les liquidó el viático diario". Remarcó que mediante el decreto 280/95, vigente a partir del 1º de marzo de ese año, "se les redujo el viático por el periodo restante al 50%", por lo que correspondía "revocar lo decidido en primera

-//-

instancia, puesto que la incorporación en la operación de referencia por parte del actor fue voluntaria, debiendo considerar sin lugar a dudas los lineamientos establecidos en el dec. 1270/89". Entendió el a quo que el cambio de las pautas consideradas al inicio de la misión "no pudieron ser modificadas y mucho menos, verse reducido el importe del viático que le había sido otorgado previamente". Agregó que "si bien (...) las sumas pretendidas no puede considerárselas en forma estricta como haber, ya que lo que se discute es el importe de viáticos, considero que el principio enunciado deviene de entera aplicación al caso, máxime que la reducción de la suma diaria alcanzaría el 50%" (fs. 145).

3º) Que frente a dicha decisión el Estado Nacional plantea los siguientes agravios: a) se ha efectuado una interpretación errónea de los decretos aplicables, con menoscabo de lo establecido en los artículos 14, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, toda vez que no existieron derechos adquiridos a la aplicación del régimen anterior, puesto que los viáticos deben liquidarse periódicamente y por consiguiente aplicarse el nuevo decreto 280/95 desde su vigencia "en tanto aquellos se devengan periódicamente y no de una sola vez", b) no se consideró que el fin perseguido por el decreto 280/95 fue el de disminuir los costos para el Estado Nacional, c) se desconoció la prerrogativa del Estado de modificar las condiciones contractuales "al

no estar asegurada la intangibilidad del sueldo de los empleados públicos", d) se adoptó una interpretación contraria a la jurisprudencia de esta Corte con relación a la confiscatoriedad de la reducción de los salarios, extendiéndola indebidamente a los viáticos, que no forman parte del haber, e) el aludido decreto ha sido dictado "...en ejercicio de las atribuciones emergentes del artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional" en una situación de emergencia económica (cfr. fs. 150/161).

4º) Que el recurso extraordinario deducido por la mencionada parte resulta formalmente procedente, en tanto se cuestiona la inteligencia asignada a normas federales -como lo son las contenidas en los mencionados decretos- y lo decidido por el superior tribunal de la causa ha sido adverso a la pretensión del recurrente fundada en el derecho de tal carácter. Corresponde recordar que en la tarea de establecer la correcta interpretación de las normas federales que le asigna el art. 14, inciso 3º, de la ley 48, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar "una declaratoria sobre el punto disputado" (art. 16 de la ley citada) según la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 320:1915, entre muchos otros).

5º) Que el *thema decidendum* del presente litigio estaba en determinar si el decreto 280/95 pudo válidamente modificar las condiciones tenidas en cuenta por los actores al incorporarse voluntariamente a la misión en Croacia o si, por el

-//-

contrario, la privación de efectos jurídicos a la norma preexistente -de la que derivó una significativa merma económica para aquéllos- generó un agravio al derecho de propiedad de los demandantes, consagrado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

6º) Que como se expresa en el dictamen que antecede (capítulo IV), a la fecha de comienzo de la misión -el 26 de

enero de 1995- se encontraba vigente el decreto 1270/89, que regulaba el régimen de viáticos por viajes al exterior del personal de la Administración Pública Nacional en cumplimiento de misiones o comisiones de carácter oficial o en uso de becas que no hubiesen excedido los 365 días (art. 1º). Con posterioridad, esa norma fue complementada por otra -el decreto 231/92- que aprobó el régimen especial de haberes y compensaciones del personal militar en misión o comisión transitoria, menores de 180 días y de hasta un año.

Por último, en lo que interesa y también señala el dictamen, el decreto 280/95 derogó el decreto del año 1989 mencionado supra y estableció que sus disposiciones regirían a partir del 1º de marzo de 1995 (art. 25). En virtud de la nueva normativa, el importe de los viáticos diarios fue modificado, de modo tal que "**por aplicación de los decretos 1270/89 y 231/92, para el cálculo del viático correspondiente a la República de Croacia debía aplicarse el 25% sobre el monto de U\$S 324.71 y, en cambio, por aplicación del decreto 280/95, en función también del decreto 231/92, debía aplicarse el 25% sobre el monto de U\$S 166**" (énfasis agregado).

7º) Que resulta de toda necesidad detenerse en los fundamentos y propósitos del decreto 280/95. Ellos expresan "[q]ue en la práctica la tramitación del mencionado régimen [el establecido por el decreto 1270/89] resulta dilatorio del cumplimiento de las misiones o comisiones autorizadas, debiendo en consecuencia, con habitualidad hacerse efectivo el pago de los viáticos respectivos con el objeto de llevar a cabo las mismas y posteriormente proceder a la convalidación de la medida adoptada". Asimismo, se expresó que "**habiéndose efectuado un análisis de las sumas abonadas en concepto de viáticos al exterior se deduce, por su magnitud, que las mismas representan una erogación presupuestaria de niveles muy significativos, razón por la cual se hace necesario revisar los importes preestablecidos, fijándolos**".

los en sumas fijas en función de las características particulares de cada país y conforme a los niveles jerárquicos establecidos en su oportunidad".

Finalmente, se concluyó del siguiente modo: "en mérito a lo indicado precedentemente, resulta conveniente derogar la norma que permite a funcionarios de menor jerarquía, percibir sumas en concepto de viáticos mayores cuando la misión o comisión esté integrada con funcionarios de niveles superiores" (énfasis agregado).

8º) Que, frente a lo anterior, es inocultable que fueron cuestiones de mera conveniencia las que motivaron el cambio normativo. La misma recurrente avala tal conclusión al afirmar a fs. 158 que no se examinó el "fin perseguido por la norma que disminuyó los viáticos, el cual radica en disminuir los costos para el estado nacional, en consecuencia se ve en la necesidad de reducir el porcentaje de los viáticos, acción por la cual el decreto 280/95 derogó al decretó 1270/89".

De tal modo, la doctrina establecida en la causa "Guida" (Fallos: 323:1566, voto del juez Fayt) es de indiscutible aplicación al presente caso, de tal suerte que a la luz de sus enunciados deberán ser examinadas las cuestiones planteadas en este pleito. Ello es así, porque claramente, no se invocaron razones de emergencia económica que pudiesen justificar la merma controvertida.

En tal oportunidad, se estableció que -como regla- "para resolver si ha existido o no violación a la garantía de la propiedad, debe partirse de la premisa de que la Constitución Nacional no asegura la intangibilidad de las remuneraciones de los agentes de la administración pública. Es por ello que éstos carecen de un derecho subjetivo al mantenimiento de su monto, y

que deben tolerar reducciones que ante situaciones excepcionales de crisis, no alteren la sustancia de su derecho a la retribución, es decir, no sean confiscatorias. En definitiva, si bien el salario goza de la protección del derecho de propiedad, sufre del mismo modo las limitaciones que en supuestos de emergencia se han reconocido como válidas" (considerando 12 del mencionado voto, énfasis agregado).

Al respecto, es del todo pertinente señalar que en la causa A.598.XLIII "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", sentencia del 18 de junio de 2013, esta Corte reafirmó que las medidas de emergencia no son ilimitadas y que se encuentran sujetas a ciertas condiciones y límites inquebrantables a la luz del bloque de constitucionalidad.

Este principio -previsto para **situaciones de emergencia reconocidas**- resulta particularmente aplicable a fin de juzgar la validez de las condiciones establecidas para el cumplimiento de la misión especial de autos (fs. 8 de los exptes. administrativos MD N° 17.199/2005 y 17.200/2005, respectivamente). Más aún en casos como el presente, cuando una decisión de mera conveniencia pretendió justificar la quita en el concepto controvertido.

Resulta irrefutable, por otra parte, no obstante lo afirmado por la recurrente a fs. 159 vta., que el decreto en cuestión fue encuadrado en las facultades que otorgan al presidente el artículo 99 inc. 1º de la Constitución Nacional, lo que descarta toda posibilidad de que se haya tratado de un decreto dictado por razones de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3º de la Ley Fundamental).

9º) Que el Estado Mayor General del Ejército abonó los viáticos conforme al decreto 1270/89 desde el 26 de enero de 1995 hasta el 28 de febrero de 1995. Desde el 1º de marzo hasta el 14 de julio de 1995 lo hizo conforme al decreto 280/95 (fs. 40).

Es claro, entonces, que el decreto cuestionado **no plantea problemas de retroactividad, sino una modificación, in pejus, del monto de "las compensaciones por viáticos"** (fs. 56 vta.) tenidas en cuenta al momento "de la partida" de los actores a la misión en Croacia, **cuya integración fue voluntaria** (fs. 42).

Al respecto, es conocido el principio general elaborado por esta Corte según el cual es indiscutible la facultad del Poder Ejecutivo de derogar una norma anterior por otra posterior de igual jerarquía, sin que el uso de tal prerrogativa configure, como regla, cuestión constitucional alguna (Fallos: 259:377; 283:360) y que a nadie le asiste un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (Fallos: 321:2683; 326:1442; 327:2293; 329:1586; 330:3565, entre muchos otros).

Sin embargo, en casos como el *sub examine* tal principio debe armonizarse con la doctrina señalada en el considerando anterior, dada la sustancia de los créditos en juego -que ostentan un indubitable contenido alimentario-, independientemente de la reglamentación castrense que excluye a las "compensaciones por viáticos" como integrativos del "haber mensual".

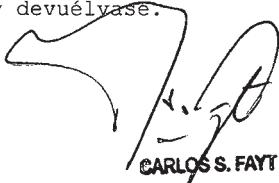
En efecto, esta última cuestión, resaltada en el dictamen que antecede (párrafo 10 del capítulo IV) en nada contribuye a la elucidación del tema planteado. Antes bien, con apego a la realidad y no a la categorización formal que quepa asignársele al mencionado concepto, forzoso es concluir que en casos excepcionales como el examinado, tales compensaciones constituyeron un aspecto sustantivo a considerar por quienes voluntariamente decidieron incorporarse a la misión (cfr. fs. 8 del expte. administrativo MD N° 17.200/2005).

Desde esta perspectiva, se advierte que el ítem controvertido constituyó un elemento inherente a la comisión transitoria convocada, pues, de manera innegable, estimuló la incorporación de voluntarios para sumarse a ella. La llamada estatal a integrar "fuerzas de paz" no constituye una circunstancia que concierne habitualmente al personal militar, de lo que se sigue que no resultó válido alterar unilateralmente una de las condiciones económicas establecidas, sin una definida situación de emergencia que justificase innovar con detrimento de la cuantía de estas últimas.

Es cuestión del todo esclarecida que si bien el Estado, en uso de prerrogativas emanadas de cláusulas exorbitantes, puede efectuar modificaciones en la relación de empleo público, tal facultad encuentra su límite en la imposibilidad de efectuar alteraciones sustanciales. Éstas se han configurado en el caso, a poco que se repare en los montos a los que se ha hecho referencia en el último párrafo del considerando 5º, que importan una disminución aproximada al cincuenta por ciento del régimen inicial.

Por tal motivo, tanto la magnitud de la reducción como el hecho de que el nuevo régimen se estableció por motivos de conveniencia y no derivó de una situación de emergencia económica, constituyen argumentos que cuentan con la suficiente solidez como para concluir que los alcances de la norma en cuestión sólo pudieron alcanzar a "los viajes al exterior" emprendidos con posterioridad a la entrada en vigor del decreto cuestionado.

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, se confirma la sentencia impugnada con costas. Notifíquese y devuélvase.



CARLOS S. FAYT

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional - Ejército Argentino**, demandado en autos, representado por la Dra. **Mariana Rita Lugani**, en calidad de apoderada.

Traslado contestado por **Carlos A. Galván y otro**, actores en autos, representados por el Dr. **Pedro Miguel Albarracín**, en calidad de apoderado.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5**.

---

**INSAURRALDE, HILARIO  
C/ ACEROS BRAGADO MB SA Y OTRO  
S/ ACCIDENTE - ACCIÓN**

**ACCIDENTES DEL TRABAJO**

Es arbitraria la sentencia adversa a la demanda por la cual un trabajador reclamó a su empleador y a la aseguradora de riesgos del trabajo una reparación integral con sustento en el derecho civil y en la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, por el accidente laboral que sufrió mientras operaba una máquina ya que, cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

-La jueza Argibay, por su voto, consideró aplicable el precedente “Díaz, Timoteo” (Fallos: 329:473)-.

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 CPCCN)-.

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- | -

Los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, luego de considerar que el accidente denunciado en el sub lite se produjo por culpa concurrente de la víctima, distribuyendo la responsabilidad en un 50% para cada parte, rechazó la demanda porque no se demostró gravamen que amerite la declaración de

inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos de Trabajo (LRT, nº 24.557).

Para así decidir, sostuvieron que el resarcimiento que pretendió el actor con fundamento en las normas de derecho común es menor que el valor que le hubiese correspondido si se hubiese reclamado con apoyo en la norma especial mencionada.

Contra tal pronunciamiento, la parte actora dedujo recurso extraordinario, que fue contestado y luego denegado dando origen a la interposición de la presente queja (v. fs. 622/637, fs. 567/572, fs. 643/652, fs. 665/666 de los principales que citaré en más; y fs. 36/40 del cuaderno respectivo).

- II -

En síntesis, la impugnante expone que el fallo involucra un supuesto de arbitrariedad de sentencia, haciendo hincapié en que, principalmente, se apartó del precedente "Aquino" (Fallos 327:3753). Afirma que la desestimación del reclamo en primera instancia se fundamentó en que el accidente ocurrió por culpa de la víctima. Agrega que en Cámara, los votos que conformaron la mayoría, desecharon la eximente de responsabilidad por culpa de la víctima y atribuyeron que el evento dañoso aconteció por factores concurrentes de ambas partes, distribuyendo la carga en un 50% a la empleadora, que tenía bajo su guarda la cosa riesgosa productora del daño, y un 50% al actor por su conducta, sin que hubiese una prueba concreta acerca de la culpa de la víctima y sobre la base de una afirmación dogmática, pues se presume en su contra. Plantea que la decisión no tuvo en cuenta, por un lado, que el principal había puesto a trabajar al actor en dos máquinas a la vez y en circunstancia de riesgo al tener que colocarse cerca de la máquina para realizar la tarea. Por el otro, tampoco se advirtió que tanto la prueba pericial técnica como los testigos dan cuenta de la peligrosidad de la máquina con la que trabajaba el operario. Puntualiza que la distribución de la carga de la responsabilidad concluye con el resultado final de rechazar el planteo de inconstitucional del art. 39 de la LRT y dejando sin reparación al trabajador, persona diestra, que sufrió una herida grave en la mano derecha que compromete la funcionalidad en su conjunto. De tal manera, que mediante un cálculo comparativo de ambos

regímenes, para el fallo resulta más favorable la aplicación de la LRT que el sistema de la reparación integral del derecho común y con ello, según sostiene, se rechazó infundadamente el reclamo. Explica que para el cotejo del sistema del derecho común frente al especial, sólo se tomó el daño físico, pero se omitió el daño psicológico, así como los gastos de tratamiento y se estimó para el daño moral, la suma de \$13.000 que es manifiestamente irrazonable.

- III -

Creo menester destacar, ante todo, dado que el accionante recurrió la sentencia con base -entre otros motivos- en la falta de fundamento del fallo de la Alzada, que sin perjuicio de la materia federal estricta también planteada, incumbe tratar en primer orden los agravios que tocan a la arbitrariedad, puesto que de existir esa tacha no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 318:189; 322:904; 323:35, entre otros).

En razón de lo expuesto, procede decir que no existe discusión sobre el acaecimiento del infortunio por el cual el reclamante perdiera la funcionalidad de la mano y que las secuelas del infortunio determinaron una incapacidad parcial, permanente y evolutiva equivalente al 75% de la t.o. con más un porcentaje reducido por minusvalía psicológica que asciende a un total del 76,25%, si se atiene al método de cálculo que valora la capacidad residual.

La decisión de la mayoría destacó que si bien coincidía con el voto de la minoría en cuanto habría existido culpa de la víctima en el infortunio denunciado, discrepó en que ése haya sido el único factor que intervino en la relación causal del daño, pues entendió que tal hipótesis actuó como factor concurrente con el del riesgo de la máquina utilizada. Puntualizó que el trabajador operaba dos trefiladoras a la vez (en tandem) que tales elementos no tienen jaulas protectoras que impidan el contacto de las partes mecánicas con las manos del operador. Agregó que, más allá que exista un botón de detención, el artefacto provoca un peligro porque las manos del operario pueden ser enganchadas ante un descuido, un error o un acto instintivo, que en la dinámica del desarrollo de la labor, como "acto reflejo" haya tendido a desenrollar un "rulo" del alambre sin

tener la precaución de detener el funcionamiento de la máquina. Sin embargo, sostuvo que la culpa del trabajador en su accionar no desplazaba de un modo total el nexo de causalidad adecuado que existió entre el infortunio y el riesgo de la cosa que la empleadora tenía bajo su guarda, considerando una imputabilidad parcial en las consecuencias dañosas del infortunio. Finalizó este punto sosteniendo que no existía la posibilidad de establecer con certeza, de manera científica, el grado de participación en el proceso de causación del daño, razón por la cual estimó los factores concurrentes de responsabilidad de ambas partes en un 50% (v. fs. 631/632).

Cabe señalar al respecto que V.E. tiene dicho que los daños causados por el riesgo de la cosa se rigen por las disposiciones del artículo 1113, párrafo 2º, parte final, del Código Civil; y que la culpa de la víctima con aptitud para cortar -totalmente- el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 332:2633, entre otros antecedentes).

En el caso, resulta relevante que el juez de primera instancia afirmara –en términos que se mantienen firmes aún después de las consideraciones de los jueces de la Cámara– que: *“no pueden conocerse fehacientemente los motivos por los cuales la mano derecha del trabajador fue atrapada por la máquina referida”* (v. fs. 570). Existe la declaración del único testigo que refiere que el accidente ocurrió porque el actor pretendió alisar un rulo del alambre y en la audiencia aclaró “que lo que vio fue que al actor le giraba la mano en el sentido de la máquina”. Relato que fue descalificado por estar a una distancia de 30 metros aproximadamente, además por carecer de objetividad y por las razones valederas que fueron objeto de impugnación destacada por el juez (v. fs. 570, párrafo 2º, fs. 193 y fs. 209vta./210). El único factor atributivo al trabajador surge de la interpretación que se realizó del informe pericial técnico con el que el juez entendió que: “el accidente no se hubiera producido, cualquiera haya sido el problema que motivó tal suceso, si el actor previo a tratar de solucionar el problema manualmente hubiera parado la máquina como debía proceder en tales casos” (v. fs. 571, primer párrafo.). Es decir, el magistrado vuelve nuevamente sobre

aquel hecho referido por el testigo al que había descalificado su declaración y sin que tales circunstancias surgiessen del informe pericial técnico, pues el perito afirmó “*Partiendo de la base que no surge del expediente una descripción detallada del accidente en donde se identifique la máquina, el componente de la máquina que produjo el atrapamiento y tracción del miembro del accidentado ni demás circunstancias que permitan reconstruir los hechos previos que desencadenaron en el accidente de autos, este Perito, no puede determinar la forma en que se produjo el mismo* (v. fs. 399vta. punto j) [...] que no es posible afirmar, sin el conocimiento de los factores previos interviniéntes, que el cumplimiento de aquellas (las normas de seguridad establecidas) por parte del operador de la máquina trefiladora, hubiese evitado el accidente de autos” (v. fs. 400, párrafo 2º).

A pesar de tales imprecisiones, en cuanto a cómo sucedió el evento dañoso, el voto de la mayoría en la Cámara se apoya en el informe técnico para responsabilizar parcialmente al trabajador, pues la referencia a la prueba testifical se vincula con el declarante de fs. 189, aunque solamente para sustentar la atribución parcial de responsabilidad al empleador, en cuanto rescató de ese testimonio que el aparato no contaba con un sistema de protección (v. fs. 631, párrafo 2º). A ello cabe agregar que el informe técnico destacó que ninguna de las máquinas que trabajan en “tándem” poseen sistema de corte automático para el supuesto de producirse un corte de alambre o formación de un rulo (v. fs. 403, punto c).

En tales términos, cobra relevancia el planteo de la actora en cuanto señaló en sus agravios que el perito ingeniero no pudo asegurar que el cumplimiento de las normas establecidas hubieran evitado el accidente, pues el corte del alambre según dijo, mientras se está procesando en la máquina trefiladora es un factor de riesgo durante el proceso y dicho artefacto, no tiene un sistema de corte automático para el supuesto en que se produzca un corte del alambre o formación de rulo, ni tampoco posee una jaula protectora que preserve al operario. A ello se añade la invocación de la prueba de testigos que refieren acerca de la peligrosidad de la máquina en cuanto se declaró que cuando el material viene malo, está duro, se corta y pega el latigazo, sin que los trabajadores tengan protección alguna (v. fs. 646 y fs. 191).

Desde esta perspectiva, cabe tener en cuenta la doctrina que V.E. en cuanto sostuvo que cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que él prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, párrafo segundo, del Código Civil, en el que queda a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (*Fallos* 329:2667, 333:2420, considerando 4º). En tal sentido, probada la intervención de la máquina de la demandada en la ocurrencia del daño que sufriera el trabajador, el a quo debió precisar cuál fue la prueba concreta que aportó aquélla para determinar el nivel de graduación de responsabilidad al que arribó. Ello porque la descripción que se realiza en el fallo no cuenta con elemento de prueba fehaciente que sustente la proporcionalidad que determinó la concurrencia de responsabilidad a la que arribó, ya que esa recriminación sólo puede surgir, en el ámbito de los artículos 512 y 902 del Código Civil, de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de las consecuencias (*Fallos*: 311: 1227; 317:768; 319:2511, etc.).

En tales condiciones, la sentencia impugnada, a mi criterio, no satisface el recaudo constitucional de fundamentación suficiente, por lo que la situación deberá ser reexaminada en un nuevo pronunciamiento.

- IV -

En cuanto al segundo agravio, la eventual inconstitucionalidad del sistema de reparación de la ley especial cabe estar a la doctrina de V.E. sentada en el caso "Arostegui" (*Fallos* 331:570) y si bien el a quo menciona este precedente para reformular los términos que constituyen la fórmula matemática para el cálculo del resarcimiento en su cotejo, omitió el tratamiento de lo que fue expresamente desarrollado en los considerandos 5º y 6º de *Fallos* 331:570 a los que corresponde remitir en razón de brevedad (v. fs. 632/633).

Lo manifestado, no implica anticipar un criterio sobre la solución que,

en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del asunto; extremo que, por otro lado, es potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la vía extraordinaria del artículo 14 de la ley n° 48, sin perjuicio de que la índole de la propuesta me excuse de tratar los restantes agravios del actor.

- V -

Por lo dicho, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia en cuanto fue objeto de agravio y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien competá, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 11 de abril de 2012.

  
\_\_\_\_\_  
MARÍA A. BEIRO de GONZÁLEZ  
FISCURARDO FISCAL DE  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Insaurrealde, Hilario c/ Aceros Bragado MB S.A. y otro s/ accidente - acción civil", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmaron la sentencia de primera instancia adversa a la demanda por la cual, un trabajador, reclamó a su empleador y a la aseguradora de riesgos del trabajo una reparación integral con sustento en el derecho civil y en la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, por el accidente laboral que sufrió mientras operaba una máquina trefila-

dora que le ocasionó una seria lesión en su mano derecha y una incapacidad psico-física del 76,25%. Para así resolver el a quo, por mayoría de votos, se atuvo a dos motivos. Por un lado, que había existido una responsabilidad concurrente entre la culpa de la víctima y el riesgo de la cosa, que distribuyó de modo "prudencial" en un 50% para cada parte, porque no existía "la posibilidad de establecer con certeza de índole científica cuál es el grado de participación en el proceso de causación del daño de cada uno de los factores". Por el otro, que "el importe que correspondería reconocer en concepto de resarcimiento integral de la minusvalía comprobada en la proporción atribuible a la empleadora (50%) [\\$ 78.000], es menor que el valor del resarcimiento que deriva de la aplicación de la ley 24.557" [\\$ 99.134,66], por lo cual estimó que "no se justifica -en este caso- una declaración de inconstitucionalidad [del citado art. 39.1] pues no se evidencia la afectación concreta de las garantías constitucionales invocadas en la demanda". Contra esa decisión, la actora dedujo el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

2º) Que asiste razón al recurrente en tanto predica la arbitrariedad del fallo cuestionado. En efecto, tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen con cita de Fallos: 329:2667 y 333:2420, cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Luego, resulta claro que el fundamento del fallo señalado en primer lugar en el considerando precedente, no se adecua a la doctrina antedicha por cuanto, no obstante la orfandad probatoria de la que hizo mérito, la distribución de responsabilidades ha hecho caso omiso del régimen aplicable en materia del *onus probandi*.

3º) Que, asimismo, no es menos censurable el segundo de los motivos arriba indicados. El a quo, con el fin de determinar el importe de la reparación civil y, además, cotejarla con el que arrojaría la ley 24.557 para, así, realizar el ya indicado control de constitucionalidad, se apoyó en referencias juríspudenciales, entre otras, la causa "Arostegui" de esta Corte (Fallos: 331:570-2008). Empero, surge evidente que lo antedicho nunca pudo eximir al juzgador de explicar cómo incidieron concretamente en el sub lite, las diversas circunstancias que, según lo adelantó, iba a tener en cuenta para alcanzar el fin mencionado.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la que-

ja a los autos principales, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

  
(en disidencia)

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

F. RAÚL ZAFFARONI

  
VO-/-

JUAN CARLOS MAQUEDA

  
(por m. voto)

CARMEN M. ARGIBAY

-//-/TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) La Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda por la cual, un trabajador, reclamó a su empleador y a la aseguradora de riesgos del trabajo una reparación integral con sustento en el derecho civil y en la constitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, por el accidente laboral que sufrió mientras operaba una máquina trefiladora que le ocasionó una seria lesión en su mano derecha y una incapacidad psicofísica del 76,25%.

El a quo por mayoría de dos votos, señaló que había existido una responsabilidad concurrente entre la culpa de la víctima y el riesgo de la cosa, que distribuyó de modo "prudente"

cial" en un 50% para cada parte, porque no existió "la posibilidad de establecer con certeza de índole científica cuál es el grado de participación en el proceso de causación del daño de cada uno de los factores".

Asimismo, que "el importe que correspondería reconocer en concepto de resarcimiento integral de la minusvalía comprobada en la proporción atribuible a la empleadora (50%) (\$ 78.000), es menor que el valor del resarcimiento que deriva de la aplicación de la ley 24.557" (\$ 99.134,66), por lo cual estimó que "no se justifica -en este caso- una declaración de inconstitucionalidad (del citado art. 39.1) pues no se evidencia la afectación concreta de las garantías constitucionales invocadas en la demanda".

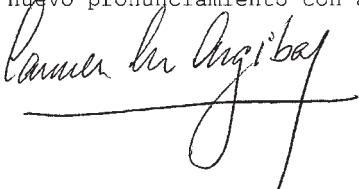
2º) Contra esa decisión la actora dedujo recurso extraordinario que denegado, dio origen a la presente queja. Asimismo, insiste en la inconstitucionalidad del artículo 39 de la L.R.T.

Critica el fallo en dos aspectos. En relación a la culpa concurrente y porque el rechazo de su planteo de inconstitucionalidad implicó desconocer la doctrina sentada en "Aquino" (Fallos: 327:3753).

3º) En lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1º de la ley 24.557, las cuestiones debatidas en el sub lite son sustancialmente idénticas a las tratadas en la causa "Díaz, Timoteo Filiberto", voto de la suscripta, (Fallos: 329:473), a cuyos términos cabe remitirse, por razones de brevedad.

4º) La conclusión antecedente determina la procedencia del recurso extraordinario deducido y la revocación de lo resuelto, lo que torna inoficioso el examen de los restantes agravios formulados, en tanto debería dictarse un nuevo fallo con arreglo a las normas de derecho común a que habilita la presente decisión.

-/- Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia recurrida con el alcance indicado, con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.



CARMEN M. ARGIBAY

DISI-/-

-/-DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

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

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución de

los autos principales, archívese.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Recurso de hecho interpuesto por **Hilario Insaurralde**, representado por el Dr. **Jorge Omar Sabbioni**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nº 18**.



L., S. R. Y OTRA  
C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA PROVINCIA -  
SUBSIDIO DE SALUD  
S/ AMPARO

*ACCION DE AMPARO*

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró inadmisible el recurso de casación local interpuesto por los padres de un menor de edad con discapacidad contra la sentencia que había desestimado la demanda que perseguía la obtención de la cobertura en ciertas prestaciones médicas para el niño, pues el tribunal examinó los recaudos de admisibilidad de casación se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que acarrea la frustración de los derechos invocados con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio, máxime, si se tiene en cuenta que el superior tribunal local no consideró siquiera los argumentos tendientes a demostrar la inexistencia de otros dispositivos aptos para lograr el reconocimiento urgente del derecho a la rehabilitación e integración del niño, en un plano de igualdad con quienes gozan de la cobertura que otorga el régimen nacional.

### *ASISTENCIA MEDICA*

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró inadmisible el recurso de casación local interpuesto por los padres de un menor de edad con discapacidad contra la sentencia que había desestimado la demanda que perseguía la obtención de la cobertura en ciertas prestaciones médicas para el niño, pues la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento, por lo que en el caso, más allá de las alegaciones formuladas en ese orden, la propia índole de la enfermedad que aqueja al niño lleva a pensar que la sola diligencia ocasionará un agravio de imposible o difícil reparación ulterior.

### *ASISTENCIA MEDICA*

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró inadmisible el recurso de casación local dado que se ha planteado un asunto constitucional idóneo -la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas, en el contexto de la institución del amparo-, no obstante lo cual, el tribunal a quo declaró inadmisible por causas formales el recurso de casación local, de manera que no ha ingresado siquiera en el análisis del punto federal, omisión que comporta un obstáculo al correcto ejercicio de la competencia apelada, ya que la decisión del caso federal no emana del tribunal superior de la causa y el respeto cabal del régimen federal de gobierno y de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias, impone -por un lado- reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional y, por el otro, exige colocar la intervención apelada de esta Corte en el quicio que ella le ha asignado, de ser su intérprete y salvaguarda final.

### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán declaró inadmisible -y, por ende, mal concedido- el recurso de casación interpuesto contra el fallo que desestimó el amparo promovido contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán (Subsidio de Salud), con el objeto de obtener la cobertura que regulan las leyes 22.314 y 24.091 y, en particular, el otorgamiento de ciertas prestaciones contempladas en ellas (v. fs. 83/85 y 199/200 de los autos principales, a cuya foliatura me referiré en adelante).

Para así decidir, el tribunal superior de la causa sostuvo que las

sentencias que abren la alternativa de un canal de reparación, sea por conocimiento ordinario o sumario, en ningún caso son susceptibles de remedio extraordinario local. Dicho supuesto, agregaron, se verifica en autos, porque el mero juicio sobre la inadmisibilidad de la vía sumarísima del amparo —que no se adentra en la fundabilidad de la pretensión—, deja expedita la posibilidad de que ésta sea propuesta en el contexto procesal adecuado.

Contra ese pronunciamiento, la parte actora dedujo el recurso extraordinario que, contestado y denegado, da origen a esta presentación directa (v. fs. 203/209, 213/215, 217/218 y 220).

-II-

Aun cuando las resoluciones donde los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales, no son susceptibles de revisión en los términos el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esta regla si lo decidido implica un mero formalismo, que lesiona las garantías constitucionales y conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada, sin fundamentación adecuada (Fallos: 326:1958).

A mi modo de ver, dicha directiva resulta aplicable en la especie pues —como ya se dijo— el tribunal superior de la causa clausuró el arbitrio del amparo, acudiendo en general —sin ninguna apreciación de las características del caso concreto— a un tópico de forma, como es el de la índole provisional del pronunciamiento recurrido. Así las cosas, el examen de los recaudos de admisibilidad de la casación, se llevó a cabo con un injustificado rigor formal, que acarrea la frustración de los derechos invocados, con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio.

Es que, reitero, el tribunal no consideró siquiera los argumentos tendientes a demostrar la inexistencia de otros dispositivos aptos para lograr el reconocimiento urgente del derecho a la rehabilitación e integración del niño, en un plano de igualdad con quienes gozan de la cobertura que otorga el régimen nacional. Aquellas manifestaciones fueron propuestas clara y seriamente, no sólo por los progenitores, sino también por el Ministerio Pupilar (v. fs. 195, penúltimo párrafo), invocándose las consecuencias gravosas que la prolongada indefinición del problema provocaría en E.G., al poner en peligro la continuidad de su desarrollo, especialmente en lo que atañe a su progreso educativo y auto-valimiento.

De tal suerte, la Corte local extremó el formalismo, en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona menor con discapacidad, haciendo caso omiso –en varios sentidos– de consolidadas líneas interpretativas trazadas por esa Corte en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad.

La primera de ellas, remite al concepto de definitividad, pues resulta verosímil la afirmación del apelante en el sentido de que el empleo de un trámite ordinario no satisfará la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos: 331:1755). Asimismo, la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento. En este caso, más allá de las alegaciones formuladas en ese orden, la propia índole de la enfermedad que aqueja a E.G., lleva a pensar que la sola dilación ocasionará un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior (arg. Fallos: 330:4647; 331:2135, entre muchos otros).

La segunda directiva, se vincula a la idoneidad de la vía elegida por los actores, que V.E. ha tenido por particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (v. Fallos: 330:4647; S.C. P. N° 943, L. XLIII *in re* “P., S.E. c/Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro s/amparo”, del 27 de mayo de 2009 [esp. consid. 6º]).

Y la última, está referida a la irrazonabilidad de imponer al afectado y su familia la carga de acudir a un juicio ordinario, cuando tienen años litigando (el reclamo se inició en el año 2005 –cuando E.G. contaba con nueve años de edad–, y el expediente judicial, en el año 2006). En ese orden, V.E. tiene dicho que incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia insita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por cañones expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 327:2413 y citas del dictamen publicado en Fallos: 332:1394 [punto VI]).

-III-

Desde esa misma perspectiva, en la opinión publicada en Fallos: 327:347, este Ministerio Fiscal volvió a insistir en que “... la exigencia de transitar exhaustivamente las instancias ordinarias y extraordinarias provinciales como recaudo

de admisibilidad del remedio federal, tiene como presupuesto el reconocimiento inclaudible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país –incluidos obviamente los superiores tribunales provinciales– para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional”.

Continuó recordando la doctrina de esa Corte en el sentido de que el adagio que pone a V.E. como custodia e intérprete final de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, debe ser entendido no sólo en cuanto a lo irreversible de sus decisiones, sino también en tanto a su carácter de últimas; esto es, que proceden sólo luego de agotadas todas las instancias, lo cual supone la aptitud jurisdiccional de los tribunales locales para expedirse sobre tales aspectos, previo a su escrutinio en el contexto del remedio federal.

Allí reiteró también, la idea de que las provincias no delegaron en el Gobierno Nacional la facultad de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva. De ello se sigue que pueden establecer los recursos que estimen convenientes, pero tal ejercicio resulta inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado.

-IV-

A esta altura, no puedo dejar de advertir –en concordancia con el criterio expuesto en el dictamen publicado en *Fallos: 334:295*, al que V.E. remitió–, que en este caso se ha planteado un asunto constitucional idóneo.

En efecto, el conflicto de autos pone en juego la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas, en el contexto de la institución del amparo (*Fallos: 332:1394*, por remisión al dictamen de esta Procuración [v. su punto II]).

Sin embargo y como se vio, el máximo tribunal provincial declaró inadmisible por causas formales el recurso de casación local, de manera que no ha ingresado siquiera en el análisis del punto federal, tal como lo prescribe el criterio antes referido. Esa omisión comporta un obstáculo al correcto ejercicio de la competencia apelada, pues la decisión del caso federal no emana del tribunal superior de la causa.

En ese sentido, el respeto cabal del régimen federal de gobierno y de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias, impone –por un lado– reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional. Y, por el otro, exige colocar la intervención apelada de la Corte en el quicio que ella le ha asignado: - ser, como ya se dijo, su intérprete y salvaguarda final.

-V-

Por lo expuesto, habida cuenta del alcance que la propia interesada confirió a su recurso (v. fs. 209 vta., acáp. 4.- del petitorio), opino que corresponde hacer lugar a la queja articulada, dejar sin efecto lo resuelto a fs. 199/200 y ordenar que –con la premura del caso– se dicte una nueva sentencia, en la que la Corte tucumana se dedique a la consideración de las cuestiones sustanciales planteadas.

Buenos Aires, 23 de abril de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLÓ  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de la Nación  
SUBROGANTE

#### DICTAMEN DE LA DEFENSORÍA OFICIAL

Suprema Corte:

I.- En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 del Código Civil y 54, incisos "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "i" de la Ley Orgánica de Ministerio Público N° 24.946), respecto del menor E. G. L., nacido el 11 de marzo de 1996 (cf. surge de la fotocopia del poder judicial glosado a fs. 30/31 de los autos principales).

**II.-** En tal carácter, emito dictamen respecto de la queja interpuesta por el letrado apoderado de la actora, con motivo de la denegación del recurso extraordinario federal (v. fs. 220/vta.), oportunamente planteado a fs. 203/209vta., contra el decisorio dictado el 19 de octubre de 2009 por la Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán (cf. fs. 199/200).

Por medio de tal resolución dicho Tribunal declaró inadmisible y, por ende mal concedido, el recurso de casación deducido por la parte actora contra la sentencia Nº 459 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo (la cual declaró inadmisible la acción de amparo promovida).

**III.-** En cuanto a la procedencia formal, cabe destacar, que la presentación directa tiene como presupuesto básico la resolución que desestimó el remedio federal deducido por la parte actora, expresando, en su parte pertinente: “*(...) La admisibilidad del recurso en examen ha sido objeto de un adecuado tratamiento en el dictamen del Ministerio Fiscal glosado a fs. 217/218, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite. Corresponde agregar que (...) en la especie no se advierte el invocado vicio de arbitrariedad ni se configura cuestión federal alguna, habida cuenta que el motivo del debate se limita a expresar meras discrepancias de la recurrente con las consideraciones en la sentencia en torno a la aplicación de normas de derecho procesal y de carácter local relativas a la admisibilidad del recurso de casación, todos ellos aspectos no susceptibles de revisión por la vía extraordinaria federal. (...)"* (v. fs. 220).

A juicio de este Ministerio Pupilar, resulta evidente que el mencionado decisorio no satisface de modo alguno los requisitos exigidos para ser considerado como un pronunciamiento jurisdiccional válido, ya que no se hace cargo de los argumentos esgrimidos por la recurrente para fundar el recurso interpuesto basado en la arbitrariedad, y tampoco efectúa una crítica razonada que justifique la solución adoptada.

En primer lugar, repárese que sostiene el Sr. Fiscal, -a cuyo dictamen se remitió

el Superior Tribunal de la causa-, que: "...la cuestión que motiva el recurso se relaciona con la interpretación de normas de derecho procesal local –relativa a la admisibilidad del recurso de casación-, que es insusceptible de revisión por vía extraordinaria federal, excepto que se invocare en forma suficiente arbitrariedad en el pronunciamiento" (v. fs. 217).

En tal sentido, es dable resaltar, que tiene dicho V. E. que: "Si bien las decisiones que declaran la procedencia o improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales de la causa no justifican -como regla- el otorgamiento del recurso extraordinario, ello no es óbice para invalidar lo decidido cuando la resolución carece de fundamentación suficiente y ha frustrado una vía apta para el reconocimiento de los derechos invocados, con menoscabo de la garantía de la defensa en juicio reconocida en el art.18 de la Constitución Nacional" (-Del dictamen de la Procuración General, al que remitió esa Corte, Fallos: 326:2397); circunstancia que acontece en el sub lite.

Por otra parte, nótese que si bien es cierto que las cuestiones de derecho procesal y común no constituyen cuestión federal, según reiterada jurisprudencia de V.E.; no resulta menos cierto, que dicho principio no es absoluto, sino que por el contrario,cede cuando, como en el caso en estudio la sentencia apelada no cumple con el requisito de debida fundamentación exigible a toda decisión judicial, y la obligación de constituir una derivación razonada del derecho vigente, con particular aplicación a las circunstancias de la causa, resulta satisfecha sólo en forma aparente (cf. doctrina de Fallos: 319: 722; 316:653; 310:927, entre muchos otros).

Ello sin olvidar, como acertadamente señala Morello, que: "...el menoscabo del proceso justo siempre es cuestión federal trascendente..." . (cf. Morello, Augusto M., "El Recurso Extraordinario", con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello, 2º edición, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., año 1999, pág. 360).

De esta manera, surge la doctrina de la arbitrariedad como creación pretoriana de esa Corte en respuesta a la necesidad de integrar cuestiones de hecho, de derecho común, procesal o prueba dentro del recurso extraordinario. Pese a esta doctrina, en el caso, la resolución denegatoria

de la vía recursiva intentada pretende limitar vuestra intervención, al desconocer la invocación de supuestos específicos de arbitrariedad, y veda a mi asistido la posibilidad de acceder a esta instancia, en procura de la tutela de derechos que la Constitución Nacional reconoce y garantiza.

Por estos breves fundamentos, solicito que se decrete la apertura de la presentación directa incoada.

**IV.-** A fin de poder expedirme sobre el fondo de la cuestión, realizaré una breve reseña de los antecedentes de la causa.

A fs. 9/15vta. se presentaron por apoderado, el Sr. R. S. L., y la Sra. M. E. T., a los efectos de promover acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social de la Provincia de Tucumán – Subsidio de Salud, con el fin de que se le ordene otorgar al niño E. las prestaciones establecidas por la ley 24.901 y normas concordantes, integrantes del sistema argentino de protección a las personas con discapacidad; que fueran oportunamente solicitadas en el expediente 106-L-2005, y rechazadas mediante la resolución 1287/06. Asimismo, peticionaron se lo condene a abonar las prestaciones adeudadas desde la fecha 2 de marzo de 2005, incluyendo la matriculación.

En este orden, relataron que el día 2 de marzo de 2005 promovieron el Expte. 106-L-2005, a efectos de que se le otorgue a su hijo las prestaciones correspondientes a la ley 24.901. Agotados los reclamos que formularon, y con motivo de la demora para resolver, interpusieron amparo por mora, que tramitó mediante el Expte. 181/06 por ante la Cámara Contenciosa Administrativa, Sala II, con fecha 5 de abril de 2006.

Expusieron, que con fecha 14 de junio de 2005, se dictó la resolución 1287/06, mediante la cual se rechazó *in toto* la pretensión formulada. Agotada la vía administrativa, se vieron obligados a interponer la presente acción, en atención al estado de abandono del menor por parte del órgano responsable de atender sus necesidades.

Peticionaron, que se le ordene a la demandada brindar a su hijo la cobertura de escolaridad en el instituto EDADI.

A fs. 46/52, se presentó el apoderado de la parte demandada “Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán” (IPSST), quien contestó la demanda, negó los hechos allí expuestos, planteo inadmisibilidad de la vía del amparo, y solicitó el rechazo de la acción intentada.

A fs. 83/86vta., con fecha 19 de septiembre de 2007, la Sala II de la Excma. Cámara Contencioso Administrativa, resolvió declarar la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 57 de la ley 6944, y en consecuencia, confirmó su competencia material para entender en el presente caso. Asimismo, declaró inadmisible la demanda de amparo, sin que tal declaración implique negar judicialidad a la pretensión de los actores, sino concretar la vía adecuada para su cuestionamiento, con costas.

Contra dicho decisorio, la parte accionante interpuso recurso de casación (cf. fs. 88/92); que fue concedido a fs. 161.

A fs. 199/200, el día 19 de diciembre de 2009, la Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte Provincial resolvió declarar inadmisible; y por ende mal concedido, el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia N° 459.

Contra dicho resolución, dicha parte interpuso recurso extraordinario federal (cf. fs. 203/113vta.); cuya denegación (cf. fs. 220/vta.), motivó la presente queja.

V.- Luego de haber encuadrado fácticamente la presente acción, procederé a enunciar los agravios que le ocasiona a mi representado la resolución recurrida.

**V. a).**- En primer lugar, lo agravia que se haya declarado inadmisible, y por ende mal concedido, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia N° 459 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara, aduciendo que: “...la sentencia recurrida se limita a efectuar un mero juicio negativo sobre la admisibilidad de la vía procesal sumarísima del amparo, pero sin adentrarse a la fundabilidad de las pretensiones demandadas.(...) Lo señalado determina la inadmisibilidad del recurso intentado en la especie, toda vez que, de acuerdo al artículo 814 del CPCyC, las sentencias que dejen abierta una

*vía de reparación, sea por conocimiento ordinario o sumario, en ningún caso son pasibles del remedio extraordinario local.*" (v. fs. 199vta.).

Discrepo con tal aseveración, en mérito a que en la especie devenía inaplicable la norma invocada, y consecuentemente, se hallaba habilitada la vía intentada; a poco que se advierta, la premura existente –que fue ignorada por el *a quo*- para lograr que la accionada le suministre a mi asistido las prestaciones requeridas para salvaguardar su integridad psicofísica.

Ello así, ya que: “*...podrían situar al recurrente en una posición desde la cual difícilmente el mencionado y eventual juicio de conocimiento posterior al presente, podría significar una reversión de las consecuencias que, por su índole (...), se habrían tornado irreparables*” (Corte Sup. Just. Tucumán, 19/2/1993, “Cootam c Hilel Benchimol s/ ejecución hipotecaria”, cita Lexis Nº 25/12356).

Así, la denegación del remedio extraordinario local, inspirada sólo en ritualismos excesivos, no hace más que dejarlo expuesto a una gravísima situación, en tanto le irroga un perjuicio de imposible reparación ulterior; por cuanto, transcurridos más de 4 años desde la petición incoada, no se le ha dado aún respuesta alguna, pese a hallarse en juego su derecho a la salud.

En efecto, el juzgador limitó su actuación a una comprobación formal del recurso planteado, obviando tener en cuenta la cuestión llevada a su conocimiento; lo que torna a dicho pronunciamiento en arbitrario, con la consecuente admisibilidad del agravio bajo estudio.

**V. b).**- En segundo lugar, lo agravia que se haya convalidado la sentencia de la Alzada, en cuanto consideró que no se verificaban los requisitos necesarios para la viabilidad de la acción de amparo promovida.

No comparto tal postura. En este orden, deviene necesario recordar, que la acción de amparo regulada por el art. 37 de la Constitución de la Provincia de Tucumán, y reglamentada por el art. 50 de la ley 6.944, esta prevista para los supuestos en que los derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional o Provincial sean

restringidos, amenazados o lesionados en forma actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un daño grave; extremos que a mi modesto entender, se configuran en la especie.

Así, la negativa del IPSST (que se infiere del Expte. Administrativo N° 106 02-L-2005, y del escrito de contestación de demanda), al no hacer lugar al pedido efectuado por los actores - cobertura de escolaridad en el Instituto EDAPI y de transporte especial desde el domicilio hasta el centro educativo; como así también, de rehabilitación en los términos de la Ley 24.900-1 a los fines de obtener un adecuado tratamiento para la patología que padece su hijo, deviene arbitraria e ilegitima, y lesiona en forma actual sus legítimos derechos.

Máxime, cuando como fundamento de tal negativa, la demandada alegó que no está obligada más allá de lo que expresamente dispone la normativa local reglamentaria de su actividad, por ser ésta sub legal (v. contestación demanda, fs. 47, párrafo noveno, actuaciones principales).

A la luz de estos delineamientos, viene a cuento remarcar que se encuentran en juego derechos fundamentales de mi representado, tales como el derecho a la vida y a la salud en su más amplio sentido, a la igualdad ante la ley, a la educación y a una mejor calidad de vida (cf. arts. 14, 14 bis, 16, 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna; arts. 1, 7 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. I, II, VII, XI, XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 4 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 9, 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts 2 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); **siendo evidente, la procedencia de la acción de amparo intentada para su adecuada tutela.**

Al respecto, cabe señalar, que el art. 24 de la Constitución Provincial le reconoce un carácter operativo a los derechos y garantías consagrados por los Pactos y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados como Ley de la Nación, y le pone coto a la potestad reglamentaria al establecer que: “...toda ley, decreto u orden que, so pretexto de reglamentación,

*desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos, o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces”.*

En este orden, se ha pronunciado el Supremo Tribunal Provincial, afirmando categóricamente que las disposiciones legales que regulan en el orden local la organización de la obra social del IPSST (Subsidio de Salud), “...en cuanto limitan por razones económicas, entre otras, las prestaciones de salud debidas a sus afiliados y adherentes, han quedado abrogadas institucionalmente por la vigencia de los (...) Tratados de Derechos Humanos, incorporados a nuestro derecho interno a partir de la reforma de 1994 y expresamente en la Provincia, por Ley provincial N° 6.664 (B.O. del 11-8-95), antes de la reforma constitucional de 2006” (cf. sentencia n° 717, del 06/8/2007, dictada en la causa “Tale, Hernán Raúl y otro c/ I.P.S.S.T. y otra s/ amparo”).

Desde otra arista, viene a cuento recordar, que la solución a la que arribó el decisorio atacado soslayó diversos precedentes judiciales, y la opinión de la más autorizada doctrina, en cuanto a que la acción de amparo contenida en el art. 43 de la Constitución Nacional, concebida como procedimiento o vía de tutela esencial, juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa, para asegurar la vigencia cierta de los derechos fundamentales. (cf. Augusto Mario Morello, “La primera sentencia de alzada sobre el amparo, a la luz de la Constitución reformada”, JA, 1994-IV-673).

Así, “*El amparo no es un engranaje excepcional, extraordinario, un personaje raro y mal visto por los justiciables, todo lo contrario, la Constitución quiere que sea utilizado con generosidad porque ninguna otra herramienta procesal puede otorgar protección reclamada y debida.*” (Morello, Augusto M., “Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial”, LL. 1996-A-1476).

Criterio, que por otra parte, fuera ratificado por vuestro Digno Tribunal al sostener que: “*...debe advertirse que en el sub lite se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía, en el art. 75, inc. 22, razón por la cual, ante la*

*interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43, con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación... ”.* (Del dictamen del Sr. Procurador General, que esa Corte hace suyo, en Fallos: 324:3074, entre otros).

Como podrá apreciar V.E., el *a quo* no valoró adecuadamente los daños que podrían producirse en la evolución del niño, y las consecuencias negativas para una apropiada reinserción social.

En definitiva, el amparo como acción y derecho constitucional, resulta la vía idónea para la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes; circunstancia ésta, que fue desconocida en forma por demás arbitraria por el decisorio apelado, lo cual amerita su revocación.

**V. c).**- Por último, le causa también gravamen que se haya omitido examinar adecuadamente la cuestión de fondo llevada a su conocimiento; cercenando así el derecho a la jurisdicción, comprensivo del derecho a un debido proceso.

Y lo cierto es, que la pretensión de los amparistas merecía la tutela legal requerida, en tanto pretendían obtener para su hijo E., la cobertura educativa en la Institución escolar denominada ADAP; como así también, el transporte especial necesario para asistir diariamente a la referida institución, más la cobertura que regulan las leyes nacionales N° 22.314 y 24.091. Prestaciones que fueron irrazonablemente denegadas por la demandada, en clara vulneración de sus derechos.

En este contexto, deviene inevitable ponderar, que mi asistido padece Síndrome de Down– Retraso Mental Moderado (cfr. fs. 23), con la consiguiente necesidad de asistir a una institución con escolaridad diferencial acorde a su proceso madurativo, dada la implicancia que ello tiene para su desarrollo, su inserción social, y su desempeño en actividades afines a su problemática.

En tal línea de pensamiento, como lo ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 1, cf. párrafo 2, “...*la educación a que tiene derecho todo*

*niño es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades*" y párrafo 9, "...cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias..." ("Investigaciones" 1/2 (2001), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bs. As. 2002, p. 204 y sgts., -el destacado me pertenece-).

En base a lo antedicho, no cabe duda que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta el interés superior del niño; soslayando que son las sentencias judiciales los instrumentos idóneos para velar por el correcto cumplimiento y real efectividad de los preceptos mencionados. Debe el Juez siempre fallar en la dirección necesaria para evitar que los menores involucrados vean perjudicado su bienestar y adecuado desarrollo.

Así ha sostenido V.E., que: "...cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, ataña a los jueces buscar soluciones que avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones y evitar la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional...". (cf. dictamen del Señor Procurador General, que esa Corte comparte y hace suyos, Fallos: 327:2413).

Ante este panorama, deviene palpable, que el único medio para garantizar una adecuada calidad de vida y el bienestar psicofísico de E.; es el dictado de un nuevo fallo, que ordene a la Obra Social demandada a cubrir en forma integral las prestaciones que requiere.

En consecuencia, opino que los agravios incoados deberán tener favorable acogida.

**VI.-** Por lo expuesto, y de conformidad con los restantes argumentos vertidos por la parte actora a fs. 203/209vta. de las actuaciones principales; estimo, que corresponde hacer lugar al remedio federal deducido, revocar la sentencia atacada, y disponer –sin más trámite- que la accionada

le confiera a mi asistido las prestaciones requeridas.

**DEFENSORÍA OFICIAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,** 12 de noviembre de 2010.

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, diez de diciembre de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Corte Suprema de Justicia de Tucumán declaró inadmisible -y, por ende, mal concedido- el recurso de casación interpuesto por los padres de un menor de edad con discapacidad contra la sentencia que, en lo que interesa, había desestimado la demanda. La pretensión había sido encauzada mediante un amparo promovido contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán (Subsidio de Salud), con el objeto de obtener la cobertura que regulan las leyes 22.314 y 24.091 y, en particular, el otorgamiento de ciertas prestaciones allí previstas para el niño. Para concluir de ese modo, el tribunal a quo sostuvo que las sentencias que abrían la alternativa de un canal de reparación, sea por conocimiento ordinario o sumario, en ningún caso eran susceptibles del remedio extraordinario local; a lo que agregó que dicho supuesto se verificaba en el sub lite, pues el mero juicio sobre la inadmisibilidad de la vía sumarísima del amparo -que no se adentraba en la fundabilidad de la pretensión- dejaba expedita la posibilidad de que ésta fuera propuesta en el contexto procesal adecuado.

2º) Que contra esa decisión, los actores interpusieron recurso extraordinario cuya denegación motiva esta queja, en

el que sostienen que dicho fallo es arbitrario por hallarse fundado sólo de manera dogmática y por apartamiento de las constancias de la causa.

3º) Que el recurso es procedente pues, aun cuando las resoluciones en que los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales no son susceptibles, como regla, de revisión en los términos del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción si lo decidido implica un mero formulismo, que lesiona las garantías constitucionales y conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada, sin fundamentación adecuada (Fallos: 326:1377 y 1958), tal como sucede en el sub lite.

4º) Que, en el caso, el tribunal a quo clausuró el arbitrio del amparo acudiendo en general -sin ninguna apreciación de las características del caso concreto- a un tópico de forma, como es el de la índole provisional del pronunciamiento recurrido. Debido a ello, el examen de los recaudos de admisibilidad de la casación se llevó a cabo con un injustificado rigor formal, que acarrea la frustración de los derechos invocados con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio.

Máxime, si se tiene en cuenta que el superior tribunal local no consideró siquiera los argumentos tendientes a demostrar la inexistencia de otros dispositivos aptos para lograr el reconocimiento urgente del derecho a la rehabilitación e integración del niño, en un plano de igualdad con quienes gozan de la cobertura que otorga el régimen nacional.

Las postulaciones efectuadas por la actora en ese sentido fueron propuestas clara y seriamente, no solo por los progenitores, sino también por el Ministerio Pupilar, que concordemente invocaron las consecuencias gravosas que la prolongada indefinición del problema provocaría en el niño, al poner en peligro la continuidad de su desarrollo, especialmente el que atañe a su progreso educativo y autovalimiento.

En estas condiciones, el tribunal a quo extremó el

formalismo, en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona menor de edad con discapacidad, haciendo caso omiso de consolidados criterios hermenéuticos trazados por este Tribunal en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad.

5º) Que, en efecto, la primera de esas líneas de interpretación, remite al concepto de definitividad, pues resulta verosímil la afirmación del apelante en el sentido de que el empleo de un trámite ordinario no satisfará la exigencia de tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 331:1755).

En ese sentido, la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento. En este caso, más allá de las alegaciones formuladas en ese orden, la propia índole de la enfermedad que aqueja al niño lleva a pensar que la sola dilación ocasionará un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior (arg. Fallos: 330:4647; 331: 2135, entre muchos otros).

La segunda directiva, de pareja significación, se vincula a la idoneidad de la vía elegida por los actores, que esta Corte ha tenido por particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (Fallos: 330:4647; 332:1200).

La última regla interpretativa está referida a la irrazonabilidad de imponer al afectado, y su familia, la carga de acudir a un juicio ordinario cuando llevan años litigando, pues el reclamo se inició en el año 2005 –cuando el niño contaba con nueve años de edad– y el expediente judicial, en el año 2006. En ese orden, esta Corte ha sostenido reiteradamente que incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia insita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por cañones expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca

a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 327:2413; 330:4647 y 332:1394).

6º) Que, desde esa misma perspectiva, esta Corte ha sostenido que la exigencia de transitar exhaustivamente las instancias ordinarias y extraordinarias provinciales como recaudo de admisibilidad del remedio federal, tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país –incluidos obviamente los superiores tribunales provinciales– para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional (Fallos: 311:358; 327:347 y 331:1178).

Asimismo, el adagio que coloca al Tribunal como custodia e intérprete final de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, debe ser entendido no solo en cuanto a lo irreversible de sus decisiones, sino también en tanto a su carácter de últimas; esto es, que proceden solo luego de agotadas todas las instancias, lo cual supone la aptitud jurisdiccional de los tribunales locales para expedirse sobre tales aspectos, previo a su escrutinio en el contexto del remedio federal (Fallos: 311:2478 y 327:347).

7º) Que, en el caso, se ha planteado un asunto constitucional idóneo, pues se ha puesto en juego la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas, en el contexto de la institución del amparo (Fallos: 332:1394). Sin embargo, el tribunal a quo declaró inadmisible por causas formales el recurso de casación local, de manera que no ha ingresado siquiera en el análisis del punto federal, tal como lo prescribe el criterio antes referido.

Esa omisión comporta un obstáculo al correcto ejercicio de la competencia apelada, pues la decisión del caso federal no emana del tribunal superior de la causa. En ese sentido, el respeto cabal del régimen federal de gobierno y de la zona de

reserva jurisdiccional de las provincias, impone -por un lado- reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional; Y, por el otro, exige colocar la intervención apelada de esta Corte en el quicio que ella le ha asignado: ser, como ya se dijo, su intérprete y salvaguarda final.

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 a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



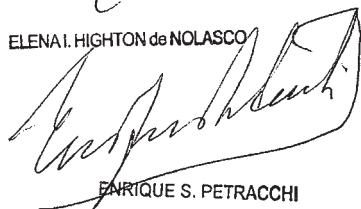
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por: R. L. S. y M. E. T., representados por el doctor Pedro E. Guaraz.

Tribunal de origen: Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

Tribunales intervenientes con anterioridad: Cámara Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II.

LACAVE, FLORA B. Y OTROS  
C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

*COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA*

Cabe revocar la decisión mediante la cual el Tribunal declaró su incompetencia originaria y dispuso que la pretensión deducida contra el Estado Nacional -Policía Federal- debía continuar ante la justicia federal y, frente a la inadmisibilidad de la acumulación subjetiva de pretensiones, el reclamo contra el Estado provincial debía continuar ante la justicia local, pues evidentes razones de economía procesal así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que le asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia, llevan a dejar de lado en el sub lite el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por la Corte en las causas “Barreto” (Fallos: 329:759), “Mendoza” (Fallos: 329:2316) y “Banda, Noemí y otros” (del 1/12/2009) y en consecuencia, a mantener su competencia originaria para dictar sentencia definitiva en el asunto.

**FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, *10 de diciembre de 2013.*

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 1727/1729 la parte actora interpone recurso de revocatoria contra la resolución de fs. 1713/1714 por la que el Tribunal declaró que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por los fundamentos que allí expone.

2º) Que si bien esta Corte ha considerado que peticiones semejantes a la presente resultan en principio improcedentes ya que las sentencias definitivas e interlocutorias no son susceptibles de ser modificadas por la vía intentada (arts. 238 y 160 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), ello no obsta a que tal criterio ceda ante circunstancias estrictamente excepcionales, como las que ocurren en el caso (causas B.92.XXXII. “Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa) y/o Francisco José Guzmán y/o titular del camión Mercedes Benz Dominio C.577.007 s/ daños y per-

juicios", pronunciamiento del 1º de noviembre de 1999; e "Instituto Argentino de Riñón y Trasplante S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de y otros" (Fallos: 325:3296).

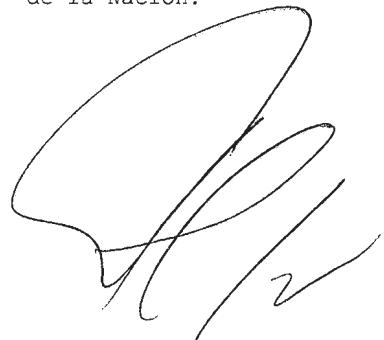
3º) Que en ese sentido, resulta oportuno aclarar que el criterio adoptado por el Tribunal en las causas citadas por la recurrente: "Punte" (Fallos: 329:809), "Cohen" (Fallos: 329:2088), "Bustos" (Fallos: 329:2688), "Mosca" (Fallos: 330:563) y "Gatica" (Fallos: 332:2842), como en otras, en cuanto dispuso dejar de lado el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por esta Corte el 21 de marzo de 2006 en la causa "Barreto" (Fallos: 329:759) y "Mendoza" (Fallos: 329:2316), obedeció al prolongado trámite al que había dado lugar la substancialización de aquéllas y la significativa extensión del tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia.

4º) Que sentado ello, sin perjuicio del considerable plazo de tramitación del presente proceso, cabe destacar que, dada la apertura de la causa a prueba y producción de la que da cuenta el certificado de fs. 666/669, y que fueron puestos los autos para alegar haciendo uso de ese derecho la actora y los codemandados Policía Federal Argentina y Oscar Alberto Parodi, lo cierto es que al momento de emitir el decisorio recurrido las actuaciones se encontraban en estado de disponer el llamado de autos para sentencia y, en su mérito, de aplicar al caso el criterio de excepción referido en el considerando 3º, en la medida en que la circunstancia de que no se haya dictado una providencia en aquel sentido no puede resultar un impedimento insoslayable para su aplicación (conf. arg. causa I.247.XL "Industrial Coop. Cooperativa de Trabajo Limitada c/ Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de certeza", pronunciamiento del 9 de agosto de 2011).

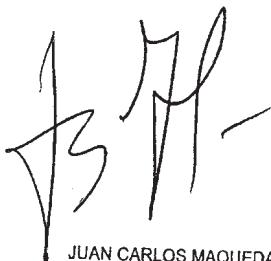
5º) Que, sobre la base de lo expuesto, evidentes razones de economía procesal así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la

necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia (Fallos: 319:2151 y sus citas), llevan a dejar de lado en el sub lite el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por esta Corte en las causas "Barreto" (Fallos: 329:759), "Mendoza" (Fallos: 329:2316) y B.865.XXXVI "Banda, Noemí y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", pronunciamiento del 1º de diciembre de 2009, y, en consecuencia, a mantener su competencia originaria para dictar sentencia definitiva en este asunto.

Por ello, se resuelve: I. Hacer lugar al planteo efectuado por la parte actora a fs. 1727/1729. II. Revocar la decisión de fs. 1713/1714 y pasar las actuaciones a la Procuración General de la Nación. Notifíquese; comuníquese a la Defensoría General de la Nación.



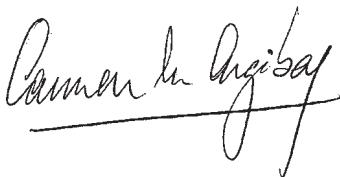
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de revocatoria interpuesto por Flora B. Lacase y otros, representada por el Dr. Eduardo R. Maffia, con el patrocinio letrado de la Dra. Daniela M. Martín.

---

**ROQUEL, HECTOR ALBERTO  
C/ SANTA CRUZ, PROVINCIA DE - (ESTADO NACIONAL)  
S/ ACCIÓN DE AMPARO**

***ACCION DE AMPARO***

Cabe desestimar la acción de amparo deducida por los actores en su carácter de ciudadanos electores de la Provincia de Santa Cruz, usuarios, consumidores y beneficiarios, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto del PEN 1277/2012 y de su anexo, por el cual se aprobó la reglamentación de la ley 26.741 (YPF), así como también de toda otra norma dictada en su consecuencia, pues no se verifica la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual o concreta.

***ACCION DE AMPARO***

Cabe desestimar la acción de amparo deducida por los actores en su carácter de ciudadanos electores de la Provincia de Santa Cruz, usuarios, consumidores y beneficiarios, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto del PEN 1277/2012 y de su anexo, por el cual se aprobó la reglamentación de la ley 26.741 (YPF), así como también de toda otra norma dictada en su consecuencia, pues el de “ciudadano” es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso”.

***CASO O CONTROVERSIA***

La existencia de “causa” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso; la “parte” debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concresión e immediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional, sin que de dichas previsiones constitucionales se siga la automática aptitud para demandar, sin el examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción , en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas” (arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional).

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Héctor Alberto Roquel, Rodrigo Sebastián López, José Alberto Lozano y Hugo Santiago Maher, en su carácter de ciudadanos electores de la Provincia de Santa Cruz, usuarios, consumidores y beneficiarios de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y provincial y en las leyes dictadas en su consecuencia, promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, ante el Juzgado Federal de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del decreto del PEN 1277/2012 y de su anexo, por el cual se aprueba la reglamentación de la ley 26.741 (Yacimientos Petrolíferos Fiscales), así como también de toda otra norma dictada en su consecuencia.

Cuestionan el decreto en cuanto aducen que lesiona, restringe, altera y amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos de la provincia, puesto que priva a esta última de administrar sus propios recursos naturales tal como lo venía haciendo, y sus propios derechos, respecto del uso de la riqueza petrolera y su renta, cuya tutela constitucional ha sido consagrada en los arts. 42 y 43 de la Ley Fundamental, pues dicha potestad es ahora ejercida por la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas, lo cual conculca las leyes 17.319 y 26.197 que establecen el Régimen Nacional de Hidrocarburos, la ley local 3117 de la materia, los arts. 17, 31, 99, inc. 2º, 121, 123 y 124, de la Constitución Nacional, y 48, 52, 57 y 73, de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz.

Asimismo, solicitan que se dicte una medida cautelar de no innovar que suspenda la ejecución de dicho decreto, de toda otra norma dictada como consecuencia de aquél, así como también de todo acto que implique otorgar o adjudicar

derechos de exploración y explotación de yacimientos o áreas hidrocarburíferas o bien la extensión o prórroga de dichos derechos de la provincia y modificar los contratos y acuerdos celebrados con los concesionarios de los recursos hidrocarburíferos de la Provincia de Santa Cruz, sin observar las disposiciones indicadas.

A fs. 24/25, el juez admitió su competencia, rechazó la medida cautelar y ordenó la integración de la litis con la Provincia de Santa Cruz, en los términos del art. 90, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A fs. 36/40, la Provincia de Santa Cruz se presentó y opuso las excepciones de falta de legitimación activa e incompetencia. En cuanto a esta última, sostuvo que el proceso debía tramitar ante la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ser parte la provincia en una causa federal, puesto que el pleito reside en la interpretación del art. 124 de la Constitución Nacional y, además, concurre el Estado Nacional.

A fs. 54/87, el Estado Nacional también opuso las excepciones de falta de legitimación activa e incompetencia, con fundamento en similares argumentos.

A fs. 93/94, el juez se declaró incompetente y remitió las actuaciones a la Corte Suprema.

A fs. 99, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

En principio, el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, trámite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos:

312:640; 313:127 y 1062; 322:1514 y 331:1243, entre otros).

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

A fin de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito -ya sea como actora, demandada o tercero- y sustancialmente, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

En el *sub lite*, se presenta dicha hipótesis, toda vez que el juez federal dispuso, a fs. 24/25, integrar la litis con la Provincia de Santa Cruz, quien se presentó al pleito, a fs. 36/40, en los términos del art. 90, inc. 2º, del CPCCN, y tal citación, a mi modo de ver, resulta procedente, puesto que la controversia le es común (cfr. Fallos: 310:937; 313:1053; 320:3004; 322:1470).

Así lo pienso, puesto que la provincia tiene un interés directo en la causa, según surge de la realidad jurídica materia de debate, en tanto está en juego la interpretación y aplicación del art. 124 de la Constitución Nacional, al ser impugnado el decreto del PEN 1277/2012 por afectar las facultades de administración de la provincia respecto de sus recursos naturales.

En consecuencia, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el proceso enfrentadas, por un lado la Provincia de Santa Cruz que ha sido citada por el juez federal como tercero autónomo -a quien le concierne la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional- y por el otro el Estado Nacional que resulta ser el demandado en el proceso -quien tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de

la Ley Fundamental-, la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia originaria (Fallos: 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 323:702 y 1110, entre otros).

Además, considero que el juicio reviste manifiesto contenido federal, toda vez que versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre los poderes del Gobierno federal y los de una provincia en materia de administración de recursos naturales, y ello hace que se encuentre entre las causas especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2º, inc. 1º, de la ley 48, por lo que resulta competente la justicia nacional para entender en él.

Ello es así, dado que el reclamo deducido tiene su origen en un acto del Gobierno Nacional cuya validez se discute en autos por considerar que éste se ha arrogado facultades locales en la medida que no se respeta el Régimen Nacional de Hidrocarburos establecido en las leyes 17.319 y 26.197.

En tales condiciones, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal.

Buenos Aires, 25 de junio de 2013.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que en cuanto al relato de los hechos y antecedentes de la causa corresponde remitir al capítulo I del dictamen de la señora Procuradora Fiscal con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que la invocación, por parte de los demandantes,

de la calidad de "ciudadanos electores de la Provincia de Santa Cruz, usuarios, consumidores y beneficiarios de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y provincial y por las leyes dictadas en consecuencia, respecto del uso de la riqueza petrolera y su renta" sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (doctrina de Fallos: 306:1125; 307:2384; 331:1364; 333:1023, entre otros).

En efecto, cabe poner de manifiesto que el de "ciudadano" es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso" (Fallos: 322:528; 324:2048 y 333:1023 citado).

3º) Que esta Corte reiteradamente ha resuelto que constituye un presupuesto necesario que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (artículo 2º de la ley 27). En el tradicional precedente de Fallos: 156:318, ha definido a esas causas como los asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas (considerando 5º) que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 326: 3007).

Asimismo, la existencia de "causa" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. La "parte" debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional.

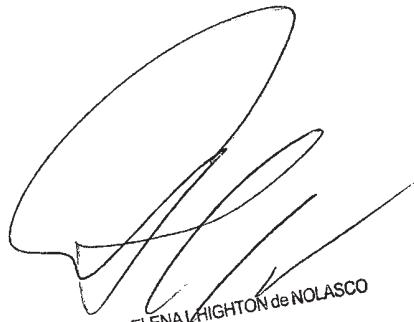
De dichas previsiones constitucionales no se sigue la automática aptitud para demandar, sin el examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (causa "Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Producción- s/ amparo", Fallos: 331:1364), en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de "causas" (arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional).

4º) Que en este sentido el Tribunal rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad recordando que "el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes" (arg. Fallos: 321:1352). De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno...", "...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" (Fallos: 331:1364; 333:1023, considerando 4º y sus citas).

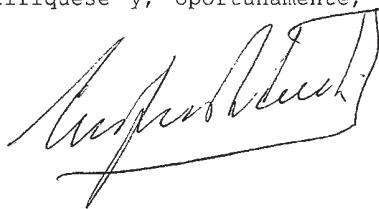
5º) Que en las condiciones expresadas, la impugnación constitucional que se pretende someter al escrutinio de esta Corte Suprema no puede ser asimilada al supuesto de "casos contenciosos" previsto en el artículo 2º de la ley 27, como los únicos en los que los tribunales federales, de todas las instancias, pueden ejercer su jurisdicción, ya que el examen de las diversas argumentaciones que sostienen la pretensión planteada permite concluir que no se verifica en el sub lite la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual o concreta (Fallos: 311:421, considerando 3º) y, sobre esta base insoslayable, que se presente un asunto apto de ser juzgado y definido por este Tribunal constitucional.

-///- en la instancia originaria promovida con sustento en el artículo 117 de la Ley Suprema, por lo que corresponde declarar sin más trámite la inadmisibilidad de la pretensión.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:  
Desestimar la demanda promovida. Notifíquese y, oportunamente,  
archívese.



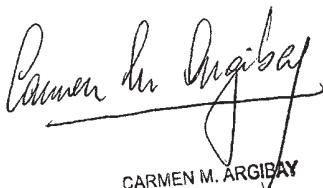
ELENA HIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Parte actora: Héctor Alberto Roquel, Rodrigo Sebastián López, José Alberto Lozano y Hugo Santiago Maher, con el patrocinio letrado del doctor Arturo Ricardo Saá.

Parte demandada: Provincia de Santa Cruz, representada por el señor Fiscal de Estado, doctor Iván Fernando Saldivia, y la doctora Sofía Zanotta.

Estado Nacional, representado por los doctores Gonzalo Varela y Fernando P. Tanarro.

**AFIP DGI**

S/ SOLICITA REVOCACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO - ACCIÓN DE LESIVIDAD CONT. ADM.

***CONJUNTO ECONOMICO***

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción de lesividad iniciada por la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que se declare la nulidad del acto por el que se había aprobado el traslado de derechos y obligaciones fiscales relacionados con la reorganización societaria en los términos de los arts. 77 y concordantes de la ley del impuesto a las ganancias si los requisitos establecidos por el art. 105 del decreto reglamentario sólo son exigibles para las reorganizaciones societarias que se encuentren como fusiones o escisiones (incs. a y b del artículo 77 mencionado) y no para las transferencias dentro del mismo conjunto económico (inc. c).

***ACTOS ADMINISTRATIVOS***

Ante la ausencia de un acto administrativo que declare de manera expresa la lesividad del acto por medio del cual la AFIP había aprobado el traslado de derechos y obligaciones fiscales relacionadas con la reorganización societaria de las empresas, la demanda intentada no resulta proponible ya que la ausencia del acto señalado deja entrever que la actuación requerida al Poder Judicial de la Nación guarda inaceptable semejanza con una suerte de consulta para que, en definitiva, sea éste quien fije la postura que la Administración debió tomar respecto del pedido del particular sobre el beneficio fiscal, tarea que es impropia de aquél (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni). -Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-

**DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**

Suprema Corte:

- I -

A fs. 489/503 vta., el Juez Federal de Río Cuarto rechazó la acción de lesividad iniciada por la Jefa de la División Jurídica a cargo de la Dirección Regional Río Cuarto de la AFIP, promovida en los términos del art. 17 de la ley 19.549, a fin de obtener la declaración judicial de nulidad del acto administrativo del 27 de julio de 2004, dictado por el Jefe del Distrito Hernando de la AFIP, por medio del cual se había aprobado el traslado de derechos y obligaciones fiscales relacionada con la reorganización societaria de las empresas Bunge Argentina S.A. y Bunge Ceval S.A. -absorbida por la primera-, en los términos de los arts. 77 y cc de la ley 20.628 (y sus modificaciones) y de sus normas reglamentarias.

En su demanda, la representante del Fisco Nacional sostuvo que durante una fiscalización realizada a Bunge Argentina S.A. con posterioridad a la solicitud del beneficio fiscal se comprobaron extremos que tornaban inadmisible su concesión. Indicó que la franquicia fue tramitada considerando que se trataba de un conjunto económico, definido en los términos del inc. c) del citado art. 77 de la ley del gravamen, y del inc. c) del art. 105 de su reglamento, razón por la cual -erróneamente, según su criterio- se consideró innecesario el cumplimiento de los puntos I a IV del segundo párrafo de este último.

Sin embargo, como surgió de la citada fiscalización, como así de una serie de dictámenes técnicos emitidos luego, al haber formulado la empresa la reorganización en los términos del inc. a) del art. 77 de la ley ( fusión por absorción), resultaba que se habían incumplido los siguientes requisitos: a) Bunge Argentina S.A. (empresa dedicada a la actividad financiera y de inversión) no acreditó haber desarrollado, desde por lo menos en los doce meses anteriores a la reorganización, actividades iguales o vinculadas a las de la absorbida, Bunge Ceval S.A. (fabricación de aceites vegetales y venta al por mayor de granos y oleaginosas), tal como lo exige el punto III, del segundo párrafo del art. 105 del reglamento; b) no haber continuado al menos durante dos años con las actividades de las empresas reorganizadas, tal como lo requiere el primer párrafo del art. 77 de la ley, y el punto II del art. 105 de su reglamentación; c) la operación no pudo ser encuadrada dentro del inc. c) del art. 77 de la ley 20.628, puesto que hubo una fusión por absorción, de la que resultó disuelta Bunge Ceval S.A., dado que tal inciso regula únicamente la mera transferencia de bienes entre empresas del mismo grupo pero que continúan subsistentes luego de la reorganización.

A juicio de la representante del Fisco Nacional, tales extremos constituyen vicios que conlleven la nulidad absoluta e insanable del acto del 27 de julio de 2004 y que debía acudirse ante la Justicia para obtener la declaración de su nulidad, por haber sido notificado al administrado y por estar generando derechos subjetivos que se están cumpliendo.

El juez sostuvo, en primer término, que la acción de lesividad es la que habilita a la Administración para impugnar, mediante una pretensión anulatoria ejercida ante el órgano judicial competente, un acto administrativo irrevocable por haber declarado derechos a favor de un particular, a pesar de resultar ilegal y lesivo de sus intereses. Tras constatar la inexistencia de un acto de la AFIP que declarase que el acto impugnado resultaba lesivo, enunciando los vicios atribuidos, destacó que tal recaudo no constituye una exigencia procesal en el orden federal a los efectos de habilitar este proceso judicial.

Con relación al fondo del asunto, expresó que, a tenor de las normas que rigen el beneficio en cuestión como así de las medidas probatorias llevadas a cabo, no se advertía

causal alguna de nulidad del acto cuestionado, dado que Bunge Argentina S.A. cumplió con todos los requisitos legales establecidos.

En efecto, por una parte, quedó demostrado que desde la fecha de la reorganización y durante los tres años subsiguientes, fabricó aceites vegetales y vendió granos, tal como lo había hecho antes Bunge Ceval S.A., dando cumplimiento así a lo normado por el art. 77, primer párrafo, de la ley 20.628. Por otro lado, estimó que resultaba indiscutible la existencia de un conjunto económico entre ambas empresas, dado que Bunge Argentina S.A. poseía al 31/2/2001 el 99,99% del paquete accionario de la otra firma, sin que fuera requisito legal para la aplicación del inc. c) del art. 77 de la ley del gravamen la subsistencia de ambas sociedades. Y, al encuadrar el caso en el citado inc. c), no era preceptivo cumplir lo requerido por el punto III del art. 105 del reglamento, puesto que éste rige sólo para las operaciones de los incs. a) y b).

Por último, y dada la manera en que resolvió el litigio, se tornaba innecesario tratar la excepción de prescripción opuesta en subsidio por la demandada.

- II -

A su turno, la Sala "A" de la Cámara Federal de Córdoba, a fs. 619/629 vta., confirmó lo decidido por la instancia anterior en lo que aquí importa.

Para así resolver, realizó un pormenorizado estudio del acto del 27 de julio del 2004, a tenor de lo regulado por los arts. 1º, 7º y cc. de la ley de procedimientos administrativos, concluyendo que poseía todos los elementos esenciales del acto administrativo, tanto de fondo como de forma, llegando a un resultado coincidente con el del juez de la instancia anterior en cuanto a su regularidad y validez, por lo cual rechazó la demanda.

- III -

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 644/662 vta.

En síntesis, insiste en sus argumentos tendientes a demostrar que la reorganización empresarial realizada por Bunge Argentina S.A. no resultó ajustada a las reglas de la ley del gravamen para ser merecedora de la dispensa de su art. 77.

Expresó que la sentencia recurrida es arbitraria, porque no es derivación

razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa.

- IV -

De manera preliminar, es oportuno poner de relieve que la acción de lesividad, prevista en el art. 17 *in fine* de la ley de procedimientos administrativos -aplicable supletoriamente en la especie en virtud de lo normado por el art. 116 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificatorias)- tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (arg Fallos: 250:491; 302:545; 314:322, entre otros).

Tal como afirmó este Ministerio Público, en criterio que hizo suyo esa Corte en Fallos: 310:1045, se trata de “*un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad*”.

Es dable advertir que estamos frente a una actividad de la Administración, que implica un despliegue de facultades administrativas las que, como es regla, han de desarrollarse dentro del cauce de un procedimiento administrativo. A mi modo de ver, las facultades de que trata el art. 17 de la ley 19.549, sea que el acto irregular pueda ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa (primera parte) o bien que, por las mencionadas razones, su revocación deba instarse ante el Poder Judicial (segunda parte), han de desenvolverse, como indiqué, en el marco de una interpretación armónica del articulado de la ley 19.549, dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que, en el primer caso, revoque el anterior o bien, para el segundo, declare la lesividad del acto, eventualmente -en ejercicio de lo normado en el art. 12 de la misma ley- suspenda sus efectos, y finalmente dé la instrucción pertinente, por parte del órgano competente, para que se proceda al inicio de la acción judicial.

Así lo ha expresado autorizada doctrina, al señalar que el art. 17 de la ley 19.549 ordena a la Administración la revocación del acto irregular “aun” en sede administrativa, y que esa valoración o declaración administrativa de nulidad “*esto es, la anulación ‘no ejecutoria’ como presupuesto lógico de la demanda (...), la ejecución de la pretensión anulatoria sólo puede obtenerse mediante la sustanciación del pertinente proceso*

*judicial*", agregando que "la obligatoriedad de la interposición de la demanda se correlaciona, pues, con el deber de emitir el acto anulatorio 'no ejecutorio' o 'declarativo de la lesividad', pues éste viene a constituir el presupuesto lógico de la demanda" (Julio R. Comadira, Procedimientos Administrativos - Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada, La Ley, Buenos Aires, 2002, tomo I, ps. 344 y ss.).

Estimo que ello es también derivación necesaria e indubitable de lo establecido por la misma ley de procedimientos administrativos en sus arts. 1º, 7º y cc., y que asimismo halla su fundamento en elementales razones que hacen al derecho de defensa del particular involucrado, quien ha de participar en dicho procedimiento a fin de poder ser oído y ofrecer las razones que hagan a su derecho (arg. art. 1º, inc. f, de dicha ley).

Además, y a todo evento, sostener lo contrario importaría tanto como dejar librada la posibilidad de permitir a un abogado del Estado que, sin orden expresa, inicie por su solo ímpetu una pretensión de nulidad de un acto emanado de alguno de los órganos por él representados, lo que sin duda alguna resulta inadmisible, y contrario a lo normado por los arts. 1º y cc. del decreto 411/80 y sus modificaciones. En efecto, si bien la AFIP es un ente autárquico que se desempeña en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas (art. 1º del decreto 1.156/96, y decreto 618/97), a mi modo deber queda abarcado por lo normado en el art. 1º del citado decreto 411/80, sin que su representante haya acreditado en estas actuaciones la pertinente autorización del órgano superior que rige su actuación o bien del órgano en el cual eventualmente se haya delegado tal función.

- V -

Así las cosas, tal como lo advirtieron las instancias anteriores, en la presente causa la representante de la AFIP inició este expediente sin contar con el acto indicado que declarase la lesividad.

En su demanda, la actora hizo mención a los vicios que, en su criterio, invalidan el acto cuya impugnación persigue, y destacó que se habían expedido en ese sentido diversas instancias asesoras internas del organismo fiscal.

Una simple constatación de los antecedentes administrativos aportados a la causa permiten observar que son diversos y distintos los puntos de vista esgrimidos en cuanto a los defectos imputados al acto del 27 de julio de 2004. En efecto: a) a fs. 85 obra una nota de los inspectores actuantes, del 13 de febrero de 2004, en la que informan que no correspondería conceder el beneficio, toda vez que la peticionante encuadró su reorganización como " fusión por absorción"; b) fs. 87/88, 89 y 90, lucen diversas actuaciones de la Región Río Cuarto de las cuales surge que no habría óbices para la obtención de la franquicia; c) fs. 91/93, el

dictamen jurídico nº 406/2004, del 23 de junio de 2004 (firmado por quien luego iniciara la presente acción), del cual surge que se habría cumplido con los requisitos para el goce del beneficio en cuestión; d) fs. 107/108, nota 994/04, del 10 de septiembre del 2004, de la Dirección de Asesoría Técnica, en la que informa sobre la disparidad de criterios existente al interior del organismo en cuanto a la posición de Bunge Argentina S.A. con respecto al cumplimiento de los requisitos del art. 77 de la ley del gravamen; e) fs. 120/124, nota de la Dirección de Asesoría Técnica, del 20 de febrero de 2005, en la que se sostiene que la reorganización realizada no ha cumplido con el requisito del primer párrafo del citado art. 77 de la ley 20.628, al no haber continuado durante los dos años subsiguientes con las actividades que venían desarrollando sus antecesoras; f) fs. 132/133, dictamen jurídico 461/05 (DV JUCO), del que parece surgir que Bunge Argentina S.A. no habría dado cumplimiento al requisito de continuar al menos durante dos años con la actividad de las empresas antecesoras.

Como común denominador del panorama brindado por todas esas actuaciones administrativas, emanadas de una pluralidad de reparticiones de la actora, surge la “disparidad de criterios” habida entre las Dirección Regional Río Cuarto y la Dirección Regional Córdoba de la AFIP (ver dictamen jurídico 461/05, citado, fs. 132), las que esgrimieron argumentos encontrados y puntos de vista divergentes, sin que, como quedó dicho, se haya dictado un acto administrativo que fijase la postura definitiva de la Administración, emanada del órgano competente para ello.

Sabido es que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial federal decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 12:372; 94:444; 243:176; 308:2147, entre muchos otros). Asimismo, como ha sostenido esa Corte, “*el principio indicado surge de la jurisprudencia norteamericana, que también requiere una controversia definida, concreta, real y sustancial, que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo, entendida como diferente de una opinión que advierta cuál sería la norma en un estado de hecho hipotético*” (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851; 326:1007, entre otras).

En las condiciones señaladas, insisto, ante la ausencia de un acto administrativo que declarase de manera expresa la lesividad del acto del 27 de julio de 2004, estimo que la demanda intentada no resulta proponible. A mi modo de ver, en verdad, la ausencia del acto señalado deja entrever que la actuación requerida aquí al Poder Judicial de la Nación guarda inaceptable semejanza con una suerte de consulta para que, en definitiva, sea éste quien fije la postura que la Administración debió tomar respecto del pedido del particular sobre el beneficio fiscal aludido, tarea que es impropia de aquél.

- VI -

En virtud de lo expuesto, y por las razones aquí vertidas, opino que corresponde rechazar la demanda

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011  
LAURA M. MONTI

### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2013.

Vistos los autos: "AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo".

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó lo decidido por el Juzgado Federal de Río Cuarto y, en consecuencia, rechazó la acción de lesividad iniciada por la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que se declare la nulidad del acto emitido por el jefe (interino) del Distrito Hernando de la Regional Córdoba de ese organismo, en fecha 27 de julio de 2004, por el que se había aprobado el traslado de derechos y obligaciones fiscales, relacionados con la reorganización societaria de las empresas Bunge Argentina S.A. y Bunge Ceval S.A. –informada con fecha 26 de octubre de 2001– en los términos de los arts. 77 y concordantes de la ley del impuesto a las ganancias (confr. fs. 95).

Para llegar a tal conclusión el a quo consideró, en síntesis, que el acto administrativo tenía todos los elementos esenciales requeridos por la ley 19.549, tanto de fondo como de forma, que hacen a su legitimidad y validez.

2º) Que contra lo así decidido, la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso extraordinario (fs. 644/662 vta.), que fue concedido a fs. 691/693 por estar configurada una cuestión federal en los términos del art. 14, inc.

3º, de la ley 48, y denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (confr. fs. 691/693 vta.)

3º) Que, con el alcance con el que fue concedido, el recurso deducido resulta formalmente admisible pues se encuentra en disputa la inteligencia de normas de carácter federal, como lo son las de la ley del impuesto a las ganancias y su reglamentación.

4º) Que el ente fiscal sostiene en su recurso que la reorganización empresaria realizada por Bunge Argentina S.A., mediante la cual absorbió a Bunge Ceval S.A., fue erróneamente encuadrada como una transferencia dentro del mismo grupo económico (art. 77 inc. c de la ley del impuesto a las ganancias). Asimismo, destacó que mediante una inspección posterior pudo constatarse que Bunge Argentina S.A. no había cumplido los requisitos establecidos en el art. 105 del decreto reglamentario, que son exigibles para las reorganizaciones empresarias alcanzadas por la previsión del inciso a del art. 77.

Agrega que tampoco podría encuadrarse la reorganización como una transferencia dentro del mismo conjunto económico (art. 77 inc. c) debido a que dicha figura requiere que ninguna de las sociedades preexistentes se disuelva.

Por tales motivos sostiene que -contrariamente a lo decidido por el a quo- el acto impugnado se encontraría viciado de nulidad absoluta por haber sido dictado en contra de lo que la ley dispone, sobre la base de un error de derecho.

5º) Que, en primer lugar, corresponde dejar establecido que esta Corte no comparte el criterio expresado en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal en cuanto a que resultaría exigible el dictado de un acto administrativo por parte del organismo recaudador que declare la lesividad del acto precedente como recaudo indispensable para el planteamiento judicial de la acción respectiva. En efecto, ello es así, en tanto la ley de procedimiento administrativo 19.549 no contiene esa exigencia, y

tal requisito no puede considerarse implícito cuando, como ocurre en el caso, quien entabla la demanda en representación del organismo administrativo es un funcionario competente para suscribir actos de la naturaleza de aquél cuya nulidad se plantea, en los términos del decreto 1390/2001 (confr. fs. 95 y 163/165).

Por lo tanto, no resulta determinante la "falta de un acto administrativo que fije la postura definitiva de la Administración" (confr. fs. 702), pues tal postura se ha plasmado en el escrito de interposición de la demanda, cuyos antecedentes administrativos dan cuenta del procedimiento interno que llevó al Fisco a la convicción de iniciar la presente acción.

Al respecto corresponde recordar que la acción de lesividad prevista en el art. 17 in fine de la ley de procedimientos administrativos tiene por objeto esencial el establecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (Fallos: 314:322, entre otros).

En ese orden de ideas, aplicando tales principios a la presente causa, se observa que al haber sido notificado el acto por el cual se había aceptado la reorganización de la firma Bunge Argentina S.A., la vía prevista en el art. 17 de la ley 19.549 resultaba adecuada para impugnarlo -si la administración entendía que adolecía de los vicios invocados- debido a que ya había nacido en cabeza del contribuyente un derecho subjetivo al mantenimiento de la situación jurídica plasmada en dicho acto.

6º) Que, en lo atinente a la cuestión de fondo, corresponde examinar en primer lugar el agravio dirigido a cuestionar la posibilidad de que se admita la modificación del encauadramiento legal del proceso reorganizativo, pues de su respuesta dependerá la suerte de los restantes agravios.

Sobre el particular es pertinente señalar que el art.

116 de la ley 11.683 (t.o. 1998) establece la aplicación supletoria de la ley 19.549, cuyo art. 1º, inc. c consagra el principio de formalismo moderado o informalismo a favor del administrado, del cual se deriva que no existen estructuras sacramentales para los planteos de los particulares efectuados en sede administrativa (Fallos: 308:633 y 315:1604). Por este motivo, el hecho de que el contribuyente haya comunicado la reorganización a la AFIP como una fusión, encuadrándola en los términos del inc. a del art. 77, no impide que en sede administrativa se asigne al proceso reorganizativo el encuadramiento legal pertinente, como sucedió en el caso (confr. causa D.415.XLVII "DGI en autos Inter Engines South America S.A. - TF 20.363 - I c/ DGI", sentencia del 18 de junio de 2013).

7º) Que, sentado lo que antecede, a fin de dilucidar si la actora ha dado cumplimiento a los requisitos previstos para que la reorganización societaria pueda encuadrarse como libre de impuestos, corresponde recordar que el art. 77 de la ley 20.628 dispone que: "...cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a DOS (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas."; y que "se entiende por reorganización: a) La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas. b) La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera. c) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico".

Por otro lado, establece el art. 105 del decreto reglamentario que "a los fines de lo dispuesto en el art. 77 de la ley debe entenderse por: a) fusión de empresas, cuando 2 o más

*sociedades se disuelven, sin liquidarse para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas, siempre que por lo menos, en el primer supuesto, el 80% del capital de la nueva entidad al momento de la fusión corresponda a titulares de las antecesoras; en el caso de incorporación, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el capital de la incorporante será aquel que represente por lo menos el 80% del capital de la o las incorporadas; ... c) conjunto económico: cuando el 80% o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del 80% del capital que poseían a esa fecha en la entidad antecesora".*

Finalmente, agrega el citado artículo 105 que "en los casos contemplados en los incisos a) y b) del párrafo precedente deberán cumplirse, en lo pertinente, la totalidad de los requisitos que se enumeran a continuación: I) que a la fecha de la reorganización, las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha...; II) que continúen desarrollando por un periodo no inferior a 2 años, contados a partir de la fecha de la reorganización, alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas...; III) que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización ... IV) que la reorganización se comunique a la administración federal de ingresos públicos...".

8º) Que de la normativa transcripta surge que los requisitos establecidos por el art. 105 del decreto reglamentario sólo son exigibles para las reorganizaciones societarias que se encuadren como fusiones o escisiones (incisos a y b del art. 77 de la ley del impuesto); y no para las transferencias dentro del mismo conjunto económico (inc. c).

En este punto, cabe destacar que al haber sido concedido el recurso únicamente en lo atinente a la interpretación de normas federales, y sin haberse interpuesto queja por su denegación en lo relativo a la tacha de arbitrariedad, corresponde tener por válidas las conclusiones a las que llegó el tribunal a quo con respecto a la valoración de los hechos de la causa, máxime cuando tales conclusiones se basaron en el examen de la prueba pericial contable producida en autos.

De tal manera, quedó demostrado que "...la sociedad incorporada "Bunge Ceval S.A." y la sociedad incorporante "Bunge Argentina S.A." constituyan un conjunto económico en los términos del art. 105, primer párrafo inc. c) del decreto reglamentario nº 1344/98, en razón de que al tiempo anterior a la fusión por absorción "Bunge Argentina S.A." poseía el 99,99% del capital social de "Bunge Ceval S.A.", todo conforme surge de la documental obrante a fs. 2/3 y del dictamen pericial glosado a fs. 391/408, en especial de fs. 402 de donde se infiere el porcentaje accionario que "Bunge Argentina S.A." poseía en el capital social de "Bunge Ceval S.A." a la fecha de la reorganización societaria autorizada legalmente" (fs. 622 vta.), y que "...desde la fecha de la reorganización y durante los ejercicios económicos cerrados respectivamente al 31-12-2001; al 31-12-2002 y finalmente al 31/12/2003, conforme la registración y estados contables ... la sociedad "Bunge Argentina S.A." realizó la actividad consistente en la fabricación de aceites y ventas de granos y oleaginosas, actividad que desarrollaba también "Bunge Ceval S.A.", según informes técnicos periciales agregados a autos". (fs. 623 vta.).

Por lo tanto, al haberse verificado la existencia de una reorganización dentro de un conjunto económico, los agravios vertidos por la AFIP respecto al incumplimiento de requisitos no previstos para tal figura resultan inatendibles.

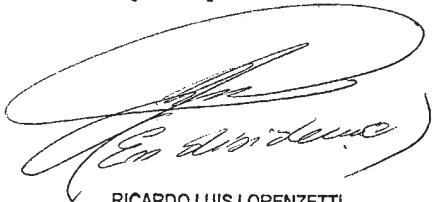
9º) Que, finalmente, debe seguir igual suerte el agravio tendiente a impugnar la reorganización con el argumento

relativo a que "...la transferencia de bienes entre empresas de un mismo conjunto económico se prevé para firmas que subsisten a la reorganización..." (confr. fs. 654).

En efecto, tal recaudo no surge de la ley ni del decreto reglamentario, y tampoco se podría interpretar que el silencio de la ley al respecto implique su tácita exigibilidad pues –según un conocido principio hermenéutico– el olvido o la imprevisión no se presumen en el legislador (Fallos: 258:75; 306:721 y 307:518), máxime cuando, como en el caso en examen, los requisitos aplicables a cada una de las figuras están claramente fijados en las normas respectivas.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora

-//Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



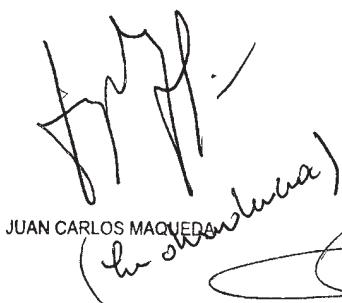
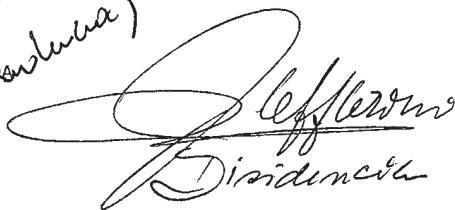
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI DISI-//

  
JUAN CARLOS MAQUEDA  
(En dissidencia)  
Jefferson  
Pérez  
Dissidencia

E. RAUL ZAFFARONI

  
CARMEN M. ARGIBAY

-//-DENCIA DEL PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y  
DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON  
E. RAÚL ZAFFARONI

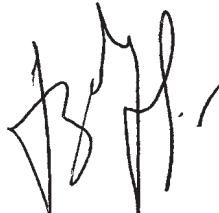
Considerando:

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

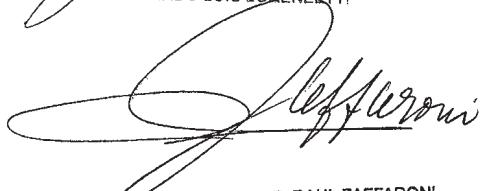
Por ello, y de conformidad con el referido dictamen, se declara admisible el recurso extraordinario y se rechaza la demanda. Con costas.



RICARDO LUIS LORENZETTI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP-DGI), representado por el Dr. Juan Franco Moro, con el patrocinio letrado del Dr. Oscar Eugenio Martínez.

Traslado contestado por Bunge Argentina, representada por el Dr. Carlos A. Gatica, con el patrocinio letrado de los Dres. Guillermo O. Teijeiro y Luis E. Monferran.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Cuarto.

GALEANO, JUAN JOSE  
C/ EN CSJN CONSEJO DE MAGISTRATURA DTO 5046/51  
S/ EMPLEO PÚBLICO

*SUBROGACION*

No se menoscaba el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea por el hecho de que un juez, además de atender las tareas propias a su cargo, deba desempeñar las atinentes al cargo que subroga y percibir por ello exclusivamente la gratificación prevista en el decreto 5046/51 (hoy establecida en la ley 26.376, art. 4º) porque tanto la carga de reemplazar a otro juez como la gratificación prevista en el decreto rige para todos los jueces de la Nación desde el momento en que asumen sus funciones y dicha gratificación constituye una retribución suplementaria de la compensación prevista en el art. 110 de la Constitución Nacional, es de carácter contingente y de duración limitada pues cesa al finalizar la subrogación, y todos los jueces se hallan en igualdad de circunstancias para afrontar la carga que ello supone.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 182/183, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V) revocó la sentencia de la anterior instancia que había rechazado la demanda que inició el entonces juez Dr. Juan José Galeano con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto 5046/51 y el consecuente pago de las diferencias salariales por las subrogancias realizadas en otros juzgados.

Para así decidir, el tribunal entendió que no era razonable sostener que la subrogancia sea un reemplazo de horario de trabajo sino de la labor misma.

Consideró también que la subrogancia entre magistrados generaba el cumplimiento de ambas funciones en su totalidad, es decir que el que es designado como juez subrogante cumple con sus funciones en forma completa y no a medias ni en parte ni de manera impropia.

Concluyó que reconocer al aquí subrogante el derecho a

percibir una remuneración total por su desempeño conjunto implica aplicar el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea, que el actor invoca.

-II-

Disconforme, el Estado Nacional interpone el recurso extraordinario de fs. 191/200 —contestado por el actor a fs. 203/209— concedido en cuanto cuestiona el alcance y la interpretación de normas de carácter federal y denegado respecto de la arbitrariedad atribuida a la decisión, sin que se presentara queja (fs. 211).

Sostiene que la sentencia es arbitraria por ausencia total de fundamentos, a tal punto que hace lugar a la demanda sin expedirse sobre la constitucionalidad de las normas en juego y apoyada solamente en una mera afirmación de la justicia de lo solicitado.

Formula una reflexión sobre la postura asumida por uno de los miembros del tribunal —el Dr. Argento— quien en estos autos adhiere al voto del Dr. Gallegos Fedriani para hacer lugar a la demanda y en una causa análoga (la del reclamo de la Dra. Atucha de Ares), como miembro de la sala IV, adhiere al voto de su par, el Dr. Galli, para rechazar la misma pretensión.

Afirma que, en su carácter de juez de la Nación, el Dr. Galeano conocía —y se sometió sin reserva alguna— el régimen de subrogancias y a la gratificación que le correspondía a partir del aumento en sus tareas, a la par de tratarse de una obligación que forma parte de las cargas admitidas al aceptar el cargo de magistrado.

Considera que la sentencia contradice, sin argumentos válidos, los motivos que inspiraron el dictado del decreto 5046/51, cuales fueron la concesión de una gratificación que no implicara una duplicidad de sueldo como compensación por los sacrificios que demanda el aumento de labor y responsabilidades en virtud de las nuevas tareas que asume el agente en

beneficio del Estado.

Aduce también que la norma específicamente habla de “gratificación” —recompensar por la prestación de un servicio— y no de “remuneración”.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario es formalmente admisible, desde que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de diversos principios constitucionales y la aplicación y constitucionalidad del decreto 5046/51 y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente funda en ellas. Considero, asimismo, que toda vez que los agravios vinculados con la arbitrariedad de sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con los referentes a la inteligencia de dichas normas, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos 308:1076; 314:1460).

En efecto, el Estado Nacional funda su recurso en la falta de sustento jurídico de la resolución de la alzada en tanto, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, tampoco la aplica.

En rigor, le asiste razón al apelante desde el momento en que no se proporciona una adecuada fundamentación a la sentencia al omitir siquiera considerar la legislación específica lo que hace que el fallo no constituya una derivación razonada del derecho aplicable con referencia a los hechos de la causa (Fallos: 314:1349, entre otros).

Sin perjuicio de ello, por otra parte, no encuentro razones fácticas ni jurídicas para apartarme de lo decidido por V.E —si bien por vía de superintendencia— en el caso “Prack” (Fallos: 313:1229) en donde se plantearon los mismos agravios a los aquí expuestos en la demanda (violación del principio de igual remuneración por igual tarea y razones de estricta equidad). En aquel caso V.E. expresó: a) que no correspondía la liquidación del 100% del haber inherente al cargo de juez nacional de primera instancia cuando, por aplicación

del decreto 5046/51, se subroga a otro juez; b) que por el recargo de tareas que la subrogación supone, la norma estableció una gratificación para quienes la cumplen, según se trate de un reemplazo de un cargo similar o de mayor jerarquía, sin que por vía de superintendencia el Tribunal pueda modificar el monto (entiendo que tampoco podría modificarlo por medio de un fallo) máxime cuando éste no resulta irrazonable o arbitrariamente desproporcionado.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los magistrados cobran el denominado suplemento por compensación funcional con la finalidad de compensar tanto las incompatibilidades a las que están sujetos como la naturaleza de la función que ejercen en atención a la responsabilidad y la *dedicación integral* que les es exigida.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la nueva ley 26.376, que establece el procedimiento para la designación de jueces subrogantes, mantiene los mismos lineamientos que el decreto 5046/51 en punto a la liquidación del adicional (ver art. 4º) sin que de las versiones taquigráficas de las respectivas cámaras del Honorable Congreso de la Nación surja cuestionamiento u opinión disímil al respecto (expediente S-1143/08 y 30-S.-2008).

En tales condiciones, atento a las cuestiones que se debaten en la causa, cabe expresar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico por lo que no cabe formularla sino cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable y que el acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca la garantía constitucional invocada. No resulta ocioso agregar que el control que compete al Tribunal no incluye el examen del acierto o error, el mérito o la conveniencia del criterio adoptado por el legislador (Fallos: 323:2409, entre muchos).

-IV-

Por lo dicho, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia de fs. 182/183 y rechazar la demanda.

Buenos Aires, 8 de julio de 2010.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2013.

Vistos los autos: "Galeano, Juan José c/ EN - CSJN - Consejo de la Magistratura - dto. 5046/51 s/ empleo público".

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal y se remite a sus fundamentos y conclusiones por razones de brevedad.

2º) Que, por otra parte, debe señalarse que no se menoscaba el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea por el hecho de que un juez, además de atender las tareas propias de su cargo, deba desempeñar las atinentes al cargo que subroga y percibir por ello exclusivamente la gratificación prevista en el decreto 5046/51 (hoy establecida en la ley 26.376, art. 4º). Ello es así, porque tanto la carga de reemplazar a otro juez como la gratificación prevista en el decreto rige para todos los jueces de la Nación desde el momento en que asumen sus funciones. Dicha gratificación constituye una retribución suplementaria de la compensación prevista en el art. 110 de la Constitución Nacional, es de carácter contingente y de duración limitada pues cesa al finalizar la subrogación, y todos los jueces se hallan en igualdad de circunstancias para afrontar la carga que ello supone.

3º) Que como se ha expresado en el precedente de Fallos: 265:242 ("Ratto, Sixto y otro") –dictamen del señor Procu-

rador General-, el principio de igual remuneración por igual tarea consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, refleja "una opinión vigente en la conciencia jurídica general, contraria a que la retribución de un mismo trabajo sufra merma por razón del sexo, la raza, la nacionalidad o el credo de quien lo ejecuta, lo cual por cierto autoriza a entender también proscripta, en la materia, cualquier otra discriminación de igual o parecida irrazonabilidad que conduzca a remunerar a un trabajador con un salario inferior al establecido para una tarea similar a la suya". El principio se dirige a impedir que alguno resulte discriminado con respecto a la generalidad (Fallos: 308:1032).

4º) Que en el presente caso no existe trato desigualitario que afecte a un juez en particular pues, como se expuso, la carga de subrogar pesa por igual sobre todos los magistrados. La desigualdad que denuncia la actora no involucra a personas, sino a determinadas prestaciones laborales; se agravia en rigor porque la tarea que comporta una subrogación, esto es, una exigencia laboral extraordinaria, se remunere menos que la labor ordinaria. El agravio, en tales condiciones, es inadmisible en tanto se limita a cuestionar el mayor o menor acierto del legislador al ponderar la retribución que estima adecuada para cada tipo de funciones, sin que se advierta en este aspecto irrazonabilidad alguna. Ello es así, puesto que la gratificación mencionada no tiene por qué guardar estricta relación de equivalencia con la remuneración habitual, y además no se ha demostrado que ésta compense solo el desempeño ordinario del juez con exclusión de aquellas tareas, que si bien suelen no ser habituales, resultan previsibles y se hallan contempladas en las leyes y reglamentos que rigen la actividad de los jueces nacionales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES  
C/ ADMINISTRACION FEDERAL  
DE INGRESOS PUBLICOS - D.G.I.  
S/ IMPUGNACIÓN DE DEUDA

*LOCACION DE SERVICIOS*

Para poder establecer si bajo la forma de contratos de locación de servicios celebrados al amparo de un régimen especial se habían ocultado vínculos laborales permanentes, la alzada debió haber analizado en forma conjunta el régimen específico invocado por el recurrente y los extremos fácticos de cada contratación, pues ambos aspectos se presentaban inescindiblemente unidos, por lo que corresponde revocar la sentencia que se apoyó en normas de derecho civil y laboral y en el convencimiento de que se habían configurado las notas de subordinación jurídica, económica y técnica propias de un contrato de trabajo permanente, omitiendo toda referencia al marco legal invocado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el inicio de la controversia y sin examinar en forma pormenorizada -porque nunca fueron incorporados al expediente- cada uno de los contratos objetados y sus renovaciones.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *17 de diciembre de 2013.*

Vistos los autos: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Administración Federal de Ingresos Pùblicos - D.G.I. s/ Impugnación de Deuda".

Considerando:

1º) Que mediante la resolución 464/04, la Administración Federal de Ingresos Pùblicos desestimó la impugnación presentada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de la deuda determinada en concepto de aportes y contribuciones de la seguridad social, por considerar que durante el período comprendido entre enero de 1997 y septiembre de 2003, el Teatro Colón había ocultado, bajo la forma de contratos de locación de servicios, la existencia de trabajadores no registrados que cumplían tareas en relación de dependencia.

2º) Que ello dio lugar al pedido de revisión que fue

rechazado por resolución 313/05 y al recurso de apelación previsto en el artículo 39 bis, inc. b, del decreto ley 1285/58, en el que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires afirmó que la imputación de fraude laboral resultaba inaceptable porque los contratos objetados habían sido suscriptos en el marco de un régimen local y específico de contrataciones, que resultaba sustancialmente análogo al previsto en el ámbito nacional por la ley 24.447 y su decreto reglamentario 92/95, que no generaba la obligación de ingresar aportes y contribuciones.

3º) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó lo resuelto por el Fisco Nacional. Sostuvo que al margen de la calificación jurídica otorgada al vínculo existente entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y las personas contratadas para cumplir tareas de limpieza y mantenimiento, administrativas y artísticas, las relaciones respectivas no habían tenido como causa fuente un contrato regido por los artículos 1493 y 1623 del Código Civil, sino que por las notas de subordinación a las que se sujetaban los trabajadores, que a cambio de una remuneración se encontraban bajo la potestad del empleador sin asumir el riesgo económico de la actividad, constituía una relación de dependencia que debía regirse por la legislación laboral, la ley 471, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ley nacional 24.241.

4º) Que contra dicho pronunciamiento, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido y es procedente en los términos del artículo 254 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y del artículo 24, punto 6, inciso a, del decreto ley 1285/58, toda vez que se refiere a una sentencia definitiva recaída en una causa en que la Nación es parte y el monto discutido en último término supera el mínimo previsto en la norma citada.

5º) Que el apelante sostuvo que la presente controversia debió haber sido resuelta por la Procuración del Tesoro de la Nación, porque más allá del carácter autónomo que el art. 129 de la Constitución Nacional atribuyó al recurrente, los contratos que fueron considerados por la alzada habían sido celebrados por la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires durante el año 1996, es decir, cuando era un ente administrativo autárquico del Estado Nacional, alcanzado por el art. 1 de la ley 19.983.

6º) Que en relación con la cuestión de fondo, se agravó de que la cámara no hubiera tenido en cuenta que los contratos de locación de servicios no generaban la obligación de efectuar contribuciones patronales, sino que eran las personas contratadas quienes debían realizar los aportes al régimen de seguridad social para trabajadores autónomos, pues habían sido celebrados sobre la base de lo dispuesto en los decretos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 755/97, 172/99, 2568/00 y 2138/01 y contenían cláusulas equivalentes a las de los contratos suscriptos por el Estado Nacional y la ex Municipalidad de Buenos Aires en el marco del régimen legal federal establecido por la ley nacional 24.447, su decreto reglamentario 92/95 y el decreto 1184/01, que sirvieron de antecedente al sistema de contratación discutido en autos.

7º) Que encontrándose el recurso en estado de ser resuelto, el Tribunal advirtió que los contratos de locación de servicios y de obra que la cámara tuvo a la vista al momento de dictar el fallo apelado, no guardaban relación con los que habían dado origen al reclamo del Fisco, toda vez que los agregados a fojas 22/273 habían sido celebrados por la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires durante el año 1996 y la deuda comprendida en las actas de inspección impugnadas derivaba de contratos que habrían sido suscriptos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entre los años 1997 y 2003, que no

fueron incorporados al expediente por el organismo recaudador y cuyo requerimiento solicitado por el apelante a fs. 313, no fue ordenado por la alzada.

8º) Que en uso de las facultades conferidas por el artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, este Tribunal dispuso, como medida para mejor proveer, que la Administración Federal de Ingresos Públicos remitiera copias de los contratos que habían originado la deuda impugnada y de todos los elementos de prueba que, respecto de cada contratación, hubieran sido tenidos en cuenta para sustentar dicho reclamo, requerimiento que fue cumplido mediante la presentación de fs. 428/428 vta., que da cuenta de que la Administración no contó con más elementos que los que fueron agregados a las presentes actuaciones.

9º) Que entrando en el examen concreto de los agravios, corresponde desestimar en primer término el que se refiere

-//-

a la aplicación de la ley 19.983, pues en virtud del carácter autónomo atribuido por la Constitución Nacional al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no es procedente la intervención de la Procuración del Tesoro.

10) Que en cuanto a los restantes planteos, cabe señalar que de las constancias de autos y de la respuesta dada por el Fisco al requerimiento efectuado por este Tribunal, resulta que la deuda admitida por el a quo no se apoya en un examen completo de las contrataciones en cuestión, sino que ha sido producto de una estimación genérica de pretendidas relaciones laborales mencionadas en planillas y listados que no encuentran justificación concreta en la causa.

11) Que para poder establecer si bajo la forma de contratos de locación de servicios celebrados al amparo de un régimen especial se habían ocultado vínculos laborales permanentes, evitando caer en afirmaciones dogmáticas, la alzada debió

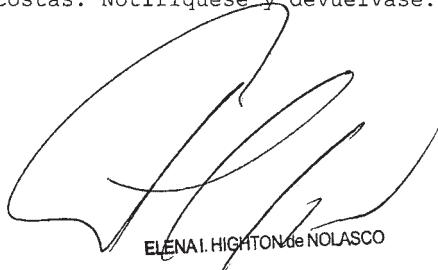
haber analizado en forma conjunta el régimen específico invocado por el recurrente y los extremos fácticos de cada contratación, pues ambos aspectos se presentaban inescindiblemente unidos (doctrina de fallos: 333:311 y 333:335).

12) Que, sin embargo, la cámara apoyó su decisión en normas de derecho civil y laboral y en el convencimiento de que se habían configurado las notas de subordinación jurídica, económica y técnica propias de un contrato de trabajo permanente, omitiendo toda referencia al marco legal invocado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el inicio de la controversia y sin examinar en forma pormenorizada -porque nunca fueron incorporados al expediente- cada uno de los contratos objetados y sus renovaciones (ver escrito de impugnación de actas a fs. 1/21 del cuerpo respectivo, recurso de revisión de fs. 1/7 y recurso de apelación de fs. 303/313).

13) Que en tales condiciones, y al no haber contado con dichos instrumentos, mal pudo determinar la alzada que las características del vínculo que unía al Teatro Colón con cada persona incluida en el ajuste, resultaban incompatibles con el régimen especial de contrataciones temporarias aplicable al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que para los casos de locaciones de servicios o de obra artístico culturales correspondientes a la jurisdicción de la Secretaría de Cultura, resultaba aún más específico.

Por lo expresado, el Tribunal resuelve: Declarar procedente el recurso deducido, revocar la sentencia apelada y dejar sin

efecto la determinación de deuda practicada por el Fisco. Con costas. Notifíquese y devuélvase.



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso ordinario interpuesto por el **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, actor en autos, representado por la Dra. **Alejandra Tadei**, en calidad de **Procuradora General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, con el patrocinio letrado del Dr. **Aristides Horacio M. Corti**.

Memorial presentado por la Dra. **Sara Patricia Llorente**, con el patrocinio letrado del señor **Procurador General Adjunto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Dr. **Victor Zamenfeld**.

Traslado contestado por la **Administración Federal de Ingresos Públicos**, demandada en autos, representada por la Dra. **Adriana M. Caccavo**, en calidad de apoderada.

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

---

MARIANI, HIPÓLITO RAFAEL  
S/ RECURSO EXTRAORDINARIO*ARRESTO DOMICILIARIO*

Carece de la debida fundamentación la decisión que rechazó el recurso de casación impetrado por el Ministerio Público Fiscal contra el pronunciamiento por el que se concedió el arresto domiciliario en los términos del art. 32, inc. d, de la ley 24.660 si no dio acabado tratamiento a los argumentos que el recurrente desplegará invocando jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema con relación a la estricta ponderación que debe efectuarse de los riesgos de sustracción a la justicia que están presentes en procesos donde se juzgan delitos calificados de lesa humanidad y las implicancias en relación a los recaudos que deben adoptarse para aventar toda posibilidad de que se eluda la ejecución de la pena impuesta al condenado (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda). -La mayoría desestimó el recurso extraordinario considerándolo inadmissible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). -En igual sentido “Comes, César Miguel”, sentencia del 27 de diciembre de 2013.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A mi entender, este caso presenta circunstancias análogas a las observadas en C 902, XLVIII, “Comes, César Miguel s/recurso extraordinario”, respecto del que he dictaminado en el día de la fecha, por lo que remito a los fundamentos y conclusiones allí expuestos.

En consecuencia, opino que V.E. puede declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la decisión apelada, para que se dicte otra que trate el agravio consistente en la inexistencia de razones humanitarias para conceder la detención domiciliaria, y, de esa manera, cumpla debidamente la función revisora (doctrina de Fallos: 328:3399).

Buenos Aires, 06 de septiembre de 2012.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de esta ciudad condenó a César Miguel C\_\_\_\_\_ a la pena de veinticinco años de prisión e inhabilitación absoluta por ese tiempo, al considerarlo coautor mediato de los delitos de lesa humanidad de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada, ambas reiteradas en ocho oportunidades, en concurso real (cfr. fs. 14).

La defensa del condenado impugnó tal sentencia mediante recurso de casación, cuyo rechazo motivó a esa parte a interponer recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisible. Devuelta la causa a la primera instancia, el Tribunal Oral dispuso dar comienzo a la ejecución de la condena bajo la modalidad de detención domiciliaria (cfr. fs. 14/15).

La aplicación al caso de esa excepción al cumplimiento en prisión de la pena privativa de libertad, fue impugnada por el representante de este Ministerio Público, con base en que la concesión de tal beneficio es potestad del juzgador, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la ley 24.660, y que, por consiguiente, no es automática por el simple hecho de que el condenado haya alcanzado la edad establecida en esa norma (letra "d") como uno de los supuestos que autorizan tal concesión. Luego, al analizar las circunstancias concretas del caso, afirmó que no existía ninguna razón humanitaria que justificara el cumplimiento de la pena en el domicilio, y que la gravedad de la condena hacía presumir que C\_\_\_\_\_ se sustraería de su ejecución, máxime al considerar los lineamientos del dictamen emitido en D 352, XLV, "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de casación", al que V.E. remitió en lo pertinente el 30 de noviembre de 2010 (cfr. fs. 14 vta./15).

El *a quo*, por mayoría, rechazó el recurso (fs. 1/10 vta.) Sostuvo, tal como el recurrente, que el juez puede rechazar la concesión del cumplimiento de

la pena en el domicilio aun cuando el condenado supere la edad prevista en la ley, pero que en este caso no había circunstancias que razonablemente lo justificaran. En ese sentido, entendió que la decisión del Tribunal Oral estaba bien fundada, en cuanto valoró que C cumple con el requisito etario, presenta factores de riesgo coronario y cuenta con un domicilio apto para atender sus necesidades básicas, amén de que no advirtió ningún indicador del que pueda inferir riesgo de fuga.

Contra esa decisión, el Fiscal General interpuso recurso extraordinario (fs. 11/25 vta.) Lo fundó en que el *a quo* habría interpretado irrazonablemente la normativa aplicable para resolver la cuestión y no habría dado respuesta a los agravios planteados, pues habría considerado decisiva la edad del condenado sin sopesar que, como se había observado en el recurso de casación, las condiciones personales de C no permiten concluir que su encarcelamiento agravaría su estado de salud ni constituiría, en definitiva, un tratamiento cruel, y que su caso presenta características similares a las valoradas en varios precedentes de V.E. como suficientes para inferir riesgo de fuga.

El *a quo* concedió el recurso federal al entender que “el caso traído a revisión constituye un supuesto de gravedad institucional, pues se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino de garantizar el efectivo cumplimiento de la pena impuesta a personas penalmente responsables de crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país durante la última dictadura.” (fs. 30).

## II

En lo que se refiere a la admisibilidad formal del recurso federal, considero que ha sido bien concedido.

El Estado argentino asumió el compromiso internacional de garantizar no sólo que se sancione a los responsables de crímenes de lesa humanidad, sino también que se los sancione de manera *adecuada*, lo que resulta decisivo en este caso para adjudicarle gravedad institucional.

Tal como afirmó V.E., “el derecho internacional humanitario y de

los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de ‘perseguir’, ‘investigar’ y ‘sancionar *adecuadamente a los responsables*’ de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos”, y esa obligación resulta de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina (considerandos 10 y 11 a 27, respectivamente, del voto de la mayoría en “Mazzeo” [Fallos: 330:3248]; la bastardilla no está en el original).

En particular, resulta oportuno recordar que el Comité contra la Tortura, órgano de supervisión de la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscripta por el gobierno de nuestro país en 1984 y ratificada dos años después, afirmó que los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, como C , y que *la imposición de penas menos severas es incompatible con la obligación de imponer penas adecuadas* (“Sr. Kepa Urra Guridi v. Spain”, Comunicación N° 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 [2005]) (considerando 26 del voto de la mayoría en “Mazzeo”, ya citado).

Por lo tanto, la cuestión que se pretende someter a la revisión de V.E. adquiere gravedad institucional si se considera, por lo menos, que exige un pronunciamiento acerca de si la aplicación de una pena menos severa y excepcional, como la detención domiciliaria, resulta adecuada en este caso y, por consiguiente, compatible con las obligaciones asumidas en el plano internacional por el Estado argentino.

### III

Como hemos dicho, el recurrente tacha de arbitraría la confirmación de la concesión del beneficio bajo análisis, porque se basó principalmente en la edad del condenado sin dar respuesta suficiente a las dos objeciones planteadas: no existen razones humanitarias para que C cumpla la pena en su domicilio y sus condiciones personales hacen presumir que se fugará.

En mi opinión, más allá de la controversia acerca del riesgo de fu-

ga, lo cierto es que la resolución impugnada es arbitraria en cuanto, tal como afirma el recurrente, no ha dado respuesta suficiente a la primera objeción (inexistencia de razones humanitarias).

Cabe reiterar que la condición etaria (más de 70 años) está prevista en el artículo 32, letra “d”, de la ley 24.660 como uno de los supuestos en los que el juez *puede* (no *debe*) conceder la detención domiciliaria. Tanto el *a quo* como el recurrente afirman, como hemos visto en el apartado anterior, que esa condición no es suficiente para conceder el beneficio y que éste, además, constituye una excepción al cumplimiento en prisión de la pena privativa de libertad. Este asunto, por lo tanto, no está en discusión. Lo que sí debemos analizar es cuál o cuáles son las otras circunstancias, distintas a la edad del condenado, que el juez debe valorar para conceder la detención domiciliaria a los mayores de 70 años, al considerar que la ley no establece esa condición como suficiente, pero tampoco indica expresamente cuáles serían las otras, necesarias también, para conceder el beneficio.

Pues bien, para determinar aquellas circunstancias sin incurrir en arbitrariedad, me parece imprescindible tener en cuenta que la finalidad del instituto de la detención domiciliaria, tal como se desprende de los fundamentos de los proyectos de la ley que finalmente sería aprobada el 17 de diciembre de 2008 bajo el número 26.472, que amplió los supuestos en los cuales el condenado puede acceder a tal detención, es garantizar su trato humanitario y evitar la restricción de derechos fundamentales no afectados por la pena impuesta.

En efecto, en los fundamentos del proyecto presentado por la diputada Diana Conti, se afirma que “resulta ilegítimo que el Estado al aplicar una pena, que en principio sea sólo privativa de la libertad, vulnere otros derechos como la salud”. Y para resguardar este derecho –se agrega– “[...] es justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre el individuo sacrificando los fines de la pena –en el caso que consideremos que sean aceptables y razonables–...”. Además, “la prisión domiciliaria resguarda la afectación al derecho a la vida y evita cierta modalidad de tortura [...] Muy vinculado con la prohibición

de torturar se encuentra el deber de trato humanitario que también se ve garantizado por el instituto de la prisión domiciliaria. Este derecho se encuentra reconocido expresamente en las normas internacionales de derechos humanos: el PIDCP, artículo 10.12; la CADH, artículo 5.13 y la DADD, los artículos XXV y XXVI.” (cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, Sesiones ordinarias de 2006, Orden del Día N° 1.261, págs. 4-5).

En el mismo sentido, los diputados Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez, también en los fundamentos del proyecto de su autoría, expresaron que “nuestro ordenamiento jurídico impide que prevalezca el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario, cuando ello trae aparejado la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los condenados o procesados. Esto no implica eliminar todo reproche penal en tales casos, sino que la sanción punitiva se cumpla en el domicilio, de forma tal que no constituya un trato inhumano o degradante de la persona que sufra una enfermedad o discapacidad grave. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de la libertad, ésta debe ser milderada a través de su cumplimiento domiciliario.” (cfr. *ídem*, pág. 14).

En conclusión, si admitimos (a) que la detención domiciliaria es una excepción al cumplimiento en prisión de la pena privativa de libertad, (b) que el legislador previó la condición etaria mencionada como supuesto no suficiente para conceder tal excepción, por lo que debería valorarse junto a otras circunstancias no especificadas en la ley, (c) que la finalidad de la detención domiciliaria, según el legislador, es garantizar el trato humanitario del condenado a pena privativa de libertad y evitar la restricción de derechos fundamentales no afectados por la pena impuesta, y (d) que, por lo tanto, para la concesión de la detención domiciliaria se debe demostrar, incluso cuando el condenado supere los 70

años de edad, que el encarcelamiento podría producir alguna de las dos consecuencias que aquélla está encaminada a evitar, entonces el *a quo* no pudo dejar de responder al agravio relativo a la inexistencia de razones humanitarias. En otras palabras, debió verificar si, tal como lo planteó el recurrente, la resolución del Tribunal Oral omitió indicar cuáles son las razones de aquella índole que justifican en el caso la concesión de la detención domiciliaria. En particular – agregamos nosotros – debió verificar si tal tribunal explicó, al resolver como lo hizo, por qué el encarcelamiento de C\_\_\_\_\_ importaría, no sólo debido a su edad, un tratamiento cruel, inhumano o degradante para él, o una restricción indebida de un derecho fundamental distinto a la libertad ambulatoria.

Pues bien, no se observan en la resolución impugnada consideraciones que respondan de manera suficiente a ese planteo, ya que si bien tuvo en cuenta que el Tribunal Oral valoró que C\_\_\_\_\_ presenta un cuadro de hipertensión arterial sistólico-diastólica que constituye un factor de riesgo coronario (fs. 6 y vta.), el Ministerio Público había objetado –y lo reitera en este recurso federal (fs. 21 vta. y 24 y vta.)– que ello no se podía considerar determinante para conceder el beneficio, dado que no se detectaron motivos que indiquen que la salud de aquél se vería agravada de alojárselo en un establecimiento penitenciario, ni que resultarían afectados, en definitiva, otros derechos constitucionales distintos al que pretende afectar el encierro carcelario.

#### IV

Por lo expuesto, entiendo que el *a quo* ha incurrido en arbitrariedad al no responder de modo suficiente al agravio oportunamente planteado por el recurrente en cuanto a la inexistencia en el caso de las razones teleológicas que justifican la concesión de la detención domiciliaria. Por lo tanto, sin que esto importe abrir juicio sobre el fondo del asunto, entiendo que V.E. puede declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la decisión impugnada, para que se dicte otra que trate aquella cuestión conducente para la adecuada solución del

caso y, de esa manera, cumpla debidamente la función revisora (doctrina de Fa-  
llos: 328:3399).

Buenos Aires, 06 de septiembre de 2012.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *17 de diciembre de 2013.*

Vistos los autos: "Mariani, Hipólito Rafael s/ recurso ex-  
traordinario".

Considerando:

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

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal,  
se lo desestima. Notifíquese y devuélvase el principal.

(En susdilemas)  
RICARDO LUIS LORENZETTI

(En susdilemas)  
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

DISLAT  
ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

(En susdilemas)  
CARMEN M. ARGIBAY

-///-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, rechazó el recurso de casación oportunamente impetrado por el Ministerio Público Fiscal contra el pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Federal nº 5 por el que se le

concedió a Hipólito Rafael Mariani el arresto domiciliario en los términos del art. 32, inciso "d" de la ley 24.660 para que cumpla, bajo esa modalidad de ejecución, la pena de veinticinco años de prisión e inhabilitación absoluta que le fuera oportunamente impuesta, por ser considerado coautor mediato de delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada, ambos reiterados y en concurso real, los que además fueron calificados como de lesa humanidad.

2º) Que contra dicha resolución, el Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso extraordinario federal que, fundado en la doctrina de la arbitrariedad, obra a fs. 10/24 del incidente formado al efecto y que fue concedido a fs. 29.

3º) Que en el recurso extraordinario el Ministerio Público Fiscal se agravó de la resolución dictada por el a quo por entender que resultaba arbitraria en tanto, alegó, se habría confirmado la decisión que había concedido al nombrado Mariani el arresto domiciliario sin que se hubieran sopesado debidamente las implicancias que dicha medida podría aparejar respecto a la posibilidad de que el nombrado, quien se desempeñó en altos mandos de las Fuerzas Armadas, se sustrajera a la ejecución de la elevada pena que le fuera impuesta y sin que, además, se verificaran razones de salud que justificaran adoptar dicha medida en atención a las razones humanitarias que, desde su óptica, animan el instituto receptado en el art. 32 inciso "d" de la ley 24.660.

4º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en razón de dirigirse contra una decisión que proviene del tribunal superior de la causa; que, por sus efectos, resulta equiparable a definitiva (cf. *mutatis mutandi*, V.261.XLV "Vigo, Alberto Gabriel s/ causa n° 10.919", sentencia del 14 de septiembre de 2010; P.666.XLV "Pereyra, Antonio Rosario s/ causa n° 11.382", sentencia del 23 de noviembre de 2010, M.384.XLVI "Morales, Domingo s/ causa n° 11.964", sentencia del 28 de diciembre de 2010, entre muchos otros) y que suscita cuestión federal

suficiente toda vez que se denuncia la vulneración de la garantía de defensa en juicio protegida en el art. 18 de la Constitución Nacional por mediar arbitrariedad en lo resuelto (Fallos: 308:1662; 314:1358; 330:4226) por lo que su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48.

5º) Que esta Corte entiende que asiste razón al apelante en cuanto alega que el tribunal a quo, por mayoría, rechazó el recurso de su especialidad con fundamentos meramente aparentes.

Esto en tanto, dicho tribunal revisor arribó a dicho temperamento sin dar acabado tratamiento a los argumentos que el recurrente desplegará respecto a que se habría omitido analizar fundadamente el riesgo que la concesión del arresto domiciliario aparejaría, en función de las circunstancias que allí detalló y que fueran antes reseñadas, respecto de la ejecución de la abultada pena que le fuera impuesta al citado condenado.

A juicio del Tribunal, este proceder resulta particularmente descalificable en la medida que el representante del Ministerio Público Fiscal había tachado de inválida la concesión de dicha medida con invocación de jurisprudencia consolidada de este Tribunal –que individualizó y que entendió resultaba extensivamente aplicable al caso–, con relación a la estricta ponderación que debe efectuarse de los riesgos de sustracción a la justicia que están presentes en procesos de la naturaleza como la que posee el presente, en el que se juzgaron delitos calificados de lesa humanidad, y las implicancias que ello tenía con relación a los recaudos que deben adoptarse para aventar toda posibilidad de que se eluda la ejecución de la pena impuesta al citado condenado.

En consecuencia, el fallo carece de la debida fundamentación al omitir toda consideración sobre un extremo conducente para la correcta resolución del asunto (Fallos: 328:121; 330:4983, entre muchos otros) y, en tales condiciones y sin que

ello implique abrir juicio sobre la resolución que en definitiva deba adoptarse sobre el fondo del asunto, ha de acogerse favorablemente el recurso. Asimismo, atento el temperamento adoptado, deviene inoficioso pronunciarse respecto de los restantes agravios.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen con el fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto el Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, Fiscal General.

Traslado contestado por Hipólito Rafael Mariani, representado por el Dr. Gustavo E. Ballvé, abogado defensor.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5.

**MIRET LUIS FRANCISCO**  
S/ PEDIDO DE ENJUICIAMIENTO***ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES***

Corresponde desestimar la queja deducida ante la denegación del recurso extraordinario interpuesto por quien fuera removido de su cargo de juez de Cámara si el recurrente no ha cuestionado la interpretación realizada por el jurado sobre el alcance de las atribuciones que le fija la Constitución Nacional, ni tampoco sobre la imposibilidad de que dicho cuerpo tenga por configurada la causal de mal desempeño por hechos cumplidos por el magistrado con anterioridad a su designación, por lo que el agravio deducido se reduce a una cuestión de prueba que fue resuelta sin arbitrariedad en el pronunciamiento recurrido.

***ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES***

La decisión del jurado de considerar como causal de destitución una conducta cumplida por el magistrado hace treinta y cinco años es tan inmune a la revisión judicial como lo es toda otra tarea intelectiva de subsunción de conductas de magistrados en los enunciados normativos que prevén las causales de remoción ya que dicho instituto, al no estar contemplado para la responsabilidad política de los magistrados en disposiciones constitucionales ni infraconstitucionales, no puede ser traído a esta clase de procesos por vía de integración analógica, pues significaría una vía elíptica -pero inequívoca- para introducir un límite a una atribución que no encuentra apoyo en los textos en vigencia, y respecto de cuyo ejercicio no hay espacio alguno para el escrutinio judicial, ni aún encubierto bajo el ropaje de una herramienta de interpretación que aparece como objetable en los términos señalados.

***ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES***

Corresponde desestimar la queja si el recurrente fue imputado por un cargo definido en base a una conducta descripta con precisión, tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, ofrecimiento de prueba y control de la producida por la acusación, su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados y fue destituido de su cargo de juez de cámara por el órgano en cuyas manos la Constitución Nacional depositó la atribución, mediante una decisión que subsumió la conducta en la causal típicamente reglada de mal desempeño, poniendo en ejercicio los poderes que -con carácter exclusivo- le reconoce la Ley Superior y sin infringir las atribuciones reconocidas, con igual carácter, a otras ramas del Gobierno Federal en materia de nombramiento de magistrados, sin que haya lesión a las reglas estructurales del debido proceso.

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación dispuso remover de su cargo de juez de la Cámara Federal de Mendoza al Dr. Luis Francisco Miret, como fin de un proceso que se originó en la denuncia de una serie de personas y organizaciones de derechos humanos con fundamento en cargos vinculados con su actuación como magistrado en diversos juicios, en especial en la causa “Fiscal c/Mocchi, Prudencio por averiguación de infracción art. 189 bis y ley 20.840”.

Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario, que fue denegado y motivó la presentación de la queja en examen. Expuso los siguientes agravios: a) el jurado no podía evaluar la actuación del magistrado en el caso “Fiscal c/Mocchi” sin haber constatado si, al prestar el Senado acuerdo para la designación del juez en 1984, no había examinado aquélla. Ello, porque al prestar declaración el ex senador Mathus Escorihuela, no se lo relevó del secreto de la sesión en la que se prestó el acuerdo (previsto en aquel año por el Reglamento del órgano legislativo) y, en consecuencia, no se pudo evaluar esa circunstancia. Ello derivó en la afectación del derecho de defensa en juicio del recurrente; b) se rechazó en forma dogmática la excepción de prescripción; c) el órgano destituyente carecía de jurisdicción al momento de dictar su fallo, pues el Dr. Miret había presentado su renuncia a la Sra. Presidenta de la Nación, y después de seis meses había intimado para que se le diera respuesta, la que no se produjo, por lo que el silencio debía interpretarse como una aceptación tácita de aquélla.

-II-

La Corte, a partir del precedente "Nicosia" (Fallos:

316:2940), hizo extensible a las destituciones de magistrados nacionales llevadas a cabo por el Senado de la Nación, la doctrina que el Tribunal venía sosteniendo en materia de enjuiciamiento de jueces pertenecientes al ámbito de las provincias, según la cual lo decidido resulta revisable en la instancia del art. 14 de la ley 48 siempre que se invoque por el interesado la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Ley Fundamental.

Tal criterio se reafirmó en el caso "Brusa" (Fallos: 326:4816) en el cual frente a la irrecorribilidad de la decisión del Jurado de Enjuiciamiento establecida –a raíz de la reforma instrumentada en 1994– por el art. 115 de la Ley Fundamental, el Tribunal concluyó que dicha condición significa que la Corte Suprema no podrá sustituir el criterio de dicho órgano en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, el juicio sobre la conducta de los jueces, pero sí será propio de su competencia, por vía del recurso extraordinario, considerar las eventuales violaciones –nítidas, graves y concluyentes– a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio (confr. considerando 9º del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; segundo párrafo del voto del juez Belluscio; considerandos 20 y 34 del voto del juez Maqueda y más recientemente in re: T. 839. XXXVIII. "Torres Nieto, Mirta Carmen s/su enjuiciamiento" –Recurso de Hecho–, sentencia del 13 de marzo de 2007).

Admitido, entonces, que ciertas resoluciones del juicio político pueden ser revisadas judicialmente, siempre que concurran las condiciones que así lo permitan, tanto por la naturaleza y características de aquel proceso como por las pautas jurisprudenciales resumidas, resta, en consecuencia, considerar si el recurso extraordinario cuya denegación origina esta presentación directa es o no admisible.

En efecto, es claro que, para habilitar la vía de revisión excepcional del art. 14 de la ley 48, la apelación extraordinaria queda sujeta, como en todos los casos, al cumplimiento de los demás requisitos que se exigen

para su admisibilidad, que, por otra parte, exigen un escrutinio muy riguroso, en virtud de la especial prudencia que debe regir toda la actuación judicial en asuntos relativos al juicio político, así como al limitado campo de justiciabilidad que éste contiene.

Solamente una decisión definitiva, o una que resulte equiparable a tal, emitida por el Senado de la Nación, constituido como tribunal de enjuiciamiento político, puede ser objeto de revisión judicial por la vía del recurso extraordinario (*Fallos: 318:219*) y, el juez Boggiano, al votar en la citada causa, aclaró, que “... habida cuenta de que el control judicial sobre la existencia de las atribuciones del Senado y la inviolabilidad del derecho de defensa en los juicios políticos debe encauzarse por la vía del recurso extraordinario respecto de una decisión del Senado –que a estos efectos es equiparable a un ‘tribunal de justicia’ con arreglo a lo demostrado en el caso ‘Nicosia’ cit.–, es evidente que el remedio será admisible siempre y cuando, entre otros recaudos, la resolución contra la que se lo dirija sea definitiva, esto es: que ponga fin al pleito o impida su prosecución. No es dudoso que cualquier menoscabo al mencionado derecho que originara la acusación formulada por la Cámara de Diputados, sería susceptible de ser reparado por el ‘tribunal’ de la causa, el Senado; o bien podría llegar a perder toda entidad jurídica en la hipótesis de un posterior pronunciamiento absolutorio. Las resoluciones de ese órgano del Congreso, dictadas durante la sustanciación del juicio, no habilitarían, por ende, la instancia del art. 14 de la ley 48, a excepción de las que pudieran irrogar agravios de entidad proporcionada a las de un ‘fallo’ de condena, o sea, de imposible reparación ulterior. Empero, tal equiparación de los autos interlocutorios del juicio político a definitivos en los alcances de la norma últimamente citada, exigirá, en todo trance, una apreciación severa y restrictiva, a fin de no contradecir los fines perseguidos por la Constitución mediante la determinación del órgano especialmente competente en el trámite del enjuiciamiento: el Senado” (cons. 8º, del voto cit., pp. 228/229) (énfasis añadido).

Desde esta óptica, entonces, considero que la resolución apelada, que puso fin al juicio público previsto en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional y dispuso destituir de su cargo al magistrado sometido a proceso, reviste el carácter de sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, según la jurisprudencia de la Corte.

Despejadas tales cuestiones, es el momento de examinar si, por medio del recurso interpuesto, el apelante logra demostrar que durante el desarrollo del juicio público que culminó con su destitución del cargo, se produjeron irregularidades que vicien irreparablemente el procedimiento, es decir, si en los términos que la doctrina del Tribunal antes aludida, aquéllas atentan de modo sustancial contra las garantías de defensa en juicio y el debido proceso.

-III-

El primer agravio se basa en que el órgano destituyente no estaba habilitado para evaluar la conducta del Dr. Miret previa a que el Senado le prestara acuerdo en 1984, pues ésta ya había sido examinada por el órgano legislativo. Para fundarlo, el apelante hace especial hincapié en la declaración testimonial del ex senador nacional por Mendoza, Dr. Alfredo Mathus Escorihuela. Recuerdo, al respecto, que en la audiencia del 16/2/2011, en la que se produjo aquélla (fs. 1293/1343), aunque el Presidente del jurado le dijo al Dr. Miret que él no podía relevar al testigo del secreto de las sesiones del Senado en la que se le había prestado el acuerdo como camarista federal de Mendoza, el ex senador reiteradamente dijo que las actas de las sesiones estaban en el cuerpo legislativo, por lo que, entiendo, bien podría haberse pedido su remisión al Congreso y que éste fuera quien, en todo caso, relevara del secreto de aquéllas, que estaba reglamentariamente impuesto en el momento de prestar el acuerdo. Además, Mathus dijo que no recordaba que, en esa ocasión, hubiera habido alguna referencia especial a la actuación del Dr. Miret, pues sólo se habían

evaluado los antecedentes curriculares que se acompañaban para cada candidato, y que no existió oposición respecto de su nombramiento. Tampoco se formularon objeciones, manifestó, de organismos de derechos humanos, a diferencia de lo que sucedió en otros casos, y que esas objeciones, de existir, eran llevadas al recinto. En cuanto a la causa “Fiscal c/Mocchi”, expresó que la conocía por su repercusión pública, pero que no sucedía lo mismo respecto de la actuación del Dr. Miret en ella. Como sostiene la parte apelada en la contestación del recurso extraordinario, el conocimiento público de la causa no implicaba que hubiera habido información sobre la actuación irregular del magistrado interveniente.

Destaco también para descartar este agravio lo expuesto por el jurado (fs. 1482/1540): “al serle requerida al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos toda la documentación obrante en esa dependencia vinculada al tratamiento de la designación del doctor Luis Francisco Miret como juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, se limitó a remitir copia certificada de los decretos nº 779/76 y nº 3231/84 –de designación y ratificación, respectivamente, del doctor Miret en ese cargo- (fs. 22/26 del Cuaderno de Prueba de la Acusación). Por su parte, al Honorable Senado de la Nación se le solicitó la totalidad de antecedentes y/o documentación valorados por la Comisión de Acuerdos del Senado en el año 1984 en relación a la designación del doctor Miret, consistentes éstos en el pedido de acuerdo requerido por el Ministro de Educación y Justicia con fecha 10 de abril de 1984, el currículum vitae del magistrado y el dictamen de comisión en el que se proyectó la resolución que finalmente tomó el Senado el 19 de septiembre de 1984: ‘ARTÍCULO 1º.- El Senado presta su acuerdo al Presidente de la Nación para designar Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, al señor doctor Luis Francisco MIRET ... (fs. 31/43 del Cuaderno de Prueba de la Acusación). Finalmente el doctor Mathus Escorihuela relató en la audiencia de debate que aunque en esa época no integraba la Comisión de Acuerdos, asistió regularmente a las reuniones de dicha comisión en su calidad de senador por Mendoza para interesarse por el

trámite de designación de los jueces de su provincia. Recordó que en todos los pliegos y pedidos de acuerdo se adjuntaba una especie de currículum, de foja de servicio de las personas que estaban propuestas para la designación; que en el caso del doctor Miret, no hubo objeciones ni en la Comisión ni en el plenario para su designación ... Si bien el testigo manifestó que en su momento la causa ‘Fiscal c/Mocchi’ tuvo cierta repercusión, que se enteró de lo sucedido por comentarios y porque salió en los medios de comunicación, de ningún modo se probó que se conociera, y menos aún que se evaluara una conducta disvaliosa del juez en relación al trámite de la causa, o que los legisladores conocieran en concreto su contenido ... Que, en suma, al analizar e integrar los elementos enumerados el marco probatorio se cierra en forma homogénea y adquiere el peso suficiente para permitir concluir lógicamente que el Honorable Senado de la Nación, al momento de conceder el acuerdo para la designación del doctor Luis Francisco Miret como juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza ... no conoció en plenitud los hechos que aquí se le endilgan”.

El segundo agravio finca en que, al momento de evaluarse los hechos por el jurado, habría prescripto la posibilidad de llevar a cabo su remoción. Cabe recordar al respecto que, como lo señala la parte recurrida, el proceso de remoción de magistrados se desenvuelve dentro de los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, la ley 24.937 y el Reglamento de Procedimiento de ese órgano, en los que no se establece prescripción, y debido a la especial naturaleza jurídico política de ese proceso, no parece que corresponda aplicar los principios del derecho administrativo, pues en aquél juegan razones institucionales relevantes que conducen a que no se obstaculice, salvo razón legal aplicable, el enjuiciamiento de los magistrados por hechos, actos y omisiones en el ejercicio de sus altas funciones.

Finalmente, el Dr. Miret sostiene que no se consideró que el jurado actuó sin jurisdicción, pues él había presentado su renuncia ante la Sra. Presidenta de la Nación y ella no se había pronunciado al respecto, aun frente

a su pedido de pronto despacho (ver fs. 1359). Sobre el punto entiendo que si se considerara, como lo hace el apelante, que el Poder Ejecutivo Nacional puede aceptar tácitamente la renuncia de un juez sometido a enjuiciamiento, se violaría la división de poderes y se causaría un daño a la comunidad, para quien resulta relevante que se desentrañe cuál ha sido la actuación de los magistrados que deciden sobre sus derechos y obligaciones, además de que, como es evidente, puede no ser la misma la situación del magistrado removido que la del renunciado (por ejemplo en el aspecto previsional y en la eventual imposibilidad de ocupar cargos públicos).

Las normas aplicables al respecto son claras. El art 5º del Reglamento Procesal del jurado dice que “en caso de producirse la renuncia ... durante la sustanciación del proceso, concluirá el procedimiento y se archivarán las actuaciones, una vez que aquélla haya sido aceptada por el Presidente de la República”, en consonancia con lo dispuesto en el art.9 bis del Reglamento para la Justicia Nacional, según el cual “los magistrados presentarán la renuncia a su cargo directamente ante el Poder Ejecutivo, debiendo dar cuenta de dicha presentación –en su caso- a la Corte Suprema, por intermedio de la Cámara respectiva. Hasta tanto la renuncia no les sea formalmente aceptada, estarán sujetos a las disposiciones legales y reglamentarias concernientes a la función judicial”. Respecto de la causa “Lona” (Fallos: 327:46), citada reiteradamente por el apelante para fundar esta queja, en ella V. E. afirmó que la renuncia es un acto bilateral, y el ordenamiento en este caso no contempla que se considere aceptada tácitamente. Es que, aun si se entendiera aplicable el art. 10 de la ley 19.549, el silencio de la Administración se interpreta como negativa, por lo que corresponde desestimar también este último agravio.

falta de demostración en forma clara, inequívoca y concluyente de lesión a las reglas estructurales del debido proceso en el trámite del juicio político, deriva en que no haya materia federal para la intervención de la Corte por la vía que se intenta.

Por lo ello, opino que corresponde rechazar la queja.

Buenos Aires, 22 de septiembre de 2011.

LAURA M. MONTI

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *diecisiete de diciembre de 2011*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por los Defensores Oficiales de Francisco Luis Miret en la causa Miret, Luis Francisco s/ pedido de enjuiciamiento", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, mediante sentencia del 11 de marzo de 2011, resolvió remover al doctor Luis Francisco Miret de su cargo de juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, por considerar que el magistrado incurrió en la causal constitucional de mal desempeño (fs. 10/68).

Contra dicho pronunciamiento el doctor Miret interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 1553/1573, cuya denegación (fs. 3/9) dio lugar a la presente queja (fs. 95/99).

2º) Que el impugnante invocó la presencia de diversas cuestiones federales que considera aptas para habilitar la instancia del artículo 14 de la ley 48 y para que esta Corte deje sin efecto el pronunciamiento impugnado.

Por un lado, desde la premisa de que en este proceso se pretendía privar de efectos el acuerdo dado por el Senado de la Nación en oportunidad –año 1984– de ser designado juez de la Cámara Federal de Mendoza por el Presidente de la Nación, la defensa de Miret alegó que el jurado había transgredido sus facultades constitucionales, afectando gravemente su derecho de defensa en juicio.

Asimismo, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad, se agravó de que el Jurado no hubiese dado respuesta fundada al planteo de prescripción de la acción administrativa en lo que atañe a la potestad sancionatoria de ese órgano.

Por último, sostuvo que el Jurado había vulnerado el derecho a peticionar ante las autoridades (art. 14 de la Constitución Nacional), al desconocer los efectos de la renuncia presentada por el Dr. Miret a la Presidenta de la Nación, como así también la intimación posterior que le remitió. Sobre esa base, consideró que el jurado asumió una jurisdicción que no tenía para destituir a un juez que formalmente había cesado en su cargo por renuncia, con prescindencia del único objetivo, el enjuiciamiento político que contempla el art. 115 de la Constitución Nacional.

3º) Que, en primer lugar, cabe recordar que a partir del precedente “Graffigna Latino” (Fallos: 308:961) para el ámbito provincial y con ampliación ulterior a la esfera nacional en los casos “Nicosia” y “Brusa” (Fallos: 316:2940 y 326:4816), esta Corte ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales, constituyen un ámbito en el que sólo es posible la intervención judicial en la medida en que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

4º) Que, desde esta perspectiva, el Tribunal ha reconocido a los enjuiciamientos políticos la condición de cuestiones justiciables cuando se alega que en ellos se ha producido una real violación del derecho de defensa en juicio; empero, ha subrayado que la aplicación e interpretación de dicho derecho deben ser llevadas a cabo a la luz de la naturaleza del juicio de que se trata, es decir no puede soslayarse los caracteres del proceso y la materia que en él se conoce y decide.

5º) Que también ha precisado el Tribunal, que dada la especificidad del juicio político el criterio de revisión debe ser francamente riguroso. Sólo patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante estos estrados, siempre que sea acreditado por el recurrente no sólo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso. Preservadas formalmente las exigencias para que tal derecho pueda ser considerado bajo resguardo en el juicio político, sólo la demostración por parte del interesado de que aquellas formalidades resultan aparentes y encubren un real desconocimiento de dichos requisitos, habilitaría esta instancia revisora federal y extraordinaria (*Fallos: 316:2940* y siguientes hasta causa "Faggionatto Márquez, Federico Efraín s/ pedido de enjuiciamiento", *Fallos: 335:686*).

6º) Que desde esta comprensión, corresponde señalar, con referencia al primer planteo promovido por el recurrente, que en la sentencia apelada el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación sentó dos premisas conceptuales sobre cuya base aborda el tratamiento de la cuestión, que no fueron disputadas por el interesado. Por un lado, afirmó que ese órgano poseía facultades para juzgar las conductas previas al acuerdo prestado por el Senado de la Nación para la designación del magistrado; por el otro, sostuvo que el ejercicio de tales potestades sólo podía verse impedido en el caso de que el mencionado cuerpo legislativo hubiese conocido de estos mismos hechos en oportunidad de acordar la designación del magistrado propuesto por el Poder Ejecutivo.

Desde este encuadramiento, el jurado subrayó que sólo debía dilucidarse si el Senado de la Nación había conocido y evaluado, o no, los hechos que integran el objeto de este juicio, en el momento en que otorgó su acuerdo ante la propuesta del Poder Ejecutivo para designar al Dr. Luis Francisco Miret como juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.

7º) Que en las condiciones expresadas, el jurado ponderó los elementos de prueba producidos durante la audiencia de debate -antecedentes remitidos por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y por el Senado de la Nación, y el testimonio del señor senador que votó el acuerdo, doctor Miguel Alfredo Mathus Escorihuela- y concluyó en que el marco probatorio cerraba en forma homogénea y adquiría el peso suficiente para permitir afirmar que el Honorable Senado de la Nación, al momento de conceder el acuerdo para la designación del doctor Miret, no conoció en plenitud los hechos que aquí se le endilgan al enjuiciado.

Sobre esa base, el jurado consideró que el ejercicio de su jurisdicción no implicaba un avance sobre la designación del Dr. Miret efectuada por el Poder Ejecutivo tras el acuerdo del Senado en los términos del art. 99, inc. 4º, de la Constitución Nacional.

8º) Que de acuerdo con los antecedentes relacionados, la sustancia del agravio se reduce exclusivamente a una cuestión valorativa fáctica, consistente en determinar si, en definitiva, como pregonó el impugnante, es insostenible la conclusión a la que llega el Jurado en cuanto afirma que el Senado "no conoció en plenitud los hechos que aquí se endilgan", materia que únicamente podría quedar federalizada y habilitar la intervención de esta Corte si la conclusión alcanzada es descalificable con base en la doctrina de la arbitrariedad.

9º) Que, en este sentido, la naturaleza del planteo que propone el apelante no sólo encuentra serio reparo frente al limitado campo del control judicial en asuntos relativos al jui-

cio político, sino que además no se advierte que en el caso se verifique un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad, según el estándar definido hace más de cincuenta años (caso "Estrada, Eugenio", sentencia del 23 de septiembre de 1960; Fallos: 247:713; C.1675.XLIII -RHE- "Córdoba - Convocatoria a elecciones de Gobernador, Vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007 s/ recurso de apelación y nulidad", sentencia del 13 de noviembre de 2007, Fallos: 330:4797, y de aplicación en materia de juicios políticos en el caso "Trova" de Fallos: 332:2504), con arreglo al cual se debe demostrar que la equivocación del pronunciamiento impugnado es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia.

10) Que ello es así, puesto que al tratar esta cuestión el Jurado de Enjuiciamiento ha formado su decisión por medio de la apreciación de los elementos de juicio producidos en el debate, y mediante una exposición de fundamentos que aparecen como razonados y coherentes fijó una circunstancia de hecho sobre cuya base descarta las objeciones del recurrente (fs. 1483/1484).

11) Que, por su parte, la defensa ha ceñido su reclamo a la mera enunciación de las presuntas limitaciones al ejercicio de la defensa en juicio que, por un lado, le habría irrogado el extenso paso del tiempo transcurrido desde el momento en que el Senado le otorgó el acuerdo al magistrado removido, circunstancia que habría operado como un obstáculo insalvable para acreditar los hechos del modo en que, según alude, habrían ocurrido. Empero omite indicar fundadamente cuáles serían aquellos elementos de prueba de los que se habría visto privada de producir en virtud del lapso transcurrido.

12) Que, al respecto, la mera indicación de que en su oportunidad -año 1984- habría arrimado cuantioso material al Ministerio de Justicia de ese entonces, que incluía copias del ca-

so "Fiscal c/ Mochi" sobre cuya actuación como magistrado ahora se le reprocha, es insuficiente para sostener su agravio, pues no sólo ha omitido promover la producción de algún elemento de juicio que avale su referencia sino que, además, aún cuando así lo hubiere propuesto, de todos modos sería irrelevante para conmover la solución del caso, ya que no se disputa aquí las circunstancias consideradas en el entonces Ministerio de Justicia para promover su designación como magistrado, sino, antes bien, el efectivo tratamiento y consideración por parte del Senado de la Nación, en ocasión de prestar el acuerdo previsto en la Constitución Nacional, de los hechos que conforman la actual acusación.

Tampoco es atendible el invocado cercenamiento del derecho de defensa, fundado en que durante el debate no fue autorizado a relevar el secreto de las sesiones del Senado al testigo Mathus Escorihuela, quien en su condición de senador por la provincia de Mendoza había acudido regularmente a las reuniones de la comisión de acuerdos —pese a que no la integraba— para interesarse por el trámite de la designación de los jueces de su provincia.

En efecto, el reclamo del apelante pierde entidad frente a la actuación discrecional que desarrolló durante el juicio, pues según surge del acta labrada en oportunidad del debate (fs. 1325/1343), consintió la decisión del presidente del jurado que rechazó la pretendida autorización formulada por el acusado para que se releve del secreto de las sesiones al testigo Mathus Escorihuela, al no reponer la decisión, formular protesta o reserva alguna, y además interrogó ampliamente al testigo en punto a las eventuales objeciones y oposiciones que podrían haber acontecido en el marco del tratamiento del acuerdo para la designación del Dr. Luis Francisco Miret para el cargo propuesto.

Lo expuesto revela, por un lado, que el acusado ejercitó con amplitud el derecho de defensa en torno a la

cuestión tratada; y, por otro, que el planteo introducido bajo el ropaje de una afectación constitucional, sólo responde a la disconformidad con el modo en que fue valorada la prueba y a la forma en que fueron fijados los hechos que se tuvieron por acreditados.

13) Que, en las condiciones expresadas, es claro que no se trata aquí de definir los precisos límites que debe respetar el jurado cuando lleva a cabo el enjuiciamiento de magistrados previsto por el art. 115 de la Constitución Nacional, a fin de armonizar sus atribuciones exclusivas con las reconocidas, con igual carácter, a otras ramas del Gobierno Federal y de impedir que su actuación se constituya en una vía elíptica de revisar actos cumplidos por el Poder Ejecutivo y por el Senado de la Nación en el procedimiento para la designación de jueces, en ejercicio de atribuciones privativas que les corresponde con sustento en el principio republicano de separación de poderes. Ni tampoco se trata de la afectación de los derechos constitucionales del acusado como propone la defensa, pues la sustancia del planteo hace pie en una apreciación distinta acerca de las circunstancias de hecho que se han tenido por probadas para rechazar la postura defensiva del apelante.

En definitiva, la recurrente no ha cuestionado aquí la interpretación realizada por el jurado sobre el alcance de las atribuciones que le fija la Constitución Nacional, ni tampoco sobre la imposibilidad de que dicho cuerpo tenga por configurada la causal de mal desempeño por hechos cumplidos por el magistrado con anterioridad a su designación, por lo que el agravio deducido se reduce a una cuestión de prueba que, como ha sido expuesto, fue resuelta sin arbitrariedad en el pronunciamiento recurrido.

14) Que en lo atinente a la cuestión de prescripción, los reclamos del apelante bajo este motivo de agravio lucen notoriamente infundados y sólo expresan su desacuerdo con los fundamentos dados por el Jurado de Enjuiciamiento para rechazar los

planteos.

Cabe recordar, que dicho cuerpo juzgador sostuvo su decisión en descartar toda aplicación analógica de las disposiciones que regulan este modo extintivo de la acción en los campos de la responsabilidad administrativa o penal, a la par de subrayar que frente a la finalidad institucional de esta clase de enjuiciamientos y el silencio del legislador sobre el punto, debía concluirse que el instituto carecía de aplicación en el marco de la responsabilidad política. Ante este consistente núcleo argumentativo, las objeciones de la recurrente en torno a la afectación del derecho de defensa y de debido proceso, con base en los principios de la prescripción de la acción administrativa, sólo exhiben una discrepancia hermenéutica que distan de alcanzar el estándar del error inconcebible para una racional administración de justicia, según la definición recordada en el considerando 9º para dar lugar a un supuesto de sentencias arbitrarias.

15) Que ello es así, pues el Jurado de Enjuiciamiento rechazó la pretensión de la defensa sobre la base de la interpretación de las normas que regulan el proceso de remoción de los magistrados (arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, la ley 24.937 y el Reglamento de Procedimiento de dicho órgano), y concluyó en que dicha normativa no preveía el instituto de la prescripción y que, además, tampoco era posible extrapolar las reglas de la prescripción en materia penal a este esquema particular de juicio político.

Frente a ello puede concluirse que las alegaciones formuladas por la recurrente en el recurso extraordinario, ya sea por su deficitaria fundamentación o fuera por la limitada entidad de los planteos, no permiten descalificar el fallo apelado, ni menos aún demostrar que se esté en presencia de lesiones nítidas, inequívocas y concluyentes al derecho de defensa que sean relevantes para variar la suerte de lo decidido. La crítica no se hace cargo de desvirtuar la perspectiva que se

proyecta de los precedentes anteriormente citados, y sobre cuya base el Jurado de Enjuiciamiento ha subrayado la distinta naturaleza que gobierna el trámite que aquí se trata.

En este sentido, la mera y genérica indicación del recurrente acerca de que la Corte Suprema admitió la existencia de la prescripción en el ámbito administrativo, es irrelevante para atender a su reclamo, pues la ausencia de una mínima fundamentación impide advertir cuáles serían las razones que permitirían trasladar, sin más, aquellas decisiones a un ámbito de una naturaleza diversa como el que se examina.

16) Que desde otro lugar, corresponde observar que –aún cuando no ha sido planteado como un motivo concreto de agravio federal por parte del magistrado destituido pero con base en la obligación que pesa sobre el Tribunal de mantener las reglas de derecho establecidas en sus precedentes– las circunstancias del caso no exhiben puntos de contacto con lo decidido recientemente por esta Corte al tratar la cuestión constitucional atinente al alcance de la garantía de obtener una decisión en el plazo razonable que exige art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de un sumario administrativo por infracciones a la ley de entidades financieras (causa “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA” - Fallos: 335:1126).

En dicho pronunciamiento se afirmó, en lo que interesa, que las garantías judiciales en general y uno de sus contenidos como es el “plazo razonable” de duración de las actuaciones al que se refiere el inciso 1, del art. 8, son exigibles en toda clase de procesos tramitados por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.

Ello es así, pues como en el sub lite el recurrente únicamente se agravia de no haberse reconocido el instituto de la prescripción ante el tiempo transcurrido desde la fecha del acaecimiento de los hechos que se le imputan, lo determinante

para examinar la eventual afectación de la garantía constitucional que aquí se trata es que, a diferencia de aquel caso cuyo sumario contaba con una tramitación de más de 15 años en el momento de aplicarse las sanciones impugnadas (considerando 13º), el presente expediente de remoción se originó el día 22 de diciembre de 2009, de modo que ya desde esta primera, y elemental, comprensión no es posible la aplicación como precedente de la sentencia dictada en el caso "Losicer" frente a la diversidad fáctica del caso juzgado (*Fallos: 33:162*, cons. 26, "Municipalidad c/ Elortondo" del 14 de abril de 1888).

17) Que, por otro lado, es propicio recordar la rigurosa regla según la cual la subsunción de los hechos en las causales constitucionales de destitución por juicio político constituyen ámbitos reservados por la Constitución Nacional al exclusivo y definitivo juicio por el Jurado de Enjuiciamiento, y no es recurrible ante el Poder Judicial. Así lo sostuvo esta Corte, en el régimen de la Constitución de 1.853 respecto de los veredictos del Senado de la Nación, desde el precedente "Nicosia" de *Fallos: 316:2940* (cons. 23 del voto de la mayoría; cons. 11 del voto de los jueces Belluscio y Levene); y, tras la reforma de 1994, frente al texto del art. 115 de la Ley Suprema con respecto al fallo del Jurado de Enjuiciamiento, y sin excepciones ni morigeraciones ulteriores en el caso "Brusa" de *Fallos: 326:4816*, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 9º in fine; voto del juez Belluscio, segundo párrafo; voto del juez Maqueda, cons. 33).

Desde esta hermética concepción, la decisión del jurado de considerar como causal de destitución una conducta cumplida por el magistrado hace treinta y cinco años, es tan inmune a la revisión judicial como lo es toda otra tarea intelectiva de subsunción de conductas de magistrados en los enunciados normativos que prevén las causales de remoción. El instituto de la prescripción, al no estar contemplado para la responsabilidad política de los magistrados en disposiciones constitucionales ni infraconstitucionales, no puede ser traído a esta clase de pro-

cesos por vía de integración analógica, pues significaría una vía elíptica —pero inequívoca— para introducir un límite a una atribución que no encuentra apoyo en los textos en vigencia, y respecto de cuyo ejercicio no hay espacio alguno para el escrutinio judicial, ni aún encubierto bajo el ropaje de una herramienta de interpretación que aparece como objetable en los términos señalados. Máxime, cuando el elemento temporal no ha pasado desapercibido para el constituyente, que en el art. 115 lo contempló expresamente y limitó sus efectos al único objetivo de fijar un plazo de caducidad a la duración del juicio para establecer —con precisión— el grave efecto extintivo a que da lugar el vencimiento de dicho lapso.

18) Que, por último, el motivo de agravio fundado en la proclamada afectación del derecho a peticionar ante las autoridades (art 14 de la Constitución Nacional), tampoco es admisible, puesto que el apelante estructura su planteo sobre la base de una particular visión del asunto, que de ningún modo permite descalificar lo resuelto sobre el punto en la sentencia apelada.

En este sentido, corresponde señalar que la exégesis asignada a lo establecido por esta Corte en el precedente “Lonna”, desde la cual el recurrente proyecta el alcance que debe otorgarse a su conducta discrecional de renunciar al cargo de juez durante el proceso de destitución en trámite, no se compadece con lo resuelto en ese caso, de modo que su comprensión del asunto de ningún modo sostiene la afectación constitucional que proclama.

19) Que, al respecto, cabe tener presente que el procedimiento destinado a examinar la responsabilidad política del Dr. Miret se inició por la denuncia presentada, con fecha 22 de diciembre de 2009, ante el Consejo de la Magistratura; la Comisión de Disciplina y Acusación de dicho Cuerpo, mediante el dictamen 255/2010 del 9 de septiembre, resolvió aconsejar al Plenario la apertura del procedimiento de remoción por las causales de mal desempeño de sus funciones y posible comisión de delitos,

a la par que propuso que se le formule acusación (fs. 541/573 y 578/613); a su turno, el Plenario del consejo, con fecha 16 de septiembre de 2010, resolvió abrir el procedimiento de remoción del nombrado (fs. 623/692). El 3 de noviembre de 2010, el doctor Miret contestó la acusación ante el jurado, formuló su defensa y ofreció prueba, oportunidad en que, subsidiariamente, pidió que se lo remueva por una nueva causal fundada en su estado psíquico y por su edad; a la par, indicó que había presentado su renuncia al cargo de juez, cuya copia acompañaría como prueba documental (739/765). A fs. 1359, con fecha 21 de febrero 2011, presentó ante el Jurado la copia del oficio dirigido a la señora Presidenta de la Nación con fecha 17 de febrero de 2011, en el que le solicitaba que se expediera en un plazo que no superare las 12,00 hs. del día 21 de febrero, sobre la renuncia al cargo de juez que había formulado con fecha 14 de septiembre de 2010, consignando que en caso de mantenerse la situación de indefinición, debería considerarse que la dimisión debía ser tácitamente aceptada. Por último, con fecha 21 de febrero de 2011, al formular la defensa en el debate, Miret planteó la excepción de falta de jurisdicción (fs. 1361/1476).

El Jurado de Enjuiciamiento rechazó dicha excepción en la sentencia destitutoria del 11 de marzo, con fundamento en que la renuncia presentada por Miret era sólo una manifestación unilateral, por lo que al no haber sido aceptada por el Poder Ejecutivo el juez continuaba sometido al juicio político que se había iniciado. También señaló que la interpretación propiciada por la defensa implicaba invadir la facultad de otro poder del Estado, con la consecuente afectación a la división constitucionalmente impuesta entre diversas ramas del gobierno. Por último, sobre la base de la exégesis de la ley 19.549, descartó que el silencio del Poder Ejecutivo pudiera interpretarse como una aceptación de la renuncia de Miret.

20) Que, frente a lo resuelto, la cerrada crítica de la recurrente hace pie en la disconformidad que le provoca la decisión del tribunal a quo, mas no se advierte, ni se de-

muestra, ninguna razón que permita descalificar el pronunciamiento apelado, con sustento en la arbitrariedad que pregonó.

En efecto, se advierte que la invocada afectación constitucional sobre la que proyecta su agravio se asienta en una inadecuada inteligencia asignada a un precedente del Tribunal, conformado en su mayoría por conjueces, que de ningún modo sostiene su pretensión de que se interprete el silencio del Poder Ejecutivo ante su pedido de respuesta como una aceptación tácita de la renuncia al cargo que había presentado con anterioridad.

En rigor, más allá de las consideraciones efectuadas obiter dictum por los conjueces del Tribunal en los votos concurrentes, lo medular de la doctrina sentada para fallar en el caso "Lona" (Fallos: 327:46) al que alude el apelante, se refiere a que la renuncia debía ser aceptada por el Presidente de la Nación para producir los efectos del art. 5º del Reglamento Procesal del Tribunal de Enjuiciamiento, que prevé actualmente la conclusión y el archivo de las actuaciones sólo de verificar ese acto administrativo.

21) Que la defensa le achaca al Jurado la afectación del art. 14 de la Constitución Nacional, y formula distintas especulaciones en torno al silencio del Poder Ejecutivo; sin embargo, su prédica de ningún modo controvierte la decisión del Jurado que no ha hecho más que aplicar la normativa vigente en el marco de las facultades atribuidas constitucionalmente, según la recta interpretación que deriva del precedente de Fallos: 327:46 "Lona" que, como se dijo, condiciona la extinción de las potestades juzgadoras a la aceptación de la renuncia del magistrado enjuiciado, y sin que pueda apreciarse violación de ninguna clase a las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso.

Ello es así, puesto que de lo decidido surge que el Jurado de Enjuiciamiento ajustó el ejercicio de su jurisdicción a la circunstancia objetiva que dispone el art. 9 bis del Regla-

mento para la Justicia Nacional y el actual art. 5 del Reglamento Procesal del Tribunal de Enjuiciamiento, según la interpretación asignada por la Corte Suprema en el mencionado caso "Lona".

Además, la sentencia apelada guarda perspectiva con el marco conceptual delineado por el juez Maqueda en ese caso, en cuanto señaló que la facultad del Poder Ejecutivo de aceptar o rechazar la renuncia de un magistrado sometido al procedimiento del juicio político integra el ámbito de cuestiones políticas no justiciables y, en tal sentido, la no aceptación de aquélla importa un acto de apreciación institucional que tiene relación directa con los fines constitucionales que motivaron la inclusión del procedimiento de remoción. También señaló, entre otros conceptos, que la renuncia de un magistrado, por su sola presentación, no puede, en forma automática, excluirlo del procedimiento político de remoción, sin que se afecten facultades constitucionalmente discernidas: como las del Poder Ejecutivo -de aceptar o no la renuncia-, o las del Jurado de Enjuiciamiento de concluir con el enjuiciamiento del desempeño de los magistrados judiciales para hacer efectiva su responsabilidad política como funcionarios públicos. Se encuentran en juego, en un procedimiento de carácter complejo, distintas facultades de ejercicio discrecional, típico del "delicado equilibrio de la arquitectura republicana buscado por la constitución, mediante el clásico principio de frenos y contrapesos, de controles reciprocos entre los diferentes órganos del gobierno, que pide por una prudente consideración a riesgo de mortificar un balance asentado tanto en una racionalidad técnica, como en una axiológica por su relación definitiva con los valores de libertad y seguridad jurídica" (Fallos: 316:2940, considerando 12). Las facultades constitucionales mencionadas, tienen en común su carácter político, de ejercicio ponderado sólo por el órgano que lo ejecuta y ajena al control jurisdiccional (voto del juez Maqueda, considerando 6°).

22) Que, por último, podría añadirse que el recurrente ha encauzado su planteo en un marco exclusivamente subjetivo

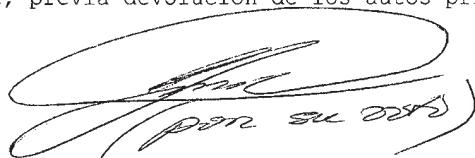
e individual, desentendiéndose de que su declaración unilateral de dejar el cargo de magistrado fue formulada cuando se encontraba en pleno trámite una actuación destinada a investigar y juzgar sus altas responsabilidades institucionales. Y cuando se trata del ejercicio de ese precioso mecanismo de control republicano, esta Corte ha subrayado en la causa "Torres Nieto" de Fallos: 330:725, que debe permitirse su apropiado desarrollo en la medida en que se ha instado "...el cabal funcionamiento de las instituciones en cuanto están inspiradas en el elevado propósito tanto de que se excluya del Poder Judicial de la Nación a los magistrados que han perdido las condiciones para seguir ejerciendo dicho alto ministerio sobre el honor, la libertad y la propiedad de los ciudadanos; como así también que los acusados obtengan un pronunciamiento absolutorio de la responsabilidad política imputada, que les permita a ellos dejar en claro ante sí, ante la sociedad y por quienes juraron desempeñar el cargo, su legitimación ética y funcional; a la par, que este departamento judicial pueda ahondar en la sociedad las necesarias raíces que permitan desarrollar la confianza en las instituciones republicanas que exige la vida en democracia".

Lejos está de verificarse en el sub lite, entonces, un supuesto en que ante la renuncia de un magistrado judicial la ostensible demora en pronunciarse sobre ella o, inclusive, su rechazo, podría justificar un mayor examen a fin de ahondar sobre la posible afectación de garantías constitucionales que asisten a los jueces, tanto de cuño institucional como de índole personal (arts. 110, 14 y 14 bis de la Ley Suprema).

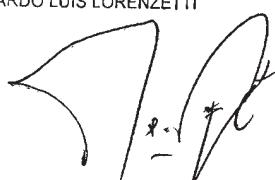
23) Que en definitiva, el doctor Miret fue imputado por un cargo definido en base a una conducta descripta con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, ofrecimiento de prueba y control de la producida por la acusación; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados; y fue destituido por el órgano en cuyas manos la Constitución Nacional depositó la atribución, mediante una decisión que subsumió la conducta en la

causal típicamente reglada de mal desempeño, poniendo en ejercicio los poderes que –con carácter exclusivo– le reconoce la Ley Superior y sin infringir las atribuciones reconocidas, con igual carácter, a otras ramas del Gobierno Federal en materia de nombramiento de magistrados. En estas condiciones y ausente la demostración en forma nítida, inequívoca y concluyente de la lesión a las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 330:725; 331:2156).

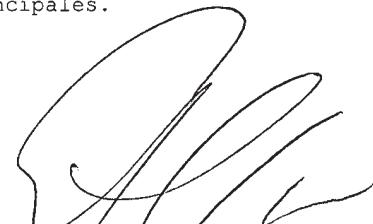
Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Reintégrese el depósito por no corresponder. Notifíquese y oportunamente archívese, previa devolución de los autos principales.



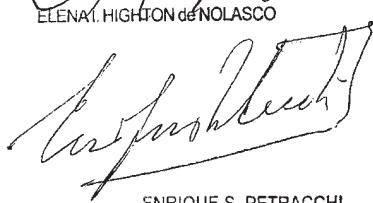
RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 22 del voto de la mayoría, que se dan por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias.

Que en definitiva, el doctor Miret fue imputado por un cargo definido en base a una conducta descripta con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, ofrecimiento de prueba y control de la producida por la acusación; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados; y fue destituido por el órgano en cuyas manos la Constitución Nacional depositó la atribución, mediante una decisión que subsumió la conducta en la causal típicamente reglada de mal desempeño, poniendo en ejercicio los poderes que -con carácter exclusivo- le reconoce la Ley Superior y sin infringir las atribuciones reconocidas, con igual carácter, a otras ramas del Gobierno Federal en materia de nombramiento de magistrados. En estas condiciones y ausente la demostración de la lesión a las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 330:725; 331:2156).

Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Reintégrese el depósito por no corresponder. Notifíquese y oportunamente archívese, previa devolución de los autos principales.



RICARDO LUIS LORENZETTI

VIEYRA DE ÁLVAREZ, SARAH LILIA  
C/ EN – DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD  
S/ EXPROPIACIÓN – SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA

*PRINCIPIO DE CONGRUENCIA*

Lesiona las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio la sentencia que admitió la disminución del valor del bien expropiado por la supuesta existencia de asentamientos, gasoductos y electroductos si dichas circunstancias no fueron introducidas por las partes, ya que el principio de congruencia exige la existencia de conformidad entre la sentencia y las pretensiones y defensas deducidas en juicio, es decir, que debe mediar correspondencia entre el contenido de las pretensiones y oposiciones de las partes, y la respuesta que surge del órgano jurisdiccional en su pronunciamiento.

**FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2013.

Vistos los autos: "Vieyra de Álvarez, Sarah Lilia c/ EN Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación - servidumbre administrativa".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la actora –sucesión de Sarah Lilia Vieyra de Álvarez Olmos– interpuso recurso ordinario de apelación, que le fue concedido a fs. 311, y dio origen al memorial de fs. 334/347 vta., cuyo traslado fue contestado por la demandada –Dirección Nacional de Vialidad– a fs. 350/352.

2º) Que, en principio, el recurso es formalmente procedente, toda vez que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término supera el límite establecido por el art. 24 inc. 6º, apartado a del decreto-ley 1285/58, ajustado por resolución 1360/91 de esta Corte.

3º) Que la actora promovió acción de expropiación

irregular contra el Estado Nacional - Dirección Nacional de Vialidad de una fracción de terreno del inmueble de su dominio ubicado en la ciudad de Frías, en el Distrito de Albigasta, Departamento Choya de la provincia de Santiago del Estero, registrado en la Dirección de Catastro al n° 703 - Leg. 09, Sección Registro Gráfico y Archivo al 3/12/99 e inscripto en el Registro General de Catastro de dicha Provincia bajo padrón 08-02-00229 y en el Registro de la Propiedad Inmueble al dominio MFR N° 09 - 1662 Año 1979, que resultó parcialmente afectado a la construcción de la Ruta Nacional 157 y el Estado Nacional tomó por sí la franja afectada.

4º) Que la jueza de primera instancia admitió la demanda, declaró transferida a la demandada la titularidad de la fracción de terreno afectada a la Ruta 157 (7 has. 35 as. 02 cas.) del inmueble de dominio de la sucesión de Sarah Lilia Vieyra de Álvarez Olmos y condenó a la Dirección Nacional de Vialidad a pagar a la expropiada la suma de \$ 514.500 por la fracción afectada y la cantidad de \$ 65.000 en concepto de perjuicio remanente, todo ello con más los intereses.

5º) Que la cámara rechazó los recursos de apelación interpuestos por las partes y, en consecuencia, confirmó la sentencia apelada aclarando que los intereses se deben computar desde el 3-12-99. Para así decidir, y en lo que aquí interesa, recordó que es jurisprudencia constante de este Tribunal que debe estarse a las conclusiones del Tribunal de Tasaciones de la Nación, salvo que se evidencien hechos reveladores de error u omisión manifiestos en la determinación de los valores, en razón de la fuerza probatoria que supone la idoneidad técnica de sus integrantes, los elementos de convicción en que se funda y el grado de uniformidad con que se expiden. Consideró que la valuación oficial realizada en autos, aunque no fue emitida por unanimidad (la arquitecta representante de la actora votó en disidencia), no aparecía disminuida concretamente en su valor probatorio, máxime, cuando la actora no había aportado otros elementos de juicio, también técnicos o científicos, que revelaran ma-

yor fuerza de convicción que los ponderados por el dictamen.

6º) Que, en cuanto a la porción de la superficie que se consideraba afectada, la alzada señaló que el plano de "Levantamiento Territorial para determinar la fracción afectada por la traza de la Ruta 157" –que la actora pretendía utilizar para el cálculo de la porción afectada– data del 27-4-83 y en él se hace referencia a la traza original de la Ruta 157 (existente a la fecha del relevamiento), así como a la porción afectada a la futura reforma. Entendió, en consecuencia, que éste era anterior a la fecha en que han de estimarse comenzados los actos posesorios de la demandada. En ese marco, consideró que la decisión del Tribunal de Tasaciones de estimar el valor del inmueble teniendo en cuenta la fracción real y concretamente afectada que surgía del Plano de Mensura de obra terminada (del 3-12-99), –y no la indicada en el plano del anteproyecto–, era la que más se aproximaba a la justa indemnización exigida por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

7º) Que la actora se agravia de que la cámara haya estado al dictamen del Tribunal de Tasaciones para establecer el monto de la indemnización expropiatoria ya que la recurrente considera que, en autos, se da la excepción contemplada en la jurisprudencia citada por el a quo: el manifiesto error del organismo tasador –que valuó el bien considerando que no había existido toma de posesión, hecho confesado por la demandada–. Entiende que este aspecto de la sentencia debe ser revocado requiriendo al Tribunal de Tasaciones una nueva valuación del bien sin tomar en cuenta factores que incrementen o disminuyan su valor venal.

8º) Que también afirma la apelante que la sentencia vulnera el principio de congruencia y con ello el derecho de defensa de su parte, por cuanto disminuye el valor de la fracción expropiada tomando en consideración circunstancias (supuestos asentamientos, gasoductos y electroductos) que no fueron planteadas como defensa por la demandada en su responde, ni probadas

en forma alguna. Agrega que al no haber sido introducidas como defensa por la Dirección Nacional de Vialidad, se ha impedido a su parte demostrar que dichas circunstancias –si existieran– son posteriores a la toma de posesión de las tierras por el expropiante y que por ello no pueden ser tenidas en cuenta.

9º) Que, asimismo, se agravia en cuanto a lo decidido respecto de la toma de posesión del inmueble expropiado y su fecha. Señala que pese a que el fallo hace suyas las erróneas apreciaciones de algunos integrantes del Tribunal de Tasaciones respecto de que en el caso no habría habido toma de posesión, a continuación se aparta de ellas. Sostiene la actora que si –para la cámara– el 3-12-99 se emitió un plano de mensura de obra terminada, ello implica que para esa fecha la posesión se había tomado bastante tiempo antes. Hace hincapié en que el fallo soslaya sin fundamentación alguna la fecha de la toma de posesión reconocida por la contraria, tanto al contestar la demanda como al expresar agravios, y también al absolver posiciones.

10) Que, por un orden lógico, corresponde tratar en primer lugar el agravio referido a la determinación de la fecha de desposesión pues este punto temporal no solo marca el comienzo del cómputo del curso de los intereses sino que también resulta trascendente para fijar la indemnización, desde que la ley 21.499 sigue el criterio de la "desposesión" para determinar el momento al que debe referirse el valor del bien (art. 20).

En este sentido, el a quo sostuvo que "*en tanto y cuanto el único dato objetivo e incontrastable que da cuenta de la materialización de la desposesión de la fracción afectada, es el citado elemento documental, no cabe sino computar los réditos que devengará la indemnización, desde el 3/12/99 (fecha de emisión del Plano de Mensura)*". Al resolver de este modo, la alzada omitió considerar el reconocimiento efectuado por la demandada, Dirección Nacional de Vialidad, a fs. 25 vta. –al contestar demanda– y a fs. 289 –al expresar agravios ante la cámara– donde sostuvo que los actos posesorios datan del año 1983, extremo es-

te último que se condice con las constancias del plano de levantamiento territorial que surge como inscripto el 27-4-83 (fs. 21 del trámite interno 0820, ofrecido como prueba por la demandada) así como con la memoria descriptiva (fs. 21/22 del trámite interno n° 2-02070-02 acompañado por la Dirección Nacional de Vialidad). En consecuencia, lo resuelto por el tribunal en este punto importa un apartamiento palmario de las circunstancias comprobadas de la causa que conduce a revocar la decisión impugnada en cuanto a la fecha de desposesión.

11) Que con respecto a los agravios vinculados con la vulneración de su derecho de defensa por haber la sentencia disminuido el valor de la fracción expropiada al tomar en consideración circunstancias (asentamientos, gasoductos y electroductos) que no habían sido planteadas como defensas por la demandada en su responde, cabe señalar que de las constancias de autos no surge que hayan sido invocadas por la Dirección Nacional de Vialidad al contestar la demanda. Por lo tanto es inadmisible considerar que éstas hayan sido objeto de prueba, pues fueron introducidas por el Tribunal de Tasaciones de la Nación en su dictamen.

El fallo no puede contener decisión alguna sobre cuestiones no planteadas por las partes en los escritos introductorios de la instancia, aunque aparecieran con posterioridad durante el período probatorio. La sentencia, al haber admitido la disminución del valor del bien por la supuesta existencia de asentamientos, gasoductos y electroductos –circunstancias no introducidas por las partes– lesionó las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio.

El principio de congruencia exige la existencia de conformidad entre la sentencia, y las pretensiones y defensas deducidas en juicio, es decir, que debe mediar correspondencia entre el contenido de las pretensiones y oposiciones de las partes, y la respuesta que surge del órgano jurisdiccional en su pronunciamiento.

Es por ello que asiste razón a la impugnante y, en consecuencia, el Tribunal de Tasaciones de la Nación deberá expedirse nuevamente acerca del valor del inmueble teniendo en cuenta la fecha de la toma de posesión admitida por la demandada y excluir del cómputo la disminución de valor debido a asentamientos, gasoductos y electroductos.

12) Que a ello debe circunscribirse el pronunciamiento de la Corte en supuestos como el sub lite, toda vez que así lo exige el resguardo de la competencia constitucional asignada a este Tribunal y la garantía de la defensa en juicio (conf. Fallos: 318:2228, disidencia del juez Fayt -considerandos 7º al 16-; Fallos: 329:926 y, más recientemente, en Fallos: 334:1172, considerando 2º y causa P.613.XLVI "Patria Cía. de Seguros Generales S.A. en liquidación c/ INDER s/ reaseguros", sentencia del 30 de octubre de 2012, considerando 14), correspondiendo el reenvío al tribunal de origen a los fines de que, por quien corresponda, se pronuncie sobre la cuestión litigiosa con arreglo a lo aquí resuelto.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto por la parte actora y, se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados en la presente. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previo dictamen del Tribunal de Tasaciones de la Nación, se expida sobre los puntos controvertidos y determine el valor del inmueble expropiado con arreglo a lo aquí resuelto. Con costas (art. 68 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

*Carmen M. Argibay*

CARMEN M. ARGIBAY

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso ordinario de apelación interpuesto por la Sucesión de Sarah Lilia Vieyra de Álvarez Olmos, actora en autos, representada por el Dr. Fernando José Conti.

Traslado contestado por la Dirección de Vialidad, demandada en autos, representada por la Dra. Astrid Ana Lía Giuffrida, en calidad de apoderada, con el patrocinio letrado del Dr. Leandro Hernán Fernández.

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 nº 10.

---

S.A. COMPAÑÍA AZUCARERA TUCUMANA  
S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

**EXPROPIACION IRREGULAR**

Corresponde dejar sin efecto la sentencia si, pese a la relevancia de los montos en juego y la complejidad de la valuación real y actual de los bienes expropiados, examinó y resolvió con una óptica sustentada excluyentemente en motivaciones formales omitiendo ponderar el dictamen del Tribunal de Tasaciones, del que surge una valuación de los bienes expropiados que representa casi un 40 % menos que el monto de la liquidación actualizada resultante y un 72 % menos que la valuación determinada por el peritaje de autos, cuyas conclusiones fueron observadas por el Tribunal mencionado.

## DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Estas actuaciones fueron promovidas por el síndico de la quiebra de S.A. Compañía Azucarera Tucumana con el objeto de ejecutar las sentencias dictadas en los autos “SA Cía. Azucarera Tucumana (quiebra) c/ Cía. Nacional Azucarera s/ ordinario” y “Cía. Azucarera Tucumana S.A. c/ Estado Nacional s/ expropiación indirecta” (fs. 1/3, expediente nº 70.724, “S.A. Cía Azucarera Tucumana s/ quiebra s/ incidente de ejecución de sentencia”, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario). Dado lo extenso de este proceso y con el objeto de facilitar la comprensión del conflicto puntual que llega a dictamen, se agrega una breve reseña de los antecedentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 21 de septiembre de 1989, en autos “Cía. Azucarera Tucumana S.A. c/ Estado Nacional s/ expropiación indirecta” resolvió condenar al Estado Nacional a pagar a la sociedad quebrada en concepto de indemnización por la expropiación de tres ingenios azucareros, la suma correspondiente a los valores reconocidos en los considerandos 18 y 19 del fallo, con el descuento de las cantidades indicadas en el considerando 15, más intereses a la tasa del 6% anual. Asimismo, ordenó actualizar el monto por aplicación de los índices de precios al consumidor –nivel general– desde septiembre de 1977 –para bienes muebles– y desde noviembre de 1981 –para inmuebles– (Fallos: 312:1725 y 312:2106).

Posteriormente, el Máximo Tribunal, el 28 de noviembre de 2006, dejó sin efecto el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en cuanto había considerado inaplicable al caso la ley 24.283 y procedente la capitalización de los réditos (Fallos: 329:5467), lo cual motivó la decisión de la Sala A del 7 de noviembre de 2007 (fs. 1153/1160). Allí se dispuso la improcedencia de la capitalización de los intereses y la aplicación al caso de las disposiciones de la ley 24.283 –y del decreto reglamentario 794/94–, y se designó a un perito ingeniero para que determine el valor real y actual de mercado de bienes semejantes a los bienes expropiados. Precisó el tribunal de alzada que a los fines de considerar el límite que impone ese cuerpo legal, sólo debe tomarse el capital reajustado, sin incluir los intereses (cf. artículo 7, decreto 794/94).

La liquidación practicada por el perito designado arroja como resultado un valor real a abril de 2008, de \$298.350.011,20 que opera como tope legal en

los términos de la ley 24.283 y señaló como valor de la indemnización a marzo de 2008 la suma de \$656.592.295,44, partiendo del monto actualizado al 31 de marzo de 1991 de capital más intereses -\$163.385.084,74- (fs. 1299/1354). El Estado Nacional formuló observaciones a fojas 1426/1427, referidas centralmente al valor actualizado al 1 de abril de 1991 que su parte había calculado en \$130.047.110,88 (cf. fs. 291), y presentó el informe técnico realizado por el Tribunal de Tasaciones a fojas 1518/1695, que fijó como valor de los ingenios expropiados al contado, desocupados y en las condiciones que se encontraban a la fecha de la desposesión legal (26 de mayo de 1970) en \$ 83.208.000.

Ante la intimación efectuada por la señora presidenta del tribunal, en el marco de la audiencia de fecha 15 de abril de 2009, para que el Estado Nacional deposite la suma indicada por su consultor técnico a fojas 1695 y que en caso contrario informe los motivos por los cuales no lo hace, esta última parte presentó una pedido de nulidad y recursos ordinario y extraordinario (fs. 1713/1714, 1721/1730, 1732/1734 y 1745/1763).

-II-

En dicho contexto, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en lo pertinente, resolvió: (i) rechazar el planteo de nulidad, y los recursos ordinario y extraordinario presentados por el Estado Nacional, (ii) tener por contestado el informe pericial con el escrito de fojas 1426/1427, (iii) rechazar la impugnación vinculada con el sistema de cálculo de intereses, (iv) admitir la observación relativa al monto del capital determinado al 1 de abril de 1991 y (v) encomendar al síndico de la quiebra practicar la cuenta final de la indemnización expropiatoria en los términos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fechas 21 de septiembre de 1989 y 28 de noviembre de 2006, la sentencia de la sala A de la Cámara de fojas 1153/1160 y la pautas establecidas en la nueva decisión (fs. 1775/1791).

En este sentido, el tribunal sostuvo que el importe del capital al 1 de abril de 1991 quedó determinado en autos en \$130.047.110, mediante sentencia del magistrado de primera instancia del 16 de septiembre de 1999, que en este punto se encuentra firme (fs. 570/573), por lo cual debía tomarse dicha cifra como base para el cálculo de los intereses. Destacó que dicho monto había sido estimado por el propio Estado Nacional a fojas 291.

Por otra parte, el a quo consideró improcedentes las impugnaciones referidas al cálculo de los intereses, dado que igual planteo había sido desestimado por la

mencionada resolución de fecha 16 de septiembre de 1999, firme a este respecto (punto 3.e). Agregó que el impugnante tampoco había agregado liquidación alternativa practicada según las pautas que estimó correctas.

-III-

Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario, que fue desestimado (fs. 1808/1826 y 1944/1945), dando lugar a la presente queja (fs. 78/82, del cuaderno respectivo).

En síntesis, alega que la sentencia reviste el carácter de definitiva, pues genera un agravio de insusceptible reparación ulterior, en tanto fija los lineamientos para determinar el monto en concepto de indemnización por la expropiación de los bienes de la fallida, sin que puedan ser reeditados tales aspectos en una etapa posterior.

Afirma que al rechazar las observaciones efectuadas al dictamen pericial de fojas 1299/1354 la decisión omite reglas procesales y desconoce lo dispuesto por la ley 24.283, antecedentes y prueba producida en la causa. En particular, argumenta que la alzada pretende darle efectos preclusorios a una liquidación practicada por su parte con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Suprema del 28 de noviembre de 2006, sin ponderar los efectos de la aplicación de la ley 24.283 que califica como federal.

Estima que el informe realizado por el consultor técnico –Tribunal de Tasaciones de la Nación– fue agregado pero no considerado, priorizando cuestiones procesales por sobre un elemental sentido de justicia. En este sentido, arguye que la Cámara al afirmar que la cuestión se circunscribe a un simple cálculo matemático para determinar el quantum indemnizatorio, vulnera lo expresamente dispuesto por la Corte Suprema en el fallo dictado en autos en noviembre de 2006 y la sentencia de la sala A de la Cámara en orden a la aplicabilidad de la ley 24.283. Omite ponderar, en concordancia con la aludida deficiencia, la tasación presentada por su consultor técnico, relativo al valor real y actual de los bienes expropiados.

-IV-

Ante todo, cabe precisar que no obsta a la procedencia 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: 313:1024; entre otros). Opino que ello ocurre en el *sub lite*, donde se determina el alcance del monto de la indemnización final, cuyo cálculo matemático se delega en el

síndico de la quiebra, lo cual no podría ser revisado con posterioridad.

Sentado ello, si bien los agravios presentados remiten al estudio de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenes, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicho principio cuando los jueces de la anterior instancia no han dado adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo con las constancias del caso y la normativa aplicable, de forma tal que la decisión se basa en afirmaciones dogmáticas que le dan sustento solo aparente (Fallos: 330:372), lo cual afecta el derecho de defensa que asiste a las partes.

En este sentido, estimo que asiste razón al Estado Nacional en cuanto a que la Cámara al ordenar al síndico de la quiebra practicar “un simple cálculo matemático” que permita “fijar en forma definitiva el *quantum* de la indemnización total a pagar por el Estado en punto a los bienes expropiados”, prescindió de lo dispuesto por la ley 24.283, cuya aplicabilidad al caso, ya no se encuentra controvertida.

La ley 24.283 establece que cuando deba actualizarse el valor de una cosa, bien o prestación la liquidación a practicarse no podrá exceder el valor real y actual de dicha cosa, bien o prestación al momento del pago. Esta limitación del monto de la liquidación, en el marco del Fallo: 329:5467, fue declarada aplicable al supuesto de autos por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (fs. 1153/1160).

Esa Sala, a su vez, estableció las pautas del peritaje en cuestión (fs. 1299/1354), para lo cual ordenó al facultativo designado que determine el valor real y actual de mercado de bienes semejantes a los bienes expropiados, en iguales condiciones, antigüedad, capacidad de producción, considerando un semejante estado de depreciación por el uso y eventuales amortizaciones tal como la que tenían dichos bienes al momento de la desposesión y con las revaluaciones contables de las pudieran ser objeto, en su caso. Además, le encomendó al profesional que calcule el monto del capital de la liquidación de la indemnización y, finalmente, fije la indemnización final a abonar aplicando el tope emergente de la liquidación referida al valor actual y real de los bienes.

En tales condiciones, si bien la Cámara menciona que a los efectos del cálculo deben tenerse en cuenta las precisiones que surgen de los fallos del Tribunal dictados en la causa, la sentencia de la Sala A de la Cámara de fojas 1153/1160 y las que resultan de la propia sentencia en recurso, no fue estudiada, como era menester, la procedencia del monto determinado por el perito técnico designado en la causa como real y actual -\$298.350.077,20- (fs. 1352), a la luz del informe del Tribunal de Tasaciones del que

surge un valor que es 72% menor que el estimado por el perito de la causa -\$83.208.000-(fs. 1695). En efecto, los magistrados afirmaron, sin sustento en las constancias y hechos de la causa, que sólo restaba realizar un simple cálculo matemático para alcanzar la liquidación del monto que el Estado Nacional adeudaría, pero no examinaron –a pesar de haber manifestado tenerla en cuenta– la tasación mencionada y la diferencia entre ambos valores, cuestión esencial a los efectos de realizar el cálculo final encomendado al síndico.

-V-

En función de lo expuesto, en mi opinión V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 11 de julio de 2013

M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de la Nación  
SUBROGANTE

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de diciembre de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la causa S.A. Compañía Azucarera Tucumana s/ quiebra s/ incidente de ejecución de sentencia", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que esta Corte, en la sentencia publicada en Fallos 312:1725, hizo lugar a la demanda de expropiación irregular promovida por Compañía Azucarera Tucumana S.A. y, en consecuencia, condenó al Estado Nacional a pagar las sumas correspondientes a los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a los ingenios La Trinidad, Santa Rosa y La Florida (sumas mencionadas en

los considerandos 18 y 19 de dicho fallo, con los descuentos aludidos en el considerando 15), más actualización según el índice de precios al consumidor, nivel general, e intereses al 6% anual.

Posteriormente, en la etapa de ejecución de dicho pronunciamiento, promovida en el sub lite por el síndico de la quiebra de la expropiada (fs. 1046/1059), el Tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que había excluido la aplicación al caso de la ley 24.283 pretendida por el Estado Nacional y ordenado la capitalización de intereses -a la tasa activa- a partir del 1º de abril de 1991.

Devuelta la causa a la cámara, se expidió la Sala A, que rechazó aquella capitalización y declaró procedente la aplicación de la mencionada ley. A tal fin designó un perito y le encomendó que, en un plazo de 30 días, determinara "el valor real y actual de mercado de bienes semejantes a los expropiados, con iguales condiciones, antigüedad, capacidad de producción y considerando un semejante estado de depreciación por el uso y eventuales amortizaciones, tal como la que tenían dichos bienes al momento de la desposesión y con los revalúos contables de que pudieran ser objeto". Asimismo, tuvo presente la designación del Tribunal de Tasaciones de la Nación como consultor técnico, a propuesta del Estado Nacional.

A fs. 1299/1354 vta. el perito presentó su informe con la tasación del valor real de los bienes expropiados, que estimó en la suma de \$ 298.350.077,20 a fines de febrero de 2008, y también la liquidación actualizada de la indemnización, que calculó en \$ 110.718.259,24 al 31 de marzo de 1991. Observó que como este último valor resultaba inferior al de la tasación hecha a los fines de la ley 24.283, a él correspondía atenerse. Sobre esta base, afirmó que en autos procedía estar a la liquidación practicada por la sindicatura por un monto de \$ 163.385.084,74, la que -con inclusión de intereses a la tasa activa- ascendía a

\$ 656.592.295,44 al 31 de marzo de 2008. Concluyó que este monto constituía la "indemnización final a obrar". El Estado Nacional requirió una prórroga de noventa días para la presentación del informe del Tribunal de Tasaciones (fs. 1404) y de veinte días para examinar la valuación realizada por el perito (fs. 1408). Posteriormente, solicitó que se le concediera un nuevo plazo a ese mismo fin, no obstante lo cual, objetó –aunque aclarando que se trataba de una impugnación parcial– ciertas pautas utilizadas por el perito para determinar la liquidación actualizada de la indemnización (fs. 1426/1427), que su parte había calculado en \$ 130.047.110,88 (fs. 291). A fs. 1516, el Estado Nacional acompañó nota del Tribunal de Tasaciones de la Nación con la valuación de los tres ingenios expropiados, desocupados y en las condiciones que se encontraban a la fecha de la desposesión, el 26 de mayo de 1970, en la suma de \$ 83.208.000 expresados al 10 de diciembre de 2008. A fs. 1696 presentó el expediente administrativo correspondiente a dicha tasación (fs. 1518/1695).

2º) Que la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (fs. 1775/1991) rechazó las prórrogas solicitadas por el Estado Nacional y el informe del Tribunal de Tasaciones de fs. 1518/1695 en razón de su extemporaneidad, admitió una de las impugnaciones planteadas por el Estado Nacional y ordenó que se practicara una nueva liquidación actualizada de la indemnización.

Para así resolver, y en lo que al caso interesa, el a quo afirmó que el artículo 472 del código procesal impone igual plazo para presentar el peritaje y el informe del consultor técnico; que para el primero se habían fijado treinta días; y que el solo cotejo entre las fechas de presentación de ambos estudios (abril de 2008 y febrero de 2009, respectivamente) evidenciaba la notoria morosidad del Tribunal de Tasaciones y la violación de la norma citada. No obstante lo expuesto, la cámara consideró que debía adoptar una decisión excepcional en el caso, habida cuenta de que por las particularidades del trabajo recomendado podía "resultar extremadamente útil para el Tribunal

contar con el dictamen del consultor técnico, en tanto reflejo de la posición de la parte que lo convocó". En consecuencia, "y sin que su incorporación importe una observación siquiera indirecta al dictamen del perito de oficio", resolvió mantener el informe en la causa. Sin embargo, sobre la base de que el valor actual de los bienes expropiados en los términos de la ley 24.283, conforme el resultado informado en el peritaje de autos, resultaba superior al de la liquidación actualizada de la indemnización expropiatoria, encomendó al síndico que -en orden a determinar la condena definitiva a cargo del Estado- practicara una nueva tomando como base el importe de capital al 1º de abril de 1991 de \$ 130.047.110,88 aprobado a fs. 570/573 vta. y las pautas de la sentencias de esta Corte de Fallos: 312:1725 y de fs. 1046/1059, de la sentencia de la Sala A de fs. 1153/1160 vta. y de la presente (de fs. 1775/1791). Instruyó asimismo al síndico que tuviera en cuenta la objeción formulada por el Estado Nacional que había sido admitida.

Contra este pronunciamiento, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario a fs. 1809/1826 que, denegado, dio origen a la presente queja.

3º) Que el recurso extraordinario es admisible pues, si bien las resoluciones dictadas en la etapa de ejecución de sentencia, no son -como principio- definitivas, cabe equiparar a tal la impugnada toda vez que lo decidido por la cámara no es susceptible de revisión ulterior y causa al recurrente un gravamen irreparable (Fallos: 330:3764; 323:3909 y sus citas). Además, el tribunal anterior en grado, mediante una ponderación fundada exclusivamente en razones formales e incurriendo en contradicción, se desentendió palmariamente de la realidad económica de los valores en juego y de las consecuencias patrimoniales de su decisión (Fallos: 331:2271 y sus citas), y de este modo privó de toda eficacia al pronunciamiento de esta Corte dictado a fs. 1046/1059.

4º) Que, en efecto, en tal oportunidad, el Tribunal

destacó que la ley 24.283 "tiene por finalidad evitar la situación de inequidad y de injusticia producida por la actualización e indexación de deudas cuando las prestaciones a cumplir entre acreedor y deudor son manifiestamente desproporcionadas, situación que –en principio– parece haberse configurado en el caso" (cons. 7º). Y que en materia expropiatoria, para dejar indemne al titular de los bienes afectados, la suma de dinero a la que tiene derecho, "debe cubrir el costo de reproducción o de reposición, es decir, lo que habría que invertir para obtener, actualmente, un bien igual al de que se trata. Ese costo de reproducción o reposición bien puede asimilarse al valor real y actual a que alude el art. 11 de la ley 24.283" (cons. 9º). Advirtió, asimismo, que "de ese modo, la indemnización resulta justa y no se constituye en motivo u ocasión de lucro para alguna de las partes, expropiante o expropiado (arts. 17 de la Constitución Nacional y 2511 del Código Civil)" (cons. 9º).

5º) Que bajo la perspectiva de tales principios, la relevancia de los montos en juego y la complejidad de la valuación real y actual de los bienes expropiados, examinar y resolver –como lo hizo la cámara– con una óptica sustentada excluyentemente en motivaciones formales, importa una renuncia deliberada a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva (*Fallos*: 330:4216 y 4226). En el caso, ello se tradujo en la total omisión de ponderar el dictamen del Tribunal de Tasaciones –cuya importancia decisiva como prueba ha reconocido la doctrina de esta Corte en *Fallos*: 329:5793 y sus citas– del que surge una valuación de los bienes expropiados que representa casi un 40% menos (\$ 83.208.000) que el monto de la liquidación actualizada resultante de fs. 570/573 vta. (\$ 130.047.110,88); y un 72% menos que la valuación determinada por el peritaje de autos (\$ 298.350.077), cuyas conclusiones –por lo demás– fueron observadas por el Tribunal de Tasaciones.

6º) Que, en un afín orden de consideraciones, aun cuando la cámara manifestó que, pese a su extemporaneidad, tendría en cuenta el dictamen del Tribunal de Tasaciones, ello re-

sulta contradictorio con la resolución que finalmente adoptó, de la que no se desprende valoración alguna del mismo.

7º) Que en las condiciones expuestas, media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen conculcadas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la Señora Procuradora Fiscal Subrogante, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Exímesese al recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.



ENRIQUE S. PETRACCHI

ELENA I. HICKTON de NOLASCO



E. RAÚL ZAFFARONI



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, representado por los Dres. Carlos Gustavo Pistorini y Marina Edith Guimpel, con el patrocinio letrado del señor Subprocurador del Tesoro de la Nación Dr. Horacio Pedro Diez.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N°2, Secretaría N°3.

## Indice

### A

Acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita de las sentencias dictadas en expte. 3911/93: Acción autónoma declarativa de nulidad de cosa juzgada irrita interpuesta en expte. N° 2095/88 Contencioso Administrativo de plena jurisdicción: Antonio Rufino Trujillo y otros s/ Municipalidad de la Capital y sus acumulados: Ignacio Francisco y otros c/ Municipalidad de la Capital Ruben Farfan y otros iniciada por Roberto Alfredo Chosgo y otros c/Municipalidad de San Salvador de Jujuy y otros.....	1477
Acevedo De Olivera Fernanda Emilia c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ amparos y sumarísimos .....	1219
AFIP DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - Acción de lesividad Cont. Adm. ....	2364
Agropecuaria Mar S.A. c/ San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ Ordinario.	2231
Aquino, Amin Víctor y otro s/ extradición. ....	2238
Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo. ....	1497
Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ daños y perjuicios. ....	1529

### B

Banco Comafi SA c/ Agromalen SA y otros s/ nulidad de cláusulas contractuales. ...	1314
Barrantes, Juan Martin - Molinas de Barrantes Teresa - Tea S.R.L. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/ sumario. ....	879
Barreyro, Hector Guido c/ America TV S.A. y otros s/ daños y perjuicios. ....	1324
Barrios, Idilio Anelio c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios. ....	1224
Bio Sidus (TF 22046-A) c/ DGA. ....	2261
Bonder, Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ B.C.R.A. s/ resol 178/93. ....	2184

**C**

Canicoba Corral, Rodolfo Aristides c/ Acevedo, Sergio Edgardo y otros s/ daños y perjuicios. ....	1148
Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios. ....	1642
Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut s/ proceso de conocimiento. ....	1024
Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa (existencia de beneficios tributarios respecto de la generación de la energía eléctrica y su comercialización por la empresa Centrales Térmicas Patagónicas). ....	1415
Clínica Marini S.A. s/ quiebra. ....	908
Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión-Transener S.A.- c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos. ....	1432
Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad. ....	2271

**D**

De Martino, Antonio Conrado s/ su presentación. ....	1172
Domínguez, Susana Isabel y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ programa de propiedad participada. ....	2283

**E**

Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (E.Na.Bie.F.) c/ Neuquén, Provincia del y otra s/ cobro de pesos. ....	2221
Epelco SA IECSA SA UTE (TF 21554-i) c/ DGI. ....	1445
Escobar, Silvina y otros s/ inf. Art. 181, inc. 1º C.P. ....	916
Estado Mayor General de Ejercito c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa. ....	1127

**F**

Fira SA c/ La Nación Secretaría de Cultura s/ retrocesión.	1543
Fiscalía Investigaciones Administrativas ex 21637/457 c/ EN M° Interior PFA nota 176/07 sumario 226/05 s/ proceso de conocimiento.	2293
Flores Nuñez, Roberto Ramón c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental.	1336
Forexcambio SA (TF 27070-I) c/ DGI.	1668
Frisher SRL (TF 16236-a) c/ Ana.	1182

**G**

Galeano, Juan José c/ EN CSJN Consejo de Magistratura Dto 5046/51 s/ empleo público.	
	2379
Galvan, Carlos Alberto y otro c/ Estado Nacional-M° de Defensa-IAF s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.	2307
Giménez, Alicia Fany y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental.	
	1454
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - D.G.I. s/ impugnación de deuda.	2386
González, Lorenzo Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa.	1681
Grupo Clarin SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa.	1774

**H**

Hurtig de Bártoli, Irene c/ Murray de Prilick, Susana s/ daños y perjuicios.	948
--	-----

**I**

Insaurralde, Hilario c/ Aceros Bragado MB SA y otro s/ accidente - acción civil.	.... 2321
--	-----------

**J**

Jorge, Ricardo Daniel – sucesión c/ PEN – ley 25.561 – resol. 158/03 (M° E) (Bontes Letes) s/ proceso de conocimiento.	2195
--	------

Juárez, Luis Antonio c/ Marlew S.A. y otro s/ accidente. .... 1190

**L**

L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo. .... 2333

La Pampa, Provincia de c/ Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional s/ incumplimiento contractual. .... 1689

Lacave, Flora B. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. 2353

Loma Negra Compañía Industrial S.A. y otros s/ ley 22.262. .... 1199

**M**

Mariani, Hipólito Rafael s/ recurso extraordinario. .... 2392

Marincovich, José Antonio c/ Vargas, Abraham Luis s/ responsabilidad civil contra magistrados. .... 954

Mazzafera, Francisco José y otro c/ EN - (ex TCN) s/ empleo público. .... 2204

Miret Luis Francisco s/ pedido de enjuiciamiento. .... 2404

Moline O'Connor, Eduardo José Antonio c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social resol 3085/04 219/05 Dto 1319/05 s/ proceso de conocimiento. .... 1547

Monrroy, Elsa Alejandra c/ Infantes S.R.L. y otro. .... 1468

**O**

Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (sobre la ley 11854). .... 974

Olivera Róvere, Jorge Carlos s/ recurso extraordinario. .... 1368

**P**

Padec c/ Swiss Medical SA. s/ nulidad de cláusulas contractuales. .... 1236

Partido Obrero de la Provincia de Formosa c/ Formosa, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. .... 1742

Procesadora de Boratos Argentinos SA (TF 28448-A) c/ DGA. .... 2209

**Q**

Quesada, Hugo Ramón s/ extradición. .... 1263

**R**

Reckitt Benckiser Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad ..... 1570

Rivadero, Nicolás Cayetano c/ Liberty Art S.A. y otra ..... 1202

Roquel, Héctor Alberto c/ Santa Cruz, Provincia de - (Estado Nacional) s/ acción de amparo. .... 2356

**S**

S.A. Compañía Azucarera Tucumana s/ quiebra s/ incidente de ejecución de sentencia. .... 2435

Schröder, Juan y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental. .... 997

Sindicato Trabajadores de Industrias de la Alimentación y otro c/ Gate Gourmet Argentina S.A. s/ acción de amparo. .... 2137

Sociedad Italiana de Tiro al Blanco c/ República Italiana s/ proceso de conocimiento. .. 2144

Sociedad Rural Argentina c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo s/ acción meramente declarativa. .... 1283

Soto, Luciano Javier c/ Mº J y DDHH – Art. 3 ley 25.914 Resol 1047/11 (ex 13964/11). .... 1214

Stieben, Luis Manuel y otros c/ EN – Mº de Seguridad – GN – Dtos. 1104/05 y 752/09 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg. .... 1581

**T**

Tolosa, Nora Elida y otro c/ Swiss Medical SA s/ cobro de sumas de dinero. .... 1378

**U**

UART y otros c/ EN ley 25.848 s/ proceso de conocimiento. ....	1303
Unilever de Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. ....	1590
Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza. ....	1756
Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN SCI resol 175/07 SCT resol 9/04 y otro s/ proceso de conocimiento. ....	1612
Unión Tranviarios Automotor c/ GCBA – ley 26.740 s/ amparo ley 16.986. ....	2171

**V**

Vietri, Darío Tomás c/ Grúas San Blas y otros s/ accidente. ....	2178
Vieyra de Álvarez, Sarah Lilia c/ EN – Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación – servidumbre administrativa. ....	2429

**Y**

YPF S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza. ....	1721
YPF SA (TF 27508-A) c/ DGA. ....	1624

**Z**

Zorrilla, Susana y otros c/ EN PEN s/ expropiación servidumbre administrativa. ....	1390
---	------

DE JUSTICIA DE LA NACION

336

2453

2454

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA  
336