

Doctrina

Prescripción Interrupción por demanda arbitral



Julio César Rivera

Socio honorario de Marval O'Farrell y Mairal. Profesor titular consulto de Derecho Civil (UBA). Profesor titular de Derecho Civil (UDESA). Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Bs. As. y de la International Academy of Comparative Law.

SUMARIO: I. El porqué del tema. — II. Antecedentes: el Código Civil. — III. Código Civil y Comercial. Texto legal. — IV. Justificación. — V. Cuál es el acto interruptivo. — VI. Ámbito territorial de aplicación; quid de la relación jurídica sujeta a derecho extranjero. — VII. Ámbito personal: aplicación al Estado. — VIII. Efectos. — IX. La cuestión de la nulidad. — X. Nulidad del laudo. Efectos que produce. — XI. La cuestión de la nulidad de la cláusula arbitral. — XII. La inadecuada integración del tribunal arbitral o el defecto en su actuación. — XIII. Sobre algunos precedentes de la Corte Suprema. — XIV. Conclusiones.

I. El porqué del tema

La fenomenal expansión del arbitraje comercial como método de resolución de conflictos se manifiesta en diversos planos. Por un lado, en el creciente número de casos que atienden las entidades administradoras como la CCI, el CIAM y las cortes de Singapur, Hong Kong, Londres, la AAA y otras; ello amén de las entidades que administran exclusivamente arbitrajes domésticos y cuya dimensión es difícil de abarcar. Por otro, en la generación de una red de fuentes internacionales que comienza con la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales —que es la Convención de la ONU con mayor número de ratificaciones (1)— siguiendo por la Convención de Panamá, el Acuerdo Mercosur, la ley Modelo Uncitral que ha sido adoptada con mínimas variantes en multitud de países —entre ellos Argentina y Uruguay en tiempos recientes— y entre nosotros la inclusión del “contrato de arbitraje” en el Código Civil y Comercial.

Pese a esta verdadera explosión del arbitraje comercial internacional y doméstico, y el generalizado reconocimiento de que es la vía más idónea para la resolución de cierto tipo de conflictos, algunos temas siguen estando en una nebulosa y se percibe cierta suspicacia de las cortes estatales al tiempo de atender esas mismas cuestiones. Un ejemplo reciente y relativamente próximo es la juris-

prudencia del Tribunal Superior de Madrid que anulaba laudos a diestra y siniestra hasta que el Tribunal Constitucional de España le puso coto (2); y en Argentina cada tanto nos encontramos con algún exabrupto como lo fue la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata en el caso “Milantic” (3) insólitamente confirmada por el Superior tribunal de la Provincia en pronunciamiento finalmente anulado por la Corte Suprema de la Nación (4).

Uno de los temas que puede dar lugar a incertidumbre, pese a la regulación incorporada en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante LACI) es el del efecto interruptivo de la prescripción liberatoria que se reconoce a la solicitud de arbitraje y su secuela, esto es, el proceso arbitral en sí. Esa incertidumbre se manifiesta en una desgraciada sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal a la que dedicaremos algunos párrafos en esta nota.

II. Antecedentes: el Código Civil

El art. 3988 del Código de 1869 disponía: “El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de árbitros, interrumpe la prescripción”.

Era un precepto que llenaba de dudas al intérprete, pues por empezar parecía

referirse a la prescripción adquisitiva en tanto aludía a la “cuestión de la posesión o propiedad”; exigía la escritura pública por lo que se dudaba acerca del efecto que podía tener el compromiso hecho en instrumento privado o frente a un juez como lo preveían algunos códigos procesales; y por sobre todas las cosas qué efecto tenía el compromiso celebrado al mismo tiempo de contratar (5).

Si bien la inclusión de una norma sobre el efecto interruptivo del compromiso fue un adelanto con relación a otras legislaciones de la época, ella resultaba francamente insuficiente y, más aún, poco feliz en cuanto aludía al compromiso que no es propiamente el que debería producir el efecto de interrumpir la prescripción liberatoria.

III. Código Civil y Comercial. Texto legal

De allí que sea visto como un significativo adelanto que el Código Civil y Comercial contenga no solo la regulación del contrato

de arbitraje, sino también normas sobre su eficacia interruptiva de la prescripción liberatoria

En efecto el art. 2548 dice: “Interrupción por solicitud de arbitraje. El curso de la prescripción se interrumpe por la solicitud de arbitraje. Los efectos de esta causal se rigen por lo dispuesto para la interrupción de la prescripción por petición judicial, en cuanto sea aplicable”.

IV. Justificación

La solución establecida por el Código Civil y Comercial en el art. 2548 es coherente con el hecho de que el acuerdo de arbitraje es un contrato atributivo de jurisdicción al tribunal arbitral. Hemos señalado antes de ahora que este contrato de arbitraje forma parte de los contratos con efectos procesales, categoría plenamente reconocida en la dogmática alemana y en la española; y que entra en nuestro derecho positivo con la regulación que el Código Civil y Comercial hace del contrato de arbitraje (6).

Columna de opinión

En el seno de un proceso civil nadie está obligado a lo imposible



Jorge W. Peyrano

Abogado (UCA Rosario). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Exprofesor titular de Derecho Procesal Civil (UNR, UNL y UCA).

Véase el texto completo en p. 4

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) 169 al día de hoy. Fuente: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

(2) V. RIVERA, Julio César, “Rotundo espaldarazo al arbitraje comercial en una sentencia del Tribunal Constitucional español”, LA LEY, 10/03/2021, TR LALEY AR/DOC/561/2021.

(3) Nos referimos a esta sentencia en RIVERA, Julio César, “Incomprensión judicial del arbitraje”, JA,

2008-III, 1122, TR LALEY 0003/014032.

(4) CS, 25/8/2021, “Milantic Trans SA c. Ministerio de la Producción (Ast. Río Santiago y ot.) s/ ejecución de sentencia - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad”, Fallos: 344:1857.

(5) Sobre los criterios de la doctrina en las materias indicadas v. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Mediación y arbitraje: curso de la prescripción”, RDPyC, 2021-2, ps. 243 y ss.

(6) V. RIVERA, Julio César, “Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje comercial”, *Spain Arbitration*

Nota a fallo

Jubilación

Beneficiario residente en el extranjero. Procedimiento para el cobro. Costas. Admisibilidad del amparo intentado. *CFed. La Plata, sala I, 22/03/2022. - Pastormerlo Bottega, Graciela Beatriz c. Banco Central de la República Argentina (BCRA) s/ Amparo Ley 16.986.*

5

El carácter tuitivo del haber previsional

Nadia García

Jurisprudencia

Alimentos provisorios

Alcances. Determinación. *CNCiv., sala G, 19/04/2022. - M., M. E. y otros c. S., J. E. s/ alimentos.*

5

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar tendiente a que la AFIP no reclame el pago del aporte de la ley 27.605. Ausencia de peligro en la demora. Fiscalización en estado inicial. Necesidad de procedimiento de determinación de oficio.

CNFed. Contencioso administrativo, sala II, 26/04/2022. - De Orelli de Acevedo, María Matilde c. EN - AFIP - Ley 27.605 s/ proceso de conocimiento.

8

Si los tribunales arbitrales ejercen la jurisdicción,—aunque no con todos sus atributos— obviamente su efecto sobre el curso de la prescripción debe ser el mismo que tiene la demanda judicial, que siempre ha sido tratada como un hecho interruptivo indisputable (actualmente: art. 2546 Cód. Civ. y Com.).

V.Cuál es el acto interruptivo

Con una técnica legislativa superadora de la del Código Civil de 1869, el vigente Código Civil y Comercial atribuye la calidad de acto interruptivo a la “solicitud de arbitraje”.

La expresión “solicitud de arbitraje” es la utilizada por el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Su art. 4 reza así: “Solicitud de arbitraje. 1. La parte que desee recurrir al arbitraje conforme al Reglamento deberá dirigir su solicitud de arbitraje (la “Solicitud”) a la Secretaría, en cualquiera de las oficinas especificadas en el Reglamento Interno. La Secretaría notificará a la demandante y a la demandada la recepción de la Solicitud y la fecha de recepción. 2. Para todos los efectos, la fecha de recepción de la Solicitud por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje”.

Se advierte que esta no es la “demanda”, sino exclusivamente la “solicitud” o sea la pretensión de que la Corte de Arbitraje de la CCI tenga noticia del caso y confiera un traslado a los denunciados como futuros demandados. De allí que la solicitud, además de datos identificatorios de las partes, debe contener: “... c) una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a las demandas y los fundamentos sobre la base de los cuales las demandas han sido formuladas; d) una indicación de las pretensiones, junto con el monto de cualquier demanda cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de toda otra demanda; e) todo convenio pertinente y, en particular, el acuerdo o los acuerdos de arbitraje...”

La misma expresión “solicitud de arbitraje” aparece en el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (art. 5), el que se ocupa de definir con toda precisión que “El procedimiento arbitral dará comienzo con la presentación de la solicitud de arbitraje ante el Centro, que dejará constancia de esa fecha en el registro habilitado a tal efecto” (art. 5.1). Su contenido no difiere sustancialmente del exigido por el Reglamento de la CCI, exigiendo entre otros datos “...c) Una breve descripción de la controversia. d) Las peticiones que se formulan y, a ser posible, su cuantía. e) El acto, contrato o negocio jurídico del que derive la controversia o con el que esta guarde relación. f) El convenio arbitral que se invoque...”

Cuando el arbitraje está sometido a la administración de una institución distinta a la CCI o CIAM —o se trate de un arbitraje no institucional— habrá que determinar cuál es el acto que se homologa a la “solicitud de arbitraje”; normalmente lo será el acto

de inicio del procedimiento, con el que se exterioriza la voluntad de iniciar la disputa.

VI.Ámbito territorial de aplicación; quid de la relación jurídica sujeta a derecho extranjero

Cabe puntualizar que las reglas del Código Civil y Comercial en materia de prescripción por solicitud de arbitraje se aplican a los casos en que la ley aplicable al fondo es la ley argentina. Ello resulta del art. 2671, conforme al cual “Derecho aplicable. La prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio”.

Adviértase que el Código Civil y Comercial admite el denominado “dépeçage”, esto es, que distintas partes del contrato se rijan por leyes distintas: así surge del art. 2651 conforme al cual “Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones... Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato” (enfático agregado).

De modo que es perfectamente posible y es relativamente frecuente que el contrato que denominaríamos “principal” se rija por un derecho y el contrato de arbitraje o el procedimiento arbitral lo haga por otro. Así la cuestión de fondo puede estar sujeta a un derecho de un país latinoamericano y el arbitraje a la ley francesa.

Ahora bien, la prescripción se rige por la ley aplicable al fondo; de modo que en el ejemplo que venimos de dar se aplicaría la ley argentina a la prescripción, si esta fuera la ley aplicable al contrato principal. Pero si el contrato principal se rigiera por otra ley, sería esta la que determine el efecto interruptivo del arbitraje.

VII.Ámbito personal: aplicación al Estado

Con el absurdo designio de “proteger al Estado” se hicieron algunas modificaciones al original Anteproyecto de Código Civil y Comercial; así se modificó lo relativo a la responsabilidad del Estado —que en el Anteproyecto seguía a la letra los criterios establecidos de manera constante por la jurisprudencia y la doctrina—, lo que fue seguido por una ley de “irresponsabilidad” del Estado. Y en materia de arbitraje se agregó una cláusula al de por sí ya deformado art. 1651, conforme a la cual “Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local”.

Se advierte que lo excluido son las reglas sobre contrato de arbitraje; con lo cual no se sabe a qué normas se ajusta el acuerdo arbitral cuando una de las partes es el Estado nacional o una provincia.

Pero no cabe duda acerca de que las reglas sobre prescripción se aplican al Estado nacional y a las provincias; y el efecto interruptivo de la solicitud de arbitraje es una regla sobre prescripción, no sobre contrato de arbitraje. Y si bien puede haber alguna cuestión sobre la facultad de las provin-

cias para fijar ciertos plazos de prescripción —en materia de tributos—, lo cierto es que no hay dudas que las reglas sobre el curso de la prescripción, suspensión e interrupción se rigen por el Código Civil y Comercial para todos los sujetos, incluso el Estado Nacional y los Estados locales.

De modo que no cabe duda de que si el Estado es parte de una relación jurídica sometida a arbitraje, la solicitud de arbitraje promovida por la contraparte o por el Estado interrumpe la prescripción de las acciones emanadas del derecho de fondo materia de tal solicitud.

VIII.Efectos

La solicitud de arbitraje interrumpe la prescripción y le son aplicables en cuanto sean compatibles las disposiciones sobre el efecto interruptivo de la demanda judicial.

De modo que la solicitud de arbitraje tiene como principal efecto el tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo (art. 2544), en la medida que traduce la intención de no abandonarlo, está dirigida contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable (art. 2546). Y el efecto interruptivo permanece hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal (art. 2547). De acuerdo con el Código Civil y Comercial la interrupción por demanda judicial se tiene por no sucedida, si se desiste del proceso o caduca la instancia. El desistimiento del arbitraje es posible; no está prevista en cambio en los reglamentos la caducidad de instancia, aunque existen supuestos en que puede tenerse por no presentada la demanda o la reconvención; este efecto lo prevén algunos reglamentos cuando no se satisfacen los adelantos de gastos exigidos por el mismo reglamento (7).

IX.La cuestión de la nulidad

Reduciendo el análisis al derecho argentino, apuntamos que el laudo arbitral es susceptible del recurso de apelación, cuando no ha sido renunciado (8), y del de nulidad. De modo que debemos analizar los efectos que produce la nulidad del laudo sobre el efecto interruptivo del plazo de prescripción.

X.Nulidad del laudo. Efectos que produce

Para abordar el tema, debemos comprobar cuáles son los efectos que produce la declaración judicial de nulidad del laudo, atendiendo a las fuentes vigentes, por lo que debemos partir de la distinción entre arbitraje internacional y doméstico.

X.1. En el arbitraje doméstico

El recurso de nulidad contra un laudo doméstico se resuelve por el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido conocer, si la cuestión no se hubiera sometido a árbitros, salvo que el

compromiso estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos (art. 763, Cód. Proc. Civ. y Com.).

En cuanto a los efectos de la nulidad sostiene la doctrina que corresponde la designación de nuevos árbitros, sea para que sustancien la causa desde la actuación nula; o bien para dictar un nuevo laudo, si la nulidad se funda en el pronunciamiento extemporáneo o estructuralmente defectuoso de ese acto.

Pero el art. 761 del mismo Código, en su tercer párrafo dispone que “Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, a petición de parte, el juez pronunciará sentencia, que será recurrible por aplicación de las normas comunes”.

La norma aludida crea cierta perplejidad en cuanto sujeta la jurisdicción del juez de 1ª instancia a dos requisitos: que la nulidad sea solamente del laudo y el pedido de parte.

El primer recaudo es claro; si la nulidad es del procedimiento, solo cabe designar un nuevo Tribunal Arbitral y este continuará el proceso desde la actuación que lo invalidó. Si el procedimiento fue regular y la nulidad es porque el laudo se dictó fuera de término o contiene disposiciones contradictorias, puede habilitarse la jurisdicción del juez para dictar pronunciamiento sobre el fondo.

Pero el pedido de parte, ¿es de una de ellas (la que planteó el recurso de nulidad triunfante) o de ambas?

Desde nuestro punto de vista, ambas partes deben pedir al tribunal de alzada que anuló el laudo que remita el expediente a la primera instancia para que se dicte el laudo. Es lo que resulta compatible con la fuente convencional del arbitraje; la anulación del laudo no supone la invalidación de la cláusula arbitral ni del compromiso si existe; por lo tanto, subsiste la obligación de ambas partes de sujetar la solución del conflicto a la decisión de árbitros. Por lo tanto, solo la voluntad de ambas partes puede operar la rescisión del convenio arbitral y el sometimiento de la disputa a los jueces estatales.

Por lo que, anulado el laudo y si no hay acuerdo de partes para que entienda el juez estatal, debe designarse un nuevo Tribunal Arbitral para que dicte un nuevo laudo.

Y en lo concerniente a nuestro tema es preciso partir de uno de los principios sobre nulidades procesales a los que remite el art. 761, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com.; es el que refiere a los efectos de la nulidad de un acto procesal, en el sentido de que NO importa la nulidad de los anteriores ni los sucesivos que sean independientes de aquel, así como la nulidad parcial de un acto no afecta a las demás partes de él que sean separables o independientes (9). De ello deriva como consecuencia que la declaración de nulidad del laudo NO suprime el efecto interruptivo de la solicitud de arbi-

Review, núm. 38 (2020), p. 31 y ss.; LA LEY 26/07/2021, 1; Cita: TR LALEY AR/DOC/444/2020.

(7) El art. 9.5 del Reglamento del CIAM dice: 5. Si, en cualquier momento del arbitraje, las provisiones requeridas no se abonaran íntegramente, el Centro requerirá a la parte deudora para que realice el pago pendiente en el plazo de diez días. Si el pago no se efectuara en ese plazo, el Centro lo pondrá en conocimiento de la otra parte, para que, si lo considera oportuno, haga el pago requerido en el plazo de diez días. Si el pago no se efectuara en ese plazo, el Centro podrá discrecionalmente rehusar la administración del arbitraje o la realización de la actuación a cuyo fin se solicitó la provisión pendiente. En el caso

de que se rehusara el arbitraje, y una vez deducida la cantidad que corresponda por gastos de administración y, en su caso, honorarios de los árbitros, el Centro reembolsará a cada parte la cantidad restante que hubiera depositado”. Y todavía más explícito es el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Montevideo, pues su art. 44.5 dispone que “Si una parte no cumple con el pago del depósito exigido dentro de los quince días siguientes a la notificación practicada por el Centro, se estimará que esa parte ha retirado la demanda, la contestación o la reconvencción pertinente”.

(8) El lamentable art. 1656 Cód. Civ. y Com. —no debido a la Comisión redactora del Anteproyecto sino

a los prejuicios del PEN respecto del arbitraje— podría dar lugar a entender que el recurso de apelación es irrenunciable. Por suerte la jurisprudencia de la CN-Com. y de la CS van en una orientación opuesta, reduciendo el ámbito de los recursos a la regulación que de ellos se hace en el Código Procesal Civil y Comercial. Ver: CNCom., sala E, 22/12/2015, “Olam Argentina SA c. Cubero, Alberto Martín y otro s/recurso de queja (OEX)”, TR LALEY AR/JUR/79122/2015; id., sala D, 12/04/2016, “Amarilla Automotores SA c. BMW de Argentina SA s/recurso de queja (OEX)”, TR LALEY AR/JUR/24826/2016; id. Sala B, 12/04/2016, “Diaz, Rubén Héctor c. Techint Cía. Técnica Internacional SACEI s/recurso de queja (OEX)”; CS, “Ricardo

Agustín López, Marcelo Gustavo Daelli, Juan Manuel Flo Díaz, Jorge Zorzópulo el Gemabiotech SA s/ organismos externos”, Fallos 340:1226. La doctrina ha aplaudido estas decisiones: v. CAIVANO, Roque, “El limitado alcance del recurso de nulidad contra los laudos arbitrales”, ratificado por la Corte Suprema, LA LEY, 2017-E, 528; SAGRARIO, Ramiro, “Las causales de anulación del laudo arbitral son las establecidas taxativamente en la ley procesal”, LA LEY, 2017-E, 622; ROTHENBERG, Mónica, “El control judicial de un laudo arbitral. su acertada corrección por la Corte Suprema”, LA LEY, 2017-F, 103.

(9) conf. CAIVANO, Roque, “Arbitraje”, Ad hoc, Bs.As., 2000, 2da ed., núm. 4.2.2., p. 294.

traje (10). Si la sentencia judicial revocada o anulada no priva de efectos interruptivos a la demanda, la misma solución debe predicarse para el laudo anulado. La solicitud de arbitraje y la continuidad del procedimiento arbitral sin duda demuestran la voluntad de mantener vivo el reclamo y ello es el fundamento de la interrupción del curso de la prescripción.

X.2. El arbitraje internacional

La LACI contiene una enumeración bastante amplia de causales de anulación de los laudos arbitrales, pero no determina el efecto que la nulidad causa. Y como la LACI es de aplicación exclusiva, no procede recurrir al derecho doméstico para encontrar la respuesta al tema.

La más autorizada doctrina señala que a pesar de la nulidad del laudo, el acuerdo arbitral subsiste, de lo que se deriva por regla general la designación de un nuevo tribunal arbitral (11); a no ser que la nulidad del laudo esté causada en la nulidad de la cláusula arbitral, tema que tratamos en el número siguiente.

Con relación a los árbitros, la anulación del laudo no causa la “resurrección” del tribunal; de allí que —como decíamos— corresponde la designación de un nuevo tribunal arbitral (12).

XI. La cuestión de la nulidad de la cláusula arbitral

Una cuestión que puede presentar algunos matices es la de la posible nulidad de la cláusula arbitral. La LACI contempla esta hipótesis en el art. 99, diciendo que el laudo será nulo cuando la parte que interpone la petición de nulidad pruebe que el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido.

De modo que en el ámbito del arbitraje internacional es claro que la invalidez de la cláusula arbitral es un supuesto de invalidez del laudo.

Ello es coherente con la idea de que la primera decisión sobre la eficacia de la cláusula arbitral corre a cargo del propio tribunal arbitral en función del principio competencia competencia. Principio que la LACI consagra expresamente en el art. 35, conforme al cual el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, cuestión que podrá ser resuelta como excepción o en un laudo sobre el fondo (art. 36).

En el ámbito del arbitraje doméstico el Código Civil y Comercial consagra también el principio competencia en el art. 1654 que dispone: “Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio”; la última frase indica que lo hace con la misma extensión que la LACI.

De lo expuesto resulta que la invalidez de la cláusula arbitral no es más que un supuesto en el cual, excitada adecuadamente la jurisdicción del tribunal estatal para revisar esa cuestión (13), el tribunal estatal puede declarar la nulidad del laudo que se haya dictado, con los mismos efectos que en cualquier otro caso de nulidad.

Por lo tanto, la nulidad del laudo fundada en la causal de invalidez del acuerdo arbitral impone la competencia del tribunal judicial para resolver el conflicto de fondo, pero no excluye el efecto interruptivo de la prescripción liberatoria que el Código Civil y Comercial atribuye a la solicitud de arbitraje. Es que, en definitiva, la solicitud de arbitraje hecha en función de una cláusula arbitral declarada inválida es análoga a la demanda presentada ante juez incompetente, que tiene ese efecto interruptivo (art. 2546). Y, además, refleja la intención de la parte de mantener vivo su reclamo, lo que constituye el fundamento de los supuestos de interrupción de la prescripción.

XII. La inadecuada integración del tribunal arbitral o el defecto en su actuación

En un caso reciente se ha planteado la siguiente trama fáctica: en un contrato celebrado entre una compañía francesa y Gas del Estado se pactó una cláusula arbitral atípica, pues decía: “[l]as partes acuerdan que toda duda o controversia que se suscite por cualquier causa que en forma directa o indirecta se relacione con el presente contrato, será sometida al juicio de árbitros, designando uno por cada parte y un tercero que será nominado de común acuerdo por aquellos o a falta de tal acuerdo será designado por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya. La constitución del Tribunal Arbitral como así también el procedimiento a que se ajustará [al] (...) Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente al momento de la firma del compromiso arbitral y la sede del Tribunal será la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina (...).

Los tribunales federales de la República Argentina serán competentes para demandar la constitución del Tribunal Arbitral, para hacer cumplir los laudos arbitrales dictados de acuerdo con este artículo y para determinar judicialmente cualquier controversia respecto a la validez o nulidad de tales laudos, con arreglo a las normas del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación” (14).

La compañía francesa presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI, la que aceptó administrar el caso, nombró el tribunal arbitral, donde la demandada no participó del arbitraje; inició una acción declarativa que terminó con una sentencia de la Corte Suprema, conforme la cual la constitución del tribunal arbitral debió requerirse ante la justicia federal argentina; la Casación francesa resolvió también que la cláusula arbitral no habilitaba a la CCI a designar al tribunal arbitral, ya que ella refería a la CCI solo en lo relativo al procedimiento.

Pero el procedimiento arbitral siguió adelante, se dictó el laudo y este fue anulado por la justicia estatal argentina a requerimiento de la demandada.

Como consecuencia de tal estado de la cuestión, la empresa francesa promovió la acción de integración del tribunal arbitral ante la justicia federal, como lo preveía la peculiar cláusula arbitral y lo decidido por la Corte Suprema. La demandada opuso la prescripción de la acción dirigida a la integración del tribunal arbitral, defensa que fue acogida tanto en primera como en segunda instancia.

El fundamento de la decisión de la Cámara Federal reside en que el laudo dictado es nulo de nulidad absoluta y remite a precedentes de la Corte Suprema, de los que resulta que el laudo así dictado sería un acto inexistente. En concreto el fallo afirma: “Asimismo, tratándose de un acto nulo de nulidad absoluta (arg. art. 1038 del Cód. Civil), cuestión que fue resuelta en el marco de la causa N° 32.713/1998, lo cual se encuentra firme y con autoridad de cosa juzgada (y excede el marco de la presente causa), el laudo emanado de la CCI debe reputarse ineficaz para interrumpir o suspender la prescripción (arg. art. 1050 del Código Civil)”.

Los errores del tribunal federal argentino son notorios.

Por empezar invoca reglas sobre nulidad de los actos jurídicos, aun si estamos en un supuesto de nulidad de un acto jurisdiccional como es el laudo arbitral; obviamente las nulidades de las sentencias y laudos no tienen relación alguna con las nulidades de los actos jurídicos. Ciertamente el Código Civil y Comercial incurre en el mismo error cuando en el art. 1656 —en párrafo agregado al Anteproyecto— dice: “Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código”. Pero, como ya hemos señalado, la Corte Suprema Nacional y la Cámara de Apelaciones en lo Comercial han definido que los recursos contra el laudo arbitral son los previstos en el Código Procesal y tienen el alcance que este Código les ha dado. Lo cual por cierto es la única interpretación posible de ese desaguizado incluido en el art. 1656.

Pero a juicio nuestro, el error decisivo de la sentencia de la Cámara Federal es decir que el laudo carece de eficacia interruptiva por haber sido anulado. Y ello es evidente: lo que produce la interrupción de la prescripción no es el laudo, sino la solicitud de arbitraje o el acto equivalente a la presentación de la demanda, aunque sea ante juez incompetente.

En otra parte de la sentencia la Cámara advierte que ha existido un procedimiento arbitral; y para privarlo de efecto interruptivo, recurre a una cita de un Código comentado que dice que “...no constituye acto de interrupción de la prescripción las actuaciones realizadas ante órganos carentes de poder jurisdiccional, salvo que resulten legalmente necesarias para el acceso a la justicia (conf. BUJERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I.; ‘Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial’, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, tomo 6-B, p. 681)”.

Lo curioso —por calificarlo con benignidad— de este párrafo de la sentencia es que la cita está mutilada, porque en realidad él dice “...no constituye acto de interrupción de la prescripción las actuaciones realizadas ante órganos *administrativos* carentes de poder jurisdiccional, salvo que resulten legalmente necesarias para el acceso a la justicia”. Si esta mutilación la hubiera hecho un abogado, sería pasible de una sanción...

Obviamente el tribunal arbitral no es un órgano administrativo y está imbuido

de poder jurisdiccional; es más, conforme a reglas universalmente aceptadas y hoy vigentes en Argentina, tanto en la LACI como en el Código Civil y Comercial, el tribunal arbitral tiene atribuciones para resolver sobre su propia competencia. Por ello, aunque finalmente el laudo haya sido anulado, la solicitud de arbitraje existió, el procedimiento arbitral existió; y el efecto de la nulidad del laudo no es borrar esos hechos, sino atribuir competencia a un nuevo tribunal arbitral con base en la misma cláusula arbitral.

Pero la sentencia sigue con sus argumentos errados, pues concluye diciendo que “...la CCI era un órgano que carecía de competencia para resolver lo solicitado y tales actuaciones tampoco resultaban necesarias para la preparación de la vía, de modo que dicho acto carecía de los efectos que la actora le atribuye”. En realidad, no es la CCI la que resuelve, pues quien lo hace a través del laudo es el tribunal arbitral.

Con lo cual la Cámara desconoce que tanto el Código Civil de 1869 como el Código Civil y Comercial atribuyen efecto interruptivo a la demanda, aunque haya sido presentada ante un tribunal incompetente; y sin duda la solicitud de arbitraje hecha en el caso ante la CCI guarda analogía con la demanda judicial interpuesta ante juez incompetente (arg. art. 2 Cód. Civ. y Com.).

Cabe señalar además que la Cámara Federal en su sentencia no cita al Código Civil y Comercial ni a la LACI, siendo que el caso ha sido iniciado en 31 de julio 2018, o sea estando vigente el mencionado Código. Y si bien los hechos interruptivos son anteriores, conforme al art. 7º, Cód. Civ. y Com., las nuevas leyes se aplican a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes. Y si bien hemos debatido intensamente acerca de la aplicación de las nuevas leyes a los juicios en trámite, lo cierto es que este juicio en particular es posterior a la entrada en vigencia del nuevo Código y por ende también lo es la defensa de prescripción.

Finalmente, si la interrupción de la prescripción por demanda se justifica en que con ello el actor revela su intención de no dejar extinguir la relación jurídica, sino al contrario someterla a la decisión de un tribunal —judicial o arbitral— no parece dudoso que la compañía actora ha insistido por décadas tratando de obtener el cumplimiento de las obligaciones asumidas originalmente por Gas del Estado y asumidas por el Estado argentino a partir de la desaparición de aquella empresa. Pero, después de litigar durante casi cuarenta años un tribunal argentino, le dice que su acción para integrar el tribunal arbitral como lo postuló el demandado está extinguida por su inacción...!

XIII. Sobre algunos precedentes de la Corte Suprema

La sentencia de la Cámara Federal cita dos precedentes de la Corte. El primero de ellos es el dictado en la causa “Provincia de Buenos Aires contra los señores Otto Franke y Compañía sobre nulidad de laudo arbitral”, dictado el 18 de agosto de 1922. Es un caso de nulidad de laudo arbitral por haberse dictado el laudo sin actuar los árbitros formando tribunal; y remite al precedente de Fallos 61-242, dictado el 19 de septiembre de 1895, resuelto en base a las leyes de Partidas.

(art. 37, segundo párrafo).

(14) La transcripción la tomamos del fallo de la CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 19/08/2021, “BPI-France Assurance Export c. EN-M. Energía y Minería s/ varios”.

(10) Conf. LÓPEZ HERRERA, ob. cit.

(11) BORN, Gary B., “International Commercial Arbitration”, second edition, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, vol. III, núm. 25.11 C), p. 3392.

(12) Excepcionalmente, el derecho suizo dispone de

anulado el laudo el proceso vuelve al antiguo tribunal, solución criticada por Born, ob. y lug., cit.,

(13) En la LACI decidida la cuestión como excepción, si el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta (30) días siguientes al

recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al art. 13 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será irrecorrible; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un lau-

Ninguno de esos fallos se refiere a la prescripción ni al efecto interruptivo que pudiera haber tenido el compromiso arbitral; es cierto que en “Otto Franke” se atribuye el carácter de inexistente al laudo, pero es al laudo, porque no fue dictado por el tribunal debidamente integrado; en modo alguno puede sostenerse que la Corte en este fallo afirme que el compromiso o el procedimiento arbitral son inexistentes. Al contrario; en la misma sentencia y como cuestión previa el tribunal supremo afirma la validez del acuerdo arbitral, que había sido cuestionado por la Provincia, porque el apoderado de esta no tenía la atribución de comprometer en árbitros; pero la Corte rechaza este argumento, porque “la determinación de la jurisdicción arbitral no es un acto ejecutado en esta casa por el Dr. Clariá sino por la Provincia de Buenos Aires, que así lo estableció por una ley y lo confirmó por un contrato”.

De modo que en “Otto Franke” se declara la nulidad del laudo, pero se confirma la va-

lidez del acuerdo arbitral, por lo que el efecto será la integración de un nuevo tribunal arbitral para que, actuando como tal, dicte un nuevo laudo.

Finalmente, y como es obvio, estos precedentes de la Corte Suprema fueron dictados con base en ordenamientos jurídicos hoy no vigentes y no solo eso, sustituidos por otros —el CCyC y la LACI— que contienen principios y reglas sustancialmente diferentes. Por lo que no vale su invocación para fundar una sentencia dictada 125 años después.

XIV. Conclusiones

Más allá del acierto o error de la decisión de la Cámara Federal en el caso que hemos comentado, vigentes el Código Civil y Comercial y la LACI, la cuestión se resume en los siguientes principios:

(i) la interrupción de la prescripción opera por la presentación de la solicitud

de arbitraje o el acto equivalente que resulte del reglamento de la institución administradora del arbitraje o del acuerdo de las partes, si se trata de un arbitraje no institucional;

(ii) la nulidad del laudo no priva de efecto interruptivo a la solicitud de arbitraje, pues su efecto es imponer la designación de un nuevo tribunal arbitral o atribuir competencia al juez de 1ª Instancia en los términos del art. 761, Cód. Proc. Civ. y Com.;

(iii) la nulidad de la cláusula arbitral es simplemente una causa de nulidad del laudo; la diferencia radica en que, si el acuerdo arbitral es nulo, el efecto de la sentencia anulatoria no es imponer la constitución de un nuevo tribunal arbitral, sino derivar al demandante a los tribunales judiciales competentes. Pero ello no priva de efecto interruptivo a la solicitud de arbitraje, pues, como dijimos, la situación guarda analogía con la demanda presentada ante juez incompetente.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1540/2022

Mas información

Jorge, Juan, “Ámbitos de aplicación de la ley de arbitraje comercial internacional argentina”, LA LEY 2021-F, 613, TR LALEY AR/DOC/3191/2021

Rivera, Julio César, “Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje comercial”, LA LEY 26/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/444/2020

Libro recomendado

Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino

Autores: Caivano, Roque J. y Ceballos Ríos, Natalia

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Columna de opinión continuación

En el seno de un proceso civil nadie está obligado a lo imposible

Jorge W. Peyrano

La llamada *no exigibilidad de otra conducta procesal* no es otra cosa que un desarrollo afortunado del dogma romano *impossibilium nulla est obligatio* (1) (nadie está obligado a lo imposible).

La incidencia de la referida institución puede suscitar una variedad de consecuencias: alterar el cómputo de plazos procesales, dejar sin efecto preclusiones operadas, anular actuaciones, aligerar el esfuerzo probatorio, etc.

Si bien se mira, el señalado principio romano puede ser también descripto de otra manera: dispensa de la conducta procesal que corresponde y que no se produce, siendo a veces reemplazada por otra sin que dicho proceder omisivo registre derivaciones adversas para el omitente. Otra destacable descripción de lo que venimos estudiando fue llevada a cabo por el grupo de jueces, académicos y abogados que ulteriormente redactara el proyecto de Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación, año 2017. “Este principio encierra una dispensa de la falta de realización de una conducta cuya ausencia de otro modo pudo haber involucrado una desventaja procesal para la parte omisa. Es un supuesto en el cual una conducta procesal omisiva no posee efectos procesales adversos para el autor de la omisión. La adopción expresa de este principio facilitará la legitimación de instituciones tales como la “prueba difícil”; así como, también, la adopción de un

temperamento especial para determinar el arranque del plazo de prescripción de daños acumulativos como los generados por ilícitos ambientales. Es que el principio en cuestión viene a autorizar una conducta procesal distinta de la normal y menos exigida” (2).

Un par de supuestos ilustrarán más sobre cuándo debe funcionar lo que venimos analizando. En una fábrica se utilizaba como combustible el coque, lo que originó problemas de salud en los vecinos. Empero, sucedió que solo bastante tiempo después de la apertura de la fábrica los vecinos estuvieron en condiciones de advertir que sus problemas de salud (dermatológicos, pulmonares) obedecían al hecho de aspirar los desechos provocados por el uso de coque. Sabido es que el daño ambiental suele aparecer por acumulación y no de manera rápida. Decididos los perjudicados a lograr resarcimiento, demandaron a la empresa en cuestión, la que opuso la defensa de prescripción por haber transcurrido el plazo para reclamar los daños y perjuicios en cuestión. No obstante, los estrados judiciales declararon que en casos así debía computarse la prescripción a partir del momento en que razonablemente pudieron haber tomado noticia del origen de la dolencia que los aquejaba, apartándose de la regla general conforme a la cual el comienzo de la prescripción se da a partir de la comisión del hecho o de la entrada

en funcionamiento de la maquinaria de origen de los daños.

Otra hipótesis en la cual se ha hecho mérito del principio en estudio es el supuesto de prueba difícil, es decir, por ejemplo, los perjuicios ocurridos mucho tiempo atrás (3). Cuando concurre su incidencia, se deja de lado la exigencia probatoria, convalidándose un proceder demostrativo distinto y menos riguroso.

Así las cosas, conviene entrar en más detalles para mejorar la comprensión del instituto. Es condición primera que el beneficiario por el funcionamiento de este principio no haya contribuido a la materialización de la circunstancia que menoscaba a su derecho de contradicción. Por ello es que no puede invocarlo con éxito alguien que se ausente —en viaje de turismo— y no deja persona encargada de sus asuntos. No podrá entonces justificar su inasistencia a una audiencia trascendente. Asimismo, el episodio que afecta a quien lo alega a su favor debe reunir las características de *imprevisible*. Vale decir que exceda una actitud normal de previsión y que sea insuperable (es decir que el beneficiario sea impotente para superarlo). Por ello es que, reiteradamente, se ha declarado que el atraso o interrupción de los servicios de los subterráneos no constituye una circunstancia que legitima no cumplir con un plazo procesal.

Después de todo lo hasta aquí dicho, fácil resulta colegir que es regla que la “imposibilidad de cumplimiento” de una conducta procesal programada debe estar exenta de toda culpa por parte del infractor; exigencia que se extiende hasta el caso de las cosas extraviadas o sustraídas (4).

La jurisprudencia ha acogido al nuevo artefacto (5). La doctrina autoral también ha hecho lo suyo (6), pero lo que más nos entusiasma respecto del futuro es su pronto recibimiento por el legislador. Así, primeramente, en las citadas *Bases* del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y posteriormente en el tenor del artículo 12 del Proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 2017. Y qué decir de nuestro regocijo al leer el art. 12 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes que recientemente incorporó la mencionada figura, concibiéndola en los siguientes términos: “La imposibilidad o extrema dificultad para cumplir una conducta procesal debida, justificará su omisión o reemplazo por otra”.

Se impone precisar que, a veces, el funcionamiento de la construcción jurídica en estudio viene a legitimar la materialización de una conducta procesal diferente a la debida, pero totalmente apta para formar parte de la estructura procesal en marcha. Claro está que el cumplimiento de la conducta procesal de reemplazo es únicamente eventual, debiendo estar ausente en algunas ocasiones, porque resulta suficiente con no sancionar la omisión de la conducta primigeniamente impuesta.

Finalmente debe tener en cuenta el lector que “la no exigibilidad de otra conducta” posee la virtud de facilitar un ajuste mayor del proceso a las circunstancias del caso, lo que de ordinario favorece que el pronunciamiento judicial se acerque en mayor medida a la realidad de los hechos ocurridos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1539/2022

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Digesto L XVII-185.

(2) *Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial*, SAJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(3) PEYRANO, Jorge W., “Prueba difícil, en Problemas y soluciones procesales”, Ed. Juris, p. 315. “Tratándose de hechos antiguos —que son aquellos que se han registrado con una antigüedad de por lo menos 15 años—, no pueden ellos ser objeto de una prueba rigurosa y precisa; proponiéndose, entonces, admitir

testimonios indirectos y formular una crítica documental poco rigurosa”.

(4) COLMO, Alfredo, “De las obligaciones en general”, Ed. Abeledo Perrot, 3ra. edición, p. 612.

(5) Vide “Una aplicación correcta del principio procesal de no exigibilidad de otra conducta”, comentado por nosotros en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/unaaaplicacioncorrectadelprincipioprocesaldenoexigibilidaddeotraconducta.pdf>, además pueden consultarse los fallos espigados en LA LEY, 1092-B, 38 y “Zanel, Valeria c. Volkswagen SA de Aho-

rrros para fines determinados y otros s/ Demanda de derechos de consumo”, CCiv. Com. y Lab. Reconquista, 11/05/2021, Microjuris.

(6) PEYRANO, Jorge W., “El principio de no exigibilidad de otra conducta”. SJA 15/7/2009; PEYRANO, Jorge W., “Manifestaciones procesales del principio de no exigibilidad de otra conducta”, LA LEY, 2014-E, 1367, TR LALEY AR/DOC/2259/2014, CHAPERO, María Eugenia - ESPERANZA, Silvia L., “El principio procesal de no exigibilidad de otra conducta”, en Derecho procesal Civil y Comercial Estudios

en homenaje al Dr. Jorge W. Peyrano”, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 39, PEYRANO, Jorge W., “El principio de no exigibilidad de otra conducta en Nuevas tácticas procesales”, Buenos Aires, 2010, Ed. Nova Tesis, p. 121 y ss., ESPERANZA, Silvia L., “El principio procesal de no exigibilidad de otra conducta” en *Revista de Derecho Procesal* (Los Principios Procesales), Rubinzal Culzoni, 2020-1, p. 429

Nota a fallo

Jubilación

Beneficiario residente en el extranjero. Procedimiento para el cobro. Costas. Admisibilidad del amparo intentado.

1. - Debe extenderse la aplicación de la Comunicación "A" 6855, punto 13.12.4, del Banco Central de la República Argentina al caso de la actora, que percibe su haber de la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires y, consecuentemente, establecer la posibilidad de acceder al cobro de su jubilación sin necesidad de gestionar autorización previa del Banco Central de la República Argentina por hasta el monto abonado por la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires en el mes calendario; y en la medida que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de

titularidad de la beneficiaria en su país de residencia.

2. - No se encuentran motivos que permitan efectuar una distinción entre el cobro de los beneficios previsionales por parte de residentes en el exterior cuyo pago está a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) y el de los beneficiarios de otras cajas previsionales, en tanto dicho distingo no parece aceptable de acuerdo con una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico.
3. - La exigencia del cumplimiento del requisito impuesto en Comunicación "A" 6855 BCRA impide que la actora perciba su beneficio jubilatorio en el país de residencia (España) y en la moneda local (euros), en contraposición a la situación que rige para los

titulares de beneficios previsionales otorgados por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

4. - La circunstancia fáctica que se verifica en la especie, que se traduce *prima facie* en un obrar arbitrario e ilegítimo del organismo demandado, cercenador de derechos y garantías individuales, sumada a los perjuicios alegados por la amparista, relacionados fundamentalmente con el tiempo que lleva sin ingresos, justifican la habilitación de la acción de amparo.
5. - Fue la conducta del Banco Central de la República Argentina la que motivó la necesidad de la actora de iniciar la presente acción con el objeto de lograr la tutela judicial de su derecho de naturaleza alimentaria, por lo que

debe confirmarse la imposición de costas sobre aquel, por no configurarse un supuesto que justifique adoptar una decisión diferente a la regla en la materia.

CFed. La Plata, sala I, 22/03/2022. - Pastormerlo Bottega, Graciela Beatriz c. Banco Central de la República Argentina (BCRA) s/ Amparo Ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/24461/2022]

Costas

Se imponen al vencido.

Véase el texto completo en p. 6

El carácter tuitivo del haber previsional



Nadia García

Abogada. Doctora en Derechos Humanos y Previsión Social (Univ. San Carlos de Guatemala). Magíster en "Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social" (Univ. de Alcalá de Henares y la OISS). Posgraduada (UBA). Docente de grado y posgrado. Publicista. Directora del Instituto de Seguridad Social de FUNPEDER.

SUMARIO: El marco normativo. — III. El principio de igualdad. — IV. Conclusiones a la luz del carácter tuitivo del derecho previsional.

I. Hechos:

La actora promueve acción de amparo en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional, y 1º y conchs. de la ley 16.986, contra el Banco Central de la República Argentina (BCRA) con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la Comunicación BCRA "A" 6855 —modificatorias y complementarias—, de fecha 27 de diciembre de 2019, y, en consecuencia, se ordene, sin condicionamientos, el cobro de los haberes previsionales en la moneda de curso legal del país de residencia (España). Asimismo, solicitó se cite en carácter de terceros a la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires (CPSM) y al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por ser sujetos pasivos interesados en la contienda, al ser el organismo que otorgó el beneficio de la actora.

En sustento de su pretensión, relató que la Comunicación BCRA "A" 6855 establece la necesidad de conformidad previa y/o "autorización" del Banco Central de la República Argentina para girar la jubilación de su mandante al exterior —España— y en la moneda de curso legal en el citado país (euros), lo que se traduce en que, en los hechos, dicha entidad está impidiendo que la Sra. Pastormerlo Bottega perciba su beneficio jubilatorio en el país de residencia y en moneda local, tal como sucedía de manera regular antes del dictado de la citada normativa.

La actora, al momento del inicio de la acción, hacía ya 8 meses que no recibía su jubilación, poniendo en riesgo su supervivencia, siendo persona de riesgo y encontrándose en situación de vulnerabilidad por su edad (70 años) y estado de salud. La mentada Comunicación estableció un tratamiento diferente e injustificado respecto de los beneficiarios de la

Administración Nacional de la Seguridad Social —los cuales reciben el beneficio en la moneda de destino en forma automática— y los beneficiarios de las cajas provinciales (en el caso de autos, la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires), ya que en este último caso se obliga a la entidad financiera o autorizada a requerir autorización previa del Banco Central de la República Argentina. Indicó que, dictada la citada normativa, la caja coordinadora le abrió a la actora beneficiaria una cuenta bancaria en el Banco de la Provincia de Buenos Aires —como única modalidad de pago— en la cual depositó los haberes mensuales sin poder su mandante gestionarla por encontrarse residiendo en España; ello, sin perjuicio de los reiterados reclamos que, por correo electrónico, realizó ante la citada Caja Previsional. La parte actora manifiesta que su situación de vulnerabilidad se desprende por su mera condición de jubilada y se ve agravada por no poder su mandante gestionar desde España sus reclamos, no vislumbrando una posible solución a futuro, lo que implica lisa y llanamente la denegación de su beneficio. Manifiesta también que el pago de la jubilación reclamada posee carácter alimentario, ya que utiliza dicho haber para la compra de alimentos y víveres necesarios para la vida cotidiana, y medicamentos, entre otras cosas.

Ante esta situación la actora solicitó el dictado de una medida cautelar, la que fue acogida por el juez de origen y confirmada por esta Sala I con fecha 6 de mayo de 2021. La sentencia de primera instancia del 7 de julio de 2021 hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y, en consecuencia, declaró inaplicables al caso las restricciones impuestas por la Comunicación BCRA "A" 6855 con respecto al pedido de conformidad previa del Banco Central de la República Argentina para la compra de moneda extranjera en las transferencias al exterior por el beneficio de jubilación, por hasta el monto abonado por la Caja de

Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires en el mes calendario; y en la medida de que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad de la beneficiaria en su país de residencia. Asimismo, transformó en definitiva la medida cautelar decretada y ordenó al Banco Central de la República Argentina que arbitre las autorizaciones por los canales pertinentes para que la Sra. Pastormerlo Bottega perciba su haber jubilatorio en su cuenta bancaria de España, tal como venía sucediendo con anterioridad al dictado de la normativa impugnada.

II. El marco normativo

La Comunicación BCRA "A" 6855, en lo pertinente, preceptúa que "3.12. Compra de moneda extranjera por parte de no residentes. El acceso al mercado de cambios por parte de clientes no residentes no incluidos en los incisos 3.12.1. a 3.12.4. del presente punto requerirá la conformidad previa del BCRA para la compra de moneda extranjera. No se encuentran alcanzadas por este requisito las operaciones de: ...3.12.4. Las transferencias al exterior a nombre de personas humanas que sean beneficiarias de jubilaciones y/o pensiones abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), por hasta el monto abonado por dicho organismo en el mes calendario y en la medida que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad del beneficiario en su país de residencia registrado". De la simple lectura de la Comunicación "A" 6855 BCRA, punto 3.12, se advierte que para la compra de moneda extranjera por parte de no residentes se impuso el pedido de conformidad previa al Banco Central de la República Argentina, requisito que la autoridad de aplicación expresamente no fijó, en cambio, para las transferencias al exterior a nombre de personas humanas que sean beneficiarias de jubilaciones y/o pensiones abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), por hasta el monto

abonado por dicho organismo en el mes calendario y en la medida en que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad del beneficiario en su país de residencia registrado. Al ser ello así, en la práctica, la exigencia de cumplimiento del requisito impuesto en la normativa citada impide que la Sra. Pastormerlo Bottega perciba su beneficio jubilatorio en el país de residencia (España) y en la moneda local (euros), en contraposición a la situación que rige para los titulares de beneficios previsionales otorgados por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

Por otra parte, la ley 25.707 aprobó un convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y el Reino de España, enmarcándose en un contexto jurídico de jerarquía constitucional, resultando la Comunicación del BCRA objeto de la presente acción una norma de mayor inferior.

III. El principio de igualdad

El fallo señala que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del art. 16 de la Constitución Nacional. Así tiene establecido que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias (Fallos 16:118) y que "la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros" (Fallos 153:67). Resulta importante tener en cuenta que una discriminación no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos. En este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (ley 23.592), el Máximo Tribunal sostuvo que "...esta no sanciona

toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”.

Del análisis efectuado por los magistrados surge la ausencia de motivos objetivos que permitan efectuar una distinción entre el cobro de los beneficios previsionales por parte de residentes en el exterior cuyo pago está a cargo de la ANSeS y el de los beneficiarios de otras cajas previsionales, en tanto dicho distingo no parece aceptable de acuerdo con una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico.

(1) CS, “Saldaña, Ricardo Roberto c. ANSeS s/ prestaciones varias”, 20/03/2012, TR LALEY AP/JUR/567/2012.

Texto completo de fallo de p. 5

2ª Instancia. - La Plata, marzo 22 de 2022.

El doctor *Álvarez* dijo:

I. Con fecha 21 de diciembre de 2020 se presentó el Dr. Emilio Sarmiento, en su carácter de letrado apoderado de la señora Graciela Beatriz Pastormerlo Bottega, DNI ..., con domicilio en la ciudad de Fuensalida (Toledo), España, y promovió la presente acción de amparo en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional, y 1º y cdtes. de la Ley Nº 16.986, contra el Banco Central de la República Argentina (BCRA) con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la Comunicación BCRA “A” 6855 —modificatorias y complementarias—, de fecha 27 de diciembre de 2019, y, en consecuencia, se ordene a la demandada a que autorice, sin condicionamientos, el cobro de los haberes previsionales de su mandante en la moneda de curso legal en el citado país de residencia (euros).

Asimismo, solicitó se cite en carácter de terceros a la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires (CPSM) y al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por ser sujetos pasivos interesados en la contienda.

En sustento de su pretensión, relató que la Comunicación BCRA “A” 6855 establece la conformidad previa y/o “autorización” del Banco Central de la República Argentina para girar la jubilación de su mandante al exterior —España— y en la moneda de curso legal en el citado país —euros—, lo que se traduce en que, en los hechos, dicha entidad está impidiendo que la Sra. Pastormerlo Bottega perciba su beneficio jubilatorio en el país de residencia y en moneda local, tal como sucedía de manera regular antes del dictado de la citada normativa.

Siguió relatando que su representada, al momento del inicio de la acción, hacía ya 8 meses que no recibía su jubilación, poniendo en riesgo su supervivencia, siendo persona de riesgo por COVID-19 y encontrándose en situación de vulnerabilidad por su edad (70 años) y estado de salud, ya que padece de cáncer de ovario con cirugía y quimioterapia en el año 2002, con revisiones anuales.

Puso de manifiesto que la mentada Comunicación estableció un tratamiento diferente e injustificado respecto de los beneficiarios de la Administración Nacional de la Seguridad Social —los cuales reciben el beneficio en la moneda de destino en

IV. Conclusiones a la luz del carácter tuitivo del derecho previsional

El caso se circunscribe a la situación de una jubilada residente en España ante el dictado de la Comunicación BCRA “A” 6855 que modifica la situación de los pasivos residentes en otros países, al requerir la conformidad/autorización previa del BCRA para girar su jubilación en moneda de curso legal del país de residencia, en este caso España, lo que en la práctica se tradujo en la imposibilidad de la actora de percibir su haber jubilatorio tal como sucedía antes del dictado de la norma cuestionada.

En la práctica la normativa del BCRA produjo que la actora no percibiera su haber previsional durante 8 meses y estableciera un tratamiento diferenciado e injustificado respecto de los beneficiarios de la

forma automática— y los beneficiarios de las cajas provinciales (en el caso de autos, la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires), ya que, en este último caso, se obliga a la entidad financiera o autorizada a requerir autorización previa del Banco Central de la República Argentina.

Indicó que, dictada la citada normativa, la caja coordinadora le abrió a la actora beneficiaria una cuenta bancaria en el Banco de la Provincia de Buenos Aires —como única modalidad de pago— en la cual depositó los haberes mensuales sin poder su mandante gestionarla por encontrarse residiendo en el Reino de España; ello, sin perjuicio de los reiterados reclamos que, por correo electrónico, su poderdante realizó ante la citada Caja Previsional.

Señaló, que la situación de vulnerabilidad que se desprende por su mera condición de jubilada se ve agravada por no poder su mandante gestionar desde España sus reclamos, no vislumbrando una posible solución a futuro, lo que implica lisa y llanamente la denegación de su beneficio.

Agregó, que el pago de la jubilación reclamada posee carácter alimentario para la Sra. Pastormerlo Bottega, ya que utiliza dicho haber para la compra de alimentos y víveres necesarios para la vida cotidiana, y medicamentos, entre otras cosas.

Refirió, que mediante la Ley Nº 25.707 el Estado Nacional aprobó un convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y el Reino de España, enmarcándose en un contexto jurídico de jerarquía constitucional, resultando la Comunicación del BCRA objeto de la presente acción, violatoria de dicha norma de mayor jerarquía.

Por último, solicitó el dictado de una medida cautelar, la que fue acogida por el juez de origen y confirmada por esta Sala I con fecha 6 de mayo de 2021.

II. La sentencia de primera instancia del 7 de julio de 2021 hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por Graciela Beatriz Pastormerlo Bottega, DNI argentino número ..., y del DNI-NIF español número ..., con domicilio en la ciudad de Fuensalida (Toledo), España, contra el Banco Central de la República Argentina y, en consecuencia, declaró inaplicables al caso las restricciones impuestas por la Comunicación BCRA “A” 6855 con respecto al pedido de conformidad previa del Banco Central de la República Argentina para la compra de moneda extranjera para las transferencias al exterior por

ANSeS, los cuales reciben su beneficio en moneda de destino en forma automática. Sin embargo, esto no ocurre —a partir de la comunicación— con los beneficiarios de las cajas provinciales.

Independientemente de todas las apreciaciones efectuadas, que se comparten, a la luz del principio de igualdad, no puede dejar de mencionarse que estamos ante un derecho de carácter alimentario y que ello torna operativo el carácter tuitivo del derecho previsional que no puede, al menos constitucionalmente, deslindarse de los fines específicos que tienen los derechos que se reclaman.

Que, en el caso, la actora utiliza sus ingresos para atender necesidades básicas alimentarias y aquellas que derivan de su avanzada edad y su estado de salud. La

el beneficio de jubilación, por hasta el monto abonado por la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires en el mes calendario, y en la medida de que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad de la beneficiaria en su país de residencia.

Asimismo, transformó en definitiva la medida cautelar decretada, y ordenó al Banco Central de la República Argentina que arbitre las autorizaciones por los canales pertinentes para que la Sra. Pastormerlo Bottega perciba su haber jubilatorio en su cuenta bancaria de España, tal como venía sucediendo con anterioridad al dictado de la normativa impugnada.

Impuso las costas del proceso al Banco Central de la República Argentina en su carácter de vencido (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 14 de la Ley Nº 16.986) y en el orden causado respecto de la acción intentada contra la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires.

Por último, reguló los honorarios profesionales del letrado apoderado de la parte actora, Dr. Emilio Sarmiento, en la suma de pesos ... (\$...) —equivalentes a ...Umas (conf. Ac. 7/2021 CSJN) a cargo del BCRA; y en la suma de pesos ... (\$...) —equivalentes a ... Umas— (conf. Ac. 7/2021 CSJN) por la pretensión contra la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires —arts. 1º, 16 —incisos “b” a “g”—, 19, 48 y cdtes. ley arancelaria citada—, a cargo de su mandante. Asimismo, reguló los honorarios profesionales del Dr. Rubén Darío Altamore —letrado apoderado de la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires— en la suma de pesos ... (\$...) —equivalentes a ...Umas— (conf. Ac. 7/2021 CSJN) —arts. 1º, 16 —incisos “b” a “g”—, 19, 48 y cdtes. ley arancelaria citada—; ello, con más el 10% de aporte previsional Ley Nº 23.987, y la alícuota de IVA, en caso de corresponder. Respecto de la profesional interviniente por el BCRA, estableció que sus honorarios se encuentran contemplados en las previsiones del artículo 2º de la citada Ley Nº 27.423.

III. Contra dicha sentencia el Banco Central de la República Argentina interpuso, a fojas 126/138, recurso de apelación con simultánea expresión de agravios, el que fue concedido a fojas 139.

De su lectura se advierte que los agravios se circunscriben fundamentalmente a los siguientes: a) omisión de considerar la falta de legitimación pasiva de su parte y, en consecuencia, la ausencia de caso, b) incorrecta afirmación efectuada por el

Comunicación del BCRA cuestionada se tradujo en la práctica en la imposibilidad absoluta de la actora de gozar de derechos alimentarios y por tal no puede sostenerse válidamente su constitucionalidad.

Resulta reiterada la doctrina de la Corte Suprema en tanto establece que cuando se juzgan peticiones sobre derechos alimentarios, los jueces deben actuar con extrema cautela de modo de no afectar intereses tutelares de la prestación previsional (1).

El beneficio jubilatorio debe acompañar a su titular a donde vaya, con todas sus características y garantías para procurar que tenga, en donde la vida lo haya llevado, una vejez digna.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1541/2022

juez de origen sobre la supuesta injerencia del Banco Central de la República Argentina respecto de la actora, c) incorrecto encuadre normativo, derivado del desconocimiento del Régimen de Exterior y Cambios, d) improcedencia de la acción de amparo, e) errónea consideración efectuada por el sentenciante sobre el principio de igualdad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, f) imposición de las costas, y g) regulación de los honorarios profesionales, por entenderlos elevados.

IV. Antes de abocarme a la consideración de los agravios, resulta necesario resaltar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. artículo 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) (Fallos: 258:304; 272: 225).

V. Planteada así la cuestión, corresponde en primer término el pronunciamiento sobre el agravio relacionado con la falta de legitimación pasiva del Banco Central de la República Argentina y, en consecuencia, con la ausencia de “caso” sostenida por la recurrente.

En tal sentido, considera la quejosa que la vinculación entre la actora y su parte fue creada por el juez de origen forzando una interpretación generadora de derechos que no existen, desplazando la responsabilidad de la Caja de Jubilaciones.

En sostén de su pretensión recursiva, postula que la admisibilidad de la acción se encuentra subordinada a la existencia de un “caso”, “causa” o “controversia”, lo que presupone la existencia de “parte” o “legitimado” en el proceso, o sea, quien reclama o quien se defiende, en definitiva, quien se beneficia o perjudica con la resolución; y, asimismo, debe verificarse la existencia de un nexo lógico entre el *status* que ostenta el litigante y el reclamo que pretende satisfacer. Sin embargo, insiste, dichos parámetros no se observan en el reclamo efectuado por la señora Pastormerlo Bottega.

Frente a lo expuesto, cabe, con el objeto de arrojar claridad a la cuestión en debate, realizar las siguientes consideraciones.

En primer término, conviene recordar que el ejercicio de toda acción judicial requiere que ella sea instada por su titular y que vaya dirigida contra el o la eventual responsable. Esto determina quiénes pueden demandar y contra quiénes se puede demandar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 solo 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— si 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 CN)." (CSJN en autos "Roquel, Héctor A. c. Santa Cruz, Provincia de (Estado Nacional) s/ acción de amparo", fallo del 10 de diciembre de 2013).

Conforme a lo expuesto, de acuerdo a la forma en la que se encuentra planteada la cuestión a resolver, entiendo que en el caso en estudio la impugnación constitucional sometida a consideración por la amparista pone de relieve la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que da lugar a una controversia actual o concreta (Fallos: 311: 421, considerando 3º) y, consecuentemente, a la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción con aptitud para ser juzgada y definida por este Tribunal.

VI. Despejado dicho interrogante, es necesario abocarse a esclarecer si el remedio procesal intentado por la parte actora resulta idóneo a los efectos de obtener la tutela constitucional procurada, adelantando mi opinión en el sentido de que las objeciones formuladas por la demandada dirigidas a cuestionar la vía del amparo deben desestimarse.

Ello es así, en razón de que el caso de autos llega a esta instancia judicial sin otra complejidad que la que pretende la accionante. No existen cuestiones fácticas o que deban ser sometidas a procedimientos probatorios que excedan el limitado ámbito de conocimiento de la presente acción de amparo. De este modo, se infiere que la acción está destinada a obtener una respuesta eficaz, y que el carácter de las cuestiones a resolver es de puro derecho, sin que sea necesario una mayor amplitud de debate y prueba. Resolver en sentido contrario, implicaría una apreciación ritual de la acción de amparo contraria a la Constitución Nacional.

No parece ofrecer duda que estamos ante la pretensión de tutela efectiva de un derecho constitucional y esta tutela debe ser judicial, tal como lo establece tanto el artículo 43 de la CN y diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 de la propia Constitución: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su

artículo 25, y el Pacto de derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.3.b).

En este sentido, el amparo judicial debe ser efectivo y eficaz y, por tanto, no debe ser interrumpido con excepciones ni tramitaciones que alejen la decisión del momento en que se hubiere producido la lesión o cuando esta ya se produjo de modo irreversible. Así tampoco, por expreso mandato constitucional, cabe exigirle a la amparista que agote hipotéticas vías administrativas previas, que no pocas veces parecen orientadas a alejar la posibilidad de la protección real de sus derechos.

La circunstancia fáctica que se verifica en la especie, que se traduce *prima facie* en un obrar arbitrario e ilegítimo del organismo demandado, cercenador de derechos y garantías individuales, sumada a los perjuicios alegados por la amparista, relacionados fundamentalmente con el tiempo que lleva sin ingresos, justifican la habilitación de la instancia de excepción.

Resulta reiterada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto establece que cuando se juzgan peticiones sobre derechos alimentarios los jueces tienen el deber de actuar con extrema cautela, de modo de no afectar los intereses tutelares de la prestación previsional (SCS 885 L.XLV "Saldaña, Ricardo R. c. ANSES s/ prestaciones varias", fallo del 20 de marzo de 2012.).

Por todo ello, considero que la vía intentada por la actora es idónea a los fines de obtener el resguardo de los derechos que considera vulnerados, motivo por el cual el agravio expresado por la parte demandada, tal como lo adelanté, debe rechazarse.

VII. Se agravia la quejosa en tanto sostiene que el juez de origen incurrió en un incorrecto encuadre normativo, derivado del desconocimiento del Régimen de Exterior y Cambios.

En tal sentido, expresa que el mencionado régimen de Exterior y Cambios conforma una universalidad que se extiende, regula y se aplica a todos los sujetos, hechos y derechos que se relacionan en el dinámico M.U.L.C, aspecto que no fue evaluado por el sentenciante y lo condujo a elegir equivocadamente el punto de las Comunicaciones vigentes en el cual sustenta el derecho de la actora.

Ahora bien, frente al planteo de la recurrente, conviene señalar la Comunicación BCRA "A" 6855, en lo pertinente, preceptúa que "3.12. Compra de moneda extranjera por parte de no residentes. El acceso al mercado de cambios por parte de clientes no residentes no incluidos en los incisos 3.12.1. a 3.12.4. del presente punto, requerirá la conformidad previa del BCRA para la compra de moneda extranjera. No se encuentran alcanzadas por este requisito las operaciones de: ...3.12.4. Las transferencias al exterior a nombre de personas humanas que sean beneficiarias de jubilaciones y/o pensiones abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), por hasta el monto abonado por dicho organismo en el mes calendario y en la medida que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad del beneficiario en su país de residencia registrado".

De la simple lectura de la Comunicación "A" 6855 BCRA, punto 3.12, se advierte que para la compra de moneda extranjera por parte de no residentes se impuso el pedido de conformidad previa al Banco Central de la República Argentina, requisito que la autoridad de aplicación expresamente no fijó, en cambio, para las transferencias al exterior a nombre de personas

humanas que sean beneficiarias de jubilaciones y/o pensiones abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), por hasta el monto abonado por dicho organismo en el mes calendario y en la medida en que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad del beneficiario en su país de residencia registrado.

Al ser ello así, en la práctica, la exigencia del cumplimiento del requisito impuesto en la normativa citada impide que la Sra. Pastormerlo Bottega perciba su beneficio jubilatorio en el país de residencia (España) y en la moneda local (euros) en contraposición a la situación que rige para los titulares de beneficios previsionales otorgados por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

Consecuentemente, el principal objetivo consiste en dilucidar si la distinción realizada por la normativa cuestionada implica un menoscabo al principio de igualdad reconocido en el artículo 16 de la CN y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Resulta oportuno señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Así, tiene establecido que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias (Fallos: 16:118) y que "la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros" (Fallos: 153:67).

Resulta importante tener en cuenta que una discriminación no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos. En este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (Ley Nº 23.592), el Máximo Tribunal sostuvo que "...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional" (Fallos: 314:1531 y ss.) (Colección de dictámenes sobre derechos humanos, Cuadernillo 2, Igualdad y No Discriminación Dictámenes del Ministerio Público Fiscal Ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2016), publicado en la página web <https://www.mpf.gov.ar/dgdh/files/2016/06/Cuadernillo-2-Igualdad-y-no-Discriminacion.pdf>, consultada el 4 de marzo de 2022.).

Con sustento en lo expuesto, no encuentro motivos que permitan efectuar una distinción entre el cobro de los beneficios previsionales por parte de residentes en el exterior cuyo pago está a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y el de los beneficiarios de otras cajas previsionales, en tanto dicho distinción no parece aceptable de acuerdo a una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico.

Al ser ello así, entiendo razonable extender la aplicación de la Comunicación "A" 6855, punto 13.12.4, del Banco Central de la República Argentina al caso de la actora, que percibe su haber de la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires y, consecuentemente,

establecer la posibilidad de la señora Pastormerlo Bottega de acceder al cobro de su jubilación sin necesidad de gestionar autorización previa del Banco Central de la República Argentina por hasta el monto abonado por la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires en el mes calendario, y en la medida de que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad de la beneficiaria en su país de residencia.

VIII. Se agravia el Banco Central de la República Argentina al considerar que la omisión de la Caja de Jubilaciones de proveer al pago reclamado ha dado lugar a la presente acción, razón por la cual entiendo que corresponde que responda ella por las costas generadas en este proceso.

Frente a lo expuesto, conviene señalar que resulta pertinente poner de resalto que, conforme al artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el principio general es la imposición de las costas al vencido, y solo puede eximirse de esa responsabilidad —si hay mérito para ello— mediante un pronunciamiento expreso acerca de dichas razones, bajo pena de nulidad (conf. Fallos: 328: 4504 y 332: 2657).

En ese orden de ideas, las costas no constituyen un castigo para el perdedor, sino que importan tan solo un resarcimiento de los gastos que ha debido efectuar la parte a fin de lograr el reconocimiento de su derecho, de manera que es precisamente la actuación con derecho lo que da verdaderamente la dimensión de la objetividad en la materia que nos ocupa y, por consiguiente, no necesariamente es quien resulta vencido quien ha de soportarlas sino que ellas han de recaer sobre el litigante que haya dado motivo al planteamiento y en la medida en que lo ha hecho con razón (conf. CNCiv., Sala D, "Paz de Quenón, Madrid E. c. Quenón Lloveras, Nicanor M. y otro", Rep. LA LEY, T. XL, A-I, p. 627, sum. 7).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, fue la conducta del Banco Central de la República Argentina la que motivó la necesidad de la actora de iniciar la presente acción con el objeto de lograr la tutela judicial de su derecho de naturaleza alimentaria, por lo que entiendo que debe confirmarse la imposición de costas a su cargo (conf. artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y artículo 14 de la Ley Nº 16.986), por no configurarse un supuesto que justifique adoptar una decisión diferente a la regla en la materia.

IX. Por último, cuestiona la recurrente las regulaciones de los honorarios profesionales decididas en el punto V de la parte resolutive del fallo apelado por considerarlas elevadas, circunstancia que —sostiene— le ocasiona un gravamen irreparable.

Con respecto al punto, es útil indicar que, en virtud de la fecha de inicio del presente amparo, resulta aplicable la Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de La Justicia Nacional y Federal Nº 27.423, tal como hiciera el Sr. Juez de origen (ver el criterio sentado respecto al punto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 4 de septiembre del 2018).

Asimismo, conviene tener en consideración que el caso consiste en una acción de amparo en la que se persigue, principalmente, la protección y el resguardo del derecho al beneficio previsional de la accionante, careciendo de contenido económico y, por ende, de monto litigioso, aun cuando directa o indirectamente puede tener significancia pecuniaria para quien

pretende la declaración o reconocimiento de un derecho (conf. CSJN “Barría, Mercedes y otro c. Pcia. del Chubut y otro”, fallo del 24 de octubre de 2006).

Sentado ello, tomando en cuenta el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada por el abogado de la parte actora, la naturaleza de la acción, el resultado obtenido, habiéndose estipulado los honorarios en el mínimo establecido en el artículo 48 de la citada ley (veinte —20— UMA) y en virtud de lo dispuesto en el artículo 16, último párrafo, de esa norma, resulta ajustada a derecho la regulación efectuada.

Al ser ello así, es que cabe rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Banco Central de la República Argentina y, consecuentemente, confirmar los honorarios profesionales del doctor Emilio Sarmiento en ... Umas —hoy equivalentes a la suma de \$... (pesos ...) conforme a la Acordada N° 4/2022 CSJN y al art. 51 de la Ley N° 27.423— a cargo del Banco Central de la República Argentina.

En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Acuerdo: 1. Confirmar la resolución apelada, por los fundamentos vertidos en el considerando VIII de mi voto. 2. Rechazar

el recurso de apelación contra la regulación de los honorarios profesionales. 3. Sin imposición de costas de Alzada, atento a la falta de sustanciación del recurso (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así lo voto.

El doctor *Lemos Arias* dijo:

Que adhiere a la propuesta del doctor *Álvarez* por compartir los aspectos sustanciales expuesto en su voto.

Así lo voto.

En virtud de las consideraciones precedentes, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la resolución apelada, por los fundamentos vertidos en el considerando VIII del voto del doctor *Álvarez*. 2. Rechazar el recurso de apelación contra la regulación de los honorarios profesionales. 3. Sin imposición de costas de Alzada, atento a la falta de sustanciación del recurso (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, devuélvanse las actuaciones de manera electrónica y comuníquese la remisión por DEO al juzgado interviniente. — *Roberto A. Lemos Arias*. — *César Álvarez*.

Jurisprudencia

Alimentos provisorios

Alcances. Determinación.

El carácter meramente transitorio de los alimentos provisionales que contempla el actual art. 544 del Código Civil y Comercial no lo aparta de la naturaleza propia de la prestación alimentaria, comprensiva de las necesidades de subsistencia, de las materiales y las de orden moral y cultural de acuerdo con la condición social del alimentado. Pero, en cambio, limita a aquellos a la atención de necesidades inmediatas e imprescindibles de los beneficiarios, durante el lapso que demande la finalización del proceso; circunstancia esta que justifica acudir al prudente arbitrio jurisdiccional para su estimación provisional y descarta el análisis pormenorizado de los elementos de juicio obrantes en la causa, proyectado a la esfera del resultado definitivo del planteo.

CNCiv., sala G, 19/04/2022. - M., M. E. y otros c. S., J. E. s/ alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/41030/2022]

Costas

Se imponen al alimentante.

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 19 de 2022.

Considerando: I. Vienen digitalmente esta causa principal para su conocimiento en virtud de las apelaciones interpuestas por la actora y la Defensora de Menores contra la resolución del 10 de agosto de 2021 (fs. 570), en cuanto modificó la cuota alimentaria dineraria provisorio que el progenitor debe pagar en favor de sus hijos menores de edad A. y U. S. (actualmente de 13 y 10 años, nacidos el 23/03/2009 y 23/09/2011), a la suma de \$40.000 mensuales.

En sus agravios de fs. 580/581, los cuales no fueron contestados, la madre se agravia por cuanto entiende que el monto fijado resulta insuficiente para afrontar las necesidades de sus hijos. Explica que la determinación del monto provisorio de alimentos fue definida ponderando que el demandado afrontaba el pago del colegio, la prepa y el alquiler del inmueble donde vivían los menores y que aquel ha dejado de abonar la cuota escolar y el canon locativo del último domicilio conyugal. Por ello solicita se eleve la cuota, comprendiendo los \$166.277 que corresponden a las cuotas escolares y \$44.000 por expensas del barrio privado en el que viven actualmente. Por

último, solicita que la cuota se establezca en moneda extranjera.

La cuestión se integra con el dictamen de la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, que mantiene el recurso de su parte de la anterior instancia y solicita la elevación de la partida fijada.

Asimismo, se destaca que además de estos autos se encuentran en la Sala los incidentes N° 1 y 2 para el tratamiento de sendos recursos interpuestos contra la resolución que fijaron la cuota alimentaria provisorio originaria en favor de los tres hijos de las partes en la suma de \$20.000 con más el pago del colegio, la prepa y el alquiler de la vivienda en septiembre de 2019, y contra el decisorio que incrementó la cuota dineraria a la suma de \$30.000 del 20 de abril de 2020. De ahí, entonces, que el tratamiento de los recursos se realice concomitantemente.

II. Es sabido que el carácter meramente transitorio de los alimentos provisionales que contempla el actual art. 544 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (ver anterior art. 375 del Cód. Civil) no los aparta —sin embargo— de la naturaleza propia de la prestación alimentaria, comprensiva de las necesidades de subsistencia, de los materiales (habitación, vestuario, asistencia médica) y las de orden moral y cultural de acuerdo con la condición social del alimentado (conf. art. 541 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y, anteriormente, art. 372 Cód. Civ.; esta Sala r. 277746 del 27/11/1981; r. 28500 del 02/04/1987; entre otros).

Pero, en cambio, los limitan a la atención de necesidades inmediatas e imprescindibles de los beneficiarios, durante el lapso que demande la finalización del proceso; circunstancia esta que justifica acudir al prudente arbitrio jurisdiccional para su estimación provisional y descarta el análisis pormenorizado de los elementos de juicio obrantes en la causa, proyectado a la esfera del resultado definitivo del planteo (conf. CNCiv., esta Sala G, r. 23.400 del 12/08/1986; r. 113746 del 26/06/1992; r. 316972 del 04/06/2001; r. 430083 del 01/07/2005; r. 450614 del 17/03/2006; Expte. N° 79.363/13 del 25/02/2014; N° 91.344/13 del 22/05/2014; N° 112.959/2006/1/1 del 29/05/2015, N° 89.247/2018/1 del 26/09/2019, Expte. N° 24.239/2020 del 19/10/2020, entre muchos otros).

Dicho esto, resulta claro que la valoración se circunscribe a ponderar los elementos con que se cuenta prima facie, elaborar un mínimo perfil del tipo de erogaciones a satisfacer y determinar cuál es el grado de necesidad que justifique o no la prestación.

A fin de establecer la cuantía de la cuota provisional habrá de tenerse en cuenta tan-

to que la ley hace pesar la obligación alimentaria en el padre y en la madre, como los elementos incorporados a la causa a efectos de sopesar los gastos de los hijos en común.

En el análisis preliminar de que se trata debe tenerse en cuenta primordialmente las necesidades de las personas beneficiarias que, en el caso, se trata de los dos hijos menores de las partes de 13 y 10 años, quienes —según se denunció— actualmente viven con su madre en un inmueble ganancial situado en barrio Campo Chico, Escobar, provincia de Buenos Aires. Concurren a un colegio privado y poseen la prepa Swiss Medical.

Debe decirse, en primer lugar, que los eventuales incumplimientos en el pago de la cuota establecida, en principio, dan lugar a su ejecución. De modo que en el caso de que se verifique la falta pago denunciada en el memorial, la actora debería promover las acciones pertinentes, pero eso no justifica —sin más y en este estado— la modificación sustancial que pretende.

Por otro lado, frente al aumento dinerario pretendido resulta insoslayable ponderar el denunciado estado de salud del niño A., quien presenta un retraso cognitivo por el cual necesita de terapias como fonoaudiología y psicopedagogía, concurre a APPI con una maestra integradora (fs. 55).

Con ello y en función del análisis provisional que se efectúa en los incidentes 1 y 2, al solo efecto cautelar, se estima que la alícuota establecida en el pronunciamiento apelado aparece prima facie insuficiente.

De acuerdo con ello, se aprecia prudente hacer lugar a los recursos interpuestos por la madre y la Defensora de Menores y acceder a su pedido de fijación de la cuota en \$50.000, con más el pago en especie del colegio, la prepa Swiss Medical y el pago de las expensas de la vivienda de los hijos de las partes. Esto último, por cuanto el demandado ya no abonaría el alquiler del inmueble que fuera sede del hogar conyugal, cuyo pago en especie integraba la cuota alimentaria provisorio originaria.

Pues bien, tal como se dice en los resolutorios concordantes, aunque no se encuentra acabadamente determinado el caudal económico y la consiguiente capacidad contributiva actual del padre (en rigor, tampoco él dijo a cuánto asciende), más allá de las manifestaciones que ambas partes han realizado al respecto, no debe pasar inadvertido que el progenitor debe contribuir —en la parte que le corresponde— a las ya señaladas necesidades inmediatas e imprescindibles que se encuentran constituidas por las erogaciones relativas a educación, salud, alimentación, vivienda y esparcimiento de los niños.

Por lo demás, el pedido relativo a la moneda en que debe abonarse la cuota provisorio, siendo una cuestión novedosa que se introduce en el memorial, es materia que debiera ser peticionada y decidida primeramente en la instancia de grado (art. 277, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

III. Por lo aquí expuesto, así como en los incidentes, ponderando a la vez el silencio guardado por el alimentante frente al memorial, el Tribunal resuelve: modificar el pronunciamiento apelado, elevando el monto de la cuota alimentaria provisional a pesos cincuenta mil (\$50.000) con más el pago de la institución educativa, la prepa y las expensas de la vivienda donde residen sus hijos. Costas a cargo del alimentante vencido (art. 69 del Cód. Procesal). Regístrese; notifíquese a la Defensora de Cámara y a las partes en sus respectivos domicilios electrónicos (conf. Ley 26.685 y acordadas 31/2011 y 38/2013 CSJN); cúmplase con la Ac. 24/2013, CSJN, y devuélvase mediante pase electrónico a su juzgado de origen. — *Carlos A. Bellucci*. — *Gastón M. Polo Oliveira*. — *Carlos A. Carranza Casares*.

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar tendiente a que la AFIP no reclame el pago del aporte de la ley 27.605. Ausencia de peligro en la demora. Fiscalización en estado inicial. Necesidad de procedimiento de determinación de oficio.

1. - Para el caso del aporte solidario y extraordinario previsto por la ley 27.605 rigen las normas de la ley 11.683 en materia de determinación de oficio —art. 16 y siguientes—, el régimen recursivo previsto en dicha ley —arts. 76, 86 y 165—, y, en su caso, las disposiciones relativas a la ejecución fiscal —art. 92 y siguientes—. [1]
2. - En caso de que no se presente la declaración jurada correspondiente al aporte solidario y extraordinario de la ley 27.605, lo cierto es que la AFIP deberá, a los efectos de determinar dicho aporte y perseguir su consecuente pago, recurrir al procedimiento previsto por el art. 16 y concs. de la Ley de Procedimientos Tributarios.
3. - Solo una vez que, llegado el caso, sea determinado el aporte mediante resolución fundada y hubiera vencido el plazo establecido en dicha resolución

determinativa para su pago—y siempre, en principio, que el accionante no haya deducido el recurso que prevé efectos suspensivos, cfr. art. 165 de la ley 11.683, con el alcance dispuesto por el art. 167 de dicho ordenamiento—, podrá el organismo fiscal acudir a la vía de apremio prevista por la ley 11.683, a los efectos del cobro compulsivo del aporte solidario de la ley 27.605.

4. - No se advierte en el *sub lite* el inminente inicio del procedimiento compulsivo de cobro del aporte de la ley 27.605 por parte del organismo fiscal. Si bien el recurrente acredita, con la documental aportada, que el organismo fiscal ha procedido a iniciar una fiscalización y ha formulado un requerimiento a su parte, de ello no se colige la inminencia inicial de un proceso de cobro, desde que resulta necesario transitar, a tales efectos, por el procedimiento determinativo previo —con la consiguiente resolución de determinación de oficio e intimación de pago—.
5. - No se vislumbra un peligro en la demora derivado de una inmediatez en el comienzo de una ejecución fiscal en contra del contribuyente, si, a tenor de las constancias aportadas, el proceso de fiscalización por el aporte de la ley 27.605 se encuentra en su estado inicial —notificación de la orden de intervención y requerimiento—, debiendo tramitar, con carácter previo a la intimación de pago, el procedimiento de determinación de oficio y, en su caso, a los efectos del inicio del apremio, la etapa recursiva —en el supuesto que esta sea intentada por el contribuyente contra la resolución administrativa por la que se determina el aporte—.
6. - A los efectos de la aplicación de sanciones, previamente el organismo fiscal debe tramitar y sustanciar el respectivo sumario, de conformidad con lo dispuesto por el art. 70 de la ley 11.683, por lo que no se vislumbra, en principio, que dicha imposición de sanciones —que, en caso de estar vinculadas a la determinación del aporte de la ley 27.605, deben ser aplicadas en la misma resolución determinativa, a tenor de lo dispuesto por el art. 74 de la ley 11.683— sea inminente —ello, dejando de lado, por lo demás, el régimen recursivo previsto en materia infraccional por la ley 11.683—.
7. - No se vislumbra que pueda resultar inminente la realización de la denuncia contemplada por el art. 18 del Título IX, “Régimen Penal Tributario” de la ley 27.430, en tanto esta norma prevé que el organismo recaudador formulará su denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria, si la fiscalización se encuentra en su etapa inicial —por el aporte de la ley 27.605—.
8. - No se advierte que las consecuencias disvaliosas que podrían derivarse *prima facie* de la aplicación de las normas impugnadas —ley 27.605— puedan resultar de imposible reparación ulterior. Es que, llegado el caso, el actor siempre puede reclamar —por la vía que corresponda— la restitución de lo pagado en concepto de aporte solidario y extraordinario.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 26/04/2022. - De Orelli de Acevedo, María Matilde c. EN - AFIP - Ley 27.605 s/ proceso de conocimiento.

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, “Wertheim, Daniel c. EN-AFIP-DGI-Ley 27.605 s/ inc. apelación”, 25/02/2022, TR LALEY AR/JUR/13320/2022

2ª Instancia.- Buenos Aires, 26 de abril de 2022.

Considerando:

1º) Que mediante la resolución de fecha 20 de septiembre de 2021, el Sr. juez de la instancia de origen rechazó la medida cautelar solicitada por la Sra. María Matilde de Orelli —en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad—, a los efectos que se ordenara al Estado Nacional —Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)—, que, por el término de seis meses establecido por el art. 5 de la ley 26.854, sin perjuicio de las sucesivas prórrogas que se solicitaran: i) se abstuviera de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo y/o procedimiento administrativo de fiscalización y/o determinación de oficio y/o judicial, así como también de aplicar o ejecutar multas o trabar cualquier tipo de medida cautelar administrativa o judicial y/o iniciar acciones bajo la ley del régimen penal tributario (ley 27.430) en relación a su parte, en concepto del Aporte Solidario y Extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia (ley N° 27.605) que *prima facie* se exhibía como ilegítimo; ii) se aclarase que la referida prohibición de innovar alcanzaba a cualquier forma indirecta de coerción para la percepción del aporte controvertido, como la registración por parte de AFIP de dicho saldo en “Cuentas Tributarias”, la negativa por parte de AFIP de expedir libre deuda y/o constancia de inscripción o su bloqueo, y/o la exclusión de algún registro especial, y/o la inhabilitación de CUIT.

Para así decidir, luego de sintetizar las postulaciones de la parte actora y de señalar que la demandada no había presentado el informe previsto por el art. 4º de la ley 26.854, aclaró que los principales argumentos utilizados por la accionante para sustentar su petición, se centraban en la presunta afectación de derechos y garantías constitucionales, en que el aporte extraordinario resultaba confiscatorio si se tenía en cuenta lo que ya se debía pagar en concepto del impuesto sobre los bienes personales y el impuesto a las ganancias, y al hecho de que el pago del aporte la causaría un grave daño a su manutención en un futuro

Recordó los presupuestos que hacían a la procedencia de las medidas del tipo de la solicitada.

Puntualizó que la Sra. de Orelli intentaba imponer en el estrecho marco cognoscitivo de esta acción, un discernimiento sobre cuestiones que, por su índole, excedían el ámbito de conocimiento propio de una medida cautelar.

Apuntó que ello era así, por cuanto la actora pretendía que se tuviera por probado, con las constancias acompañadas con la demanda, el hecho en el que en definitiva fundaba su pretensión; es decir, que el aporte solidario y extraordinario instituido con el dictado de la ley 27.605, constituía un tributo y —como tal— implicaba una doble imposición sobre una misma capacidad contributiva, a la par de considerarlo inconstitucional y confiscatorio.

Advirtió que la verosimilitud del derecho debía surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, siendo

improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculaban a las partes, ya que su naturaleza y extensión habían de ser dilucidadas con posterioridad.

Sostuvo que no debía confundirse la tutela cautelar con la declaración del derecho que se pudiera pretender en el proceso principal; a lo que se debía agregar que si los jueces estuvieran obligados a extenderse en consideraciones al respecto —como ocurriría en los presentes actuados, como paso previo para determinar la procedencia de la cautela requerida—, peligraría la carga que pesaba sobre ellos de no prejuzgar.

Añadió que dicha conclusión se veía reafirmada por cuanto lo peticionado se fundaba en la presunta inconstitucionalidad de una norma dictada por el Congreso Nacional, en donde el examen del requisito del *fumus boni juris* importaría —necesariamente— avanzar sobre la cuestión de fondo para determinar la ilegalidad o inconstitucionalidad que alegaba la parte actora, de necesaria constatación para conferir virtualidad a la medida solicitada.

Destacó que, por otra parte, el alcance de la medida requerida proyectaría sus efectos sobre el fondo de la cuestión controvertida, constituyendo un supuesto varias veces analizado por el Alto Tribunal, quien había precisado que correspondía atenerse a un análisis estricto de los presupuestos de viabilidad cuando —como en el caso— se solicitaba una medida cautelar anticipatoria que constituía una decisión excepcional porque alteraba el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado, y configuraba un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa.

Hizo referencia a la doctrina del Alto Tribunal en el sentido que el análisis de la procedencia de medidas cautelares suspensivas en materia tributaria debía efectuarse —como regla— con particular estrictez, por la inevitable afectación que su otorgamiento producía sobre la hacienda pública.

Aludió también la reciente doctrina del Máximo Tribunal, plasmada en la causa “Recurso de Hecho Deducido por la demandada en la causa Tabacalera Sarandí S.A. c/ EN - AFIP - DGI S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”, sentencia del 13 de mayo de 2021.

Reparó en que, sin perjuicio que la conclusión antes expuesta —en orden a la falta de configuración de la verosimilitud en el derecho— resultaba suficiente para proceder al rechazo de la precautoria requerida, tampoco se encontraba suficientemente acreditado el peligro en la demora.

Luego de precisar que el *periculum in mora* exigía la probabilidad de que la tutela jurídica que eventualmente la parte actora obtuviera mediante el pronunciamiento de fondo a dictarse, no pudiera —en los hechos— realizarse, afirmó, con cita en abundante jurisprudencia, que en el *sub examine* debía concluirse que también correspondía rechazar la precautoria peticionada, en atención a que no se había acreditado de modo suficiente un peligro particularizado en la demora que justificara su dictado

Puso de resalto que si bien la parte actora destacó que el perjuicio radicaba en que en un futuro se vería afectada su manutención, lo cierto era que dicha parte no acreditó que la falta de otorgamiento de la cautela solicitada le provocara un gravamen que difícilmente podría revertirse en el supuesto de que la sentencia final de la causa admitiese su pretensión.

2º) Que contra dicha resolución, la actora interpuso el recurso de apelación el 27 de septiembre de 2021 y presentó el pertinente memorial el 12 de octubre de 2021 —ver “FUNDA APELACION [12/10/2021 12:13]”. La AFIP contestó el pertinente traslado el 4 de marzo de 2020 —ver AFIP CONTESTA AGRAVIOS [04/03/2022 19:43]—.

3º) Que la recurrente se agravia, en primer lugar, por cuanto el Sr. juez ha considerado, a los efectos de denegar la tutela requerida, que hay identidad entre el objeto de la medida cautelar y la acción de fondo intentada.

Manifiesta que esta apreciación resulta incorrecta, puesto que la medida cautelar solicitada no se superpone con el objeto principal, en tanto mediante la primera se pretende obtener una suspensión provisional de toda actividad por parte de la demandada que importe el propósito de ejecución del gravamen cuestionado (de manera de impedir que la situación de hecho actual se modifique en perjuicio de su parte y se concrete el daño o el desapoderamiento durante la sustanciación del litigio), mientras que la pretensión de fondo es lisa y llanamente que se haga cesar el estado de incertidumbre existente en relación a la legitimidad y aplicación respecto de la contribuyente del gravamen en cuestión, y que se declare la inconstitucionalidad de las normas que se reputan ilegítimas.

En este aspecto, aclara que el objeto de la pretensión cautelar persigue que no se vea afectado su estado económico actual mediante el inicio de acciones tendientes a reclamar el cobro del impuesto y que no se la sancione o denuncie penalmente por el no ingreso del mismo en el lapso que se resuelva la acción incoada, lo que tornaría inútil la sentencia que se dicte en el proceso principal; pero de ninguna manera consiste en que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.605 y demás normas reglamentarias y complementarias, ni que se confirme que dichas normas lesionan el derecho de propiedad y los principios de no confiscatoriedad, legalidad, capacidad contributiva, igualdad y razonabilidad, entre otros, consagrados en la Constitución Nacional.

Señala que la admisión de la cautela no impide la recaudación de los ingresos fiscales, sino que solo los limita temporariamente hasta que medie pronunciamiento definitivo, por lo cual, con su concesión solo se habrá demorado la recaudación del tributo que se reputa inconstitucional.

Concluye así que la circunstancia que se disponga la medida cautelar solicitada no importará un pronunciamiento anticipado sobre la cuestión de fondo, sino solamente, hacer efectiva la tutela judicial efectiva a la que alude la Convención Interamericana de Derechos Humanos y demás tratados con rango constitucional que ha suscripto nuestro país.

En segundo lugar, se agravia por cuanto el Sr. juez considera que la concesión de la medida resulta susceptible de producir una afectación sobre la hacienda pública.

Recalca que, contrariamente a lo afirmado por el Sr. juez, la tutelar requerida solo representaría un diferimiento en la percepción del impuesto en caso que la sentencia fuera adversa a la pretensión de la actora, y siendo que sus alcances se circunscriben al caso concreto, no comprende un monto que desde la óptica del Presupuesto Nacional pueda representar una alteración a la normal percepción de la renta pública, contrariamente a lo nocividad e irreparabilidad que significa para el patrimonio de su parte.

Cita jurisprudencia en aval de su tesitura.

En tercer lugar, se queja porque el Sr. juez sostiene su tesitura denegatoria de la medida cautelar peticionada, basándose en un fundamento dogmático consistente en que las cuestiones aquí ventiladas requieran un discernimiento que excede el estrecho margen cognoscitivo de una medida cautelar,

Alega que tal razonamiento evidencia la arbitrariedad del decisorio atacado, al valerse de fundamentos meramente teóricos y abstractos que podrían ser reproducidos en cualquier otro expediente, y que no se condicen con las constancias de la causa.

Aclara que el argumento consistente en que el aporte solidario es idéntico al impuesto sobre los bienes personales no fue introducido por su parte en los presentes obrados.

Cuestiona que en la resolución apelada se desecha la verosimilitud del derecho, sin adentrarse preliminarmente en los concretos cuestionamientos realizados por su parte, relativos a que las normas atacadas vulneran el principio de no confiscatoriedad (art. 17 CN) en tanto la gabela objetada importa la absorción de una porción sustancial de la renta del período fiscal 2020 de la contribuyente, siendo que dicho agravio se ve acrecentado al adicionarse la incidencia de la carga fiscal de los impuestos sobre los bienes personales y a las ganancias (período fiscal 2020), habiéndose respaldado tal postulación con el “Informe de Aseguramiento Razonable de Contador Público sobre la Incidencia del Aporte Solidario y Extraordinario” (*sic*).

Destaca que en lo atinente al planteo de confiscatoriedad insinuado en la pretensión de declarativa de inconstitucionalidad, su parte ha acompañado, a título de prueba documental, el informe contable antes señalado, en el que se dejó constancia de lo siguiente: (i) la cuantía de la obligación a satisfacer tanto en concepto de aporte como en lo que respecta a la estimación del impuesto sobre los bienes personales (ingresado de forma personal y a través del régimen del responsable sustituto) y el impuesto a las ganancias/impuesto cedular del ejercicio 2020; (ii) la composición y valuación de los activos alcanzados; (iii) la determinación de la rentabilidad real y potencial del ejercicio; (iv) el análisis de confiscatoriedad pura y global que demuestra la incidencia del nuevo tributo individual y conjuntamente considerado, respecto de dicha renta y del capital de titularidad de su parte, y que acredita el grado de afectación del derecho de propiedad.

Apunta que el informe contable indicado, da cuenta que el monto de \$ 50.601.639,76 que debería tributar su parte en concepto de aporte solidario, representa una incidencia del 83,47% sobre la rentabilidad real o percibida de los bienes gravados, y del 55,52% de la renta neta total de los activos en el ejercicio 2020.

Relata que dicho vicio constitucional se ve acrecentado si se analiza la carga fiscal global, al adicionarse el impuesto sobre los bienes personales —período fiscal 2020— con más la carga económica del régimen de responsable sustituto del impuesto sobre los bienes personales sobre participaciones societarias, por un lado, y el impuesto a las ganancias —impuesto cedular—, por el otro.

Afirma que, así, con lo dictaminado en el informe contable se acreditan los parámetros pretorianos delineados por el Máximo Tribunal en relación a la confiscatoriedad de los tributos patrimoniales, en tanto se

desprende que el aporte solidario (ya sea considerado en forma aislada o en conjunto con los impuestos antes mencionados) deriva en una absorción exponencialmente superior al porcentaje del 33% de la renta de los bienes que se encuentran gravados.

Cita jurisprudencia atinente a la confiscatoriedad.

Recalca que en relación con la fuerza probatoria de los informes expedidos por profesionales de las Ciencias Económicas, en casos análogos al presente, la justicia federal del interior del país ya se ha pronunciado favorablemente, considerándola un elemento probatorio dirimente al momento de evaluar la verosimilitud en el derecho. En este punto, menciona los fallos que entiende avalan su afirmación, y señala que los lineamientos allí expuestos son íntegramente trasladables al *sub lite*, máxime cuanto la demandada omitió presentar el informe del art. 4 de la ley 26.854.

Hace referencia a la metodología empleada para confeccionar el informe contable adjuntado como prueba y aduce que aquella es la misma de la que se valdría un perito contador en el marco de una prueba pericial contable oficial, cuyo dictamen se realiza en función de los puntos periciales (metodología) propuestos por cada una de las partes, sirviéndose de la información de carácter fiscal y contable que aporta cada una de ellas.

Entiende que existen elementos objetivos con aptitud idónea para sostener preliminarmente la confiscatoriedad de la gabela cuestionada en el caso concreto, y que estos son las serias y concordantes conclusiones vertidas en el informe contable presentado por su parte.

En orden al quebrantamiento del principio de igualdad ante ley, señala que el Sr. juez de grado omitió tratar los planteos articulados por su parte. Dice que la verosimilitud en el derecho cuenta con un contundente respaldo de una amplia familia de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se han pronunciado por la inconstitucionalidad de normas impositivas locales que establecían un tratamiento fiscal más gravoso en función del domicilio del contribuyente, discriminando con alcúotas más elevadas (diferenciales) a contribuyentes ubicados por fuera de la jurisdicción provincial. Cita fallos en aval de su tesitura. Recalca que el hecho de que un contribuyente posea bienes en el exterior no es demostrativo de mayor riqueza o capacidad contributiva en relación a otro contribuyente alcanzado por el impuesto que posea bienes de la misma o similar cuantía ubicados en el país, por lo cual el tratamiento diferencial otorgado por el régimen cuestionado en autos, lejos está de encontrar como basamento un elemento objetivo y razonable, sino que se trata de una discriminación hostil contra aquellos contribuyentes que han diversificado los activos que componen su patrimonio en el país y el extranjero.

Esgrime que, asimismo, sobre los cuestionamientos esbozados por su parte respecto a la afectación de la garantía innominada de la razonabilidad y del propósito perseguido con la sanción de la ley 27.605, la sentencia apelada omite toda consideración respecto a la manifiesta desvinculación de la aplicación del producido del aporte solidario (según lo establecido en el art. 7°) a fines diferentes a los que justifican su creación (para “ayudar a morigerar los efectos de la pandemia”). Explica que, en efecto, la sentencia apelada prescinde de toda valoración acerca de que el 80% del producido del aporte se encuentra afectado a destinos que no poseen una directa vinculación con la pandemia.

Expone, por otra parte, que el Sr. juez pretende fundamentar su negativa a otorgar la medida peticionada, en lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal en la causa “Tabacalera Sarandí S.A.”. Señala que el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal emitido en dicha causa —que la CSJN comparte en todos sus términos—, descartó que la imposición de importes “mínimos” fijados por la ley fuesen confiscatorios o afectaran el derecho de propiedad debido a que no se había ofrecido prueba alguna dirigida a cuantificar la gravitación que el pago del tributo tendría sobre la renta o sobre el patrimonio de la allí actora. Aclara que en el presente caso, por el contrario, la confiscatoriedad alegada se desprende no ya de meros argumentos de esta parte desarrollados en el escrito de inicio, sino de un informe contable expedido por un profesional de ciencias económicas dirigido a cuantificar la gravitación que el pago del tributo tendría sobre la renta o sobre el patrimonio, esto es, dirigido a demostrar —al menos preliminarmente— la absorción sustancial del capital o de la renta de su parte como consecuencia del tributo cuestionado.

En cuarto lugar, se agravia por cuanto el Sr. magistrado considera que no se encuentra configurado el requisito de peligro en la demora.

Asevera que tal razonamiento es totalmente desajustado a derecho, y prescinde de las constancias arrimadas a la causa.

Aclara que su parte en ningún momento ha invocado como sustento de su pretensión el hecho de que el aporte solidario causaría un grave daño a su manutención. Dice que, lejos de exponer tal argumento —que claramente se vincula a otra causa distinta a la de autos—, su parte ha acompañado con el escrito de inicio, un informe de aseguramiento como prueba documental, del que surge concretamente una indudable e ilegítima absorción de una parte sustancial de la propiedad, lo que permite tener por acreditada la confiscatoriedad del aporte en el caso concreto.

Cita jurisprudencia.

Pone de relieve que, en el presente caso, se está ante una contribuyente —persona humana—, que se ve alcanzada por un impuesto patrimonial (el aporte solidario), y que no cuenta con la liquidez propia del giro de una gran empresa, por lo que el monto del gravamen en juego (\$50.601.639,76), con más los intereses y multas que eventualmente sean aplicados en el proceso determinativo, tienen entidad suficiente como para conmover su patrimonio.

Hace hincapié en que tal situación amerita una tutela rápida y efectiva de los derechos de su parte, de tal suerte que “... de no brindársele una tutela suficiente y precatoria al actor a través de un proceso rápido y expedito, el prolongado tiempo que dure la tramitación del proceso podría aniquilar sus derechos constitucionales de acceso a la justicia y propiedad” (*sic*).

Patentiza que, por otro lado, el efecto suspensivo de la vía recursiva de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación lejos está de funcionar como una herramienta eficaz para disuadir el riesgo denunciado *ut supra*, por diversas razones: - en primer lugar, porque el Tribunal Fiscal tiene vedada la prerrogativa de pronunciarse sobre la falta de validez constitucional de las normas, siendo que la presente litis versa sobre la inconstitucionalidad de la ley 27.605 y demás normas reglamentarias y complementarias; - en segundo lugar, por cuanto en caso de rechazarse el recurso de apelación y confirmarse la resolución determinativa de oficio —por la prohibición

de expedirse sobre la inconstitucionalidad de una norma—, el recurso de apelación que se interpone ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal tiene efecto devolutivo, por lo cual ante dicho escenario la AFIP se encontraría en condiciones de librar boleta de deuda y ejecutar compulsivamente la misma; - en tercer lugar, por cuanto el efecto suspensivo inherente al recurso ante el Tribunal Fiscal se circunscribe a la ejecutividad de la deuda, pero no obsta a que AFIP en ejercicio de las prerrogativas contenidas en el art. 111 de ley 11.683, trabe medidas cautelares de carácter preventivo.

Manifiesta que, adicionalmente, el peligro en la demora se da por el hecho de que en caso de que se avance con el procedimiento de determinación de oficio, atento que en el sub examine la inspección ya está iniciada, “... la AFIP va a proceder a formular una denuncia penal tributaria en los términos de la Ley 27.430 atento que el monto del Aporte supera el monto objetivo de punibilidad en materia delictual encuadrando ‘prima facie’ en un supuesto de evasión simple” (*sic*).

Concluye que, por ende, la vía recursiva de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, de ninguna manera es apta o idónea para enervar el peligro en la demora postulado. Añade que el presente es un proceso ordinario, con extensos plazos de tramitación, por lo que su razonable extensión torna previsible que, en dicho intervalo, la AFIP inicie el procedimiento de determinación de oficio,

Dice que la acción de repetición no constituye una alternativa idónea en orden a evitar el daño sobre la capacidad económica de la accionante, puesto que dicha vía presupone el pago previo de la obligación, o sea, la consumación del perjuicio que se trata de prevenir; máxime si se tiene presente la cuantía de la suma comprometida en el caso. Añade que el actual contexto de la economía de nuestro país, las exiguas tasas de interés previstas para el cálculo de las sumas repetidas y los prolongados tiempos judiciales que insumirá agotar el proceso correspondiente, terminarán erosionando la supuesta efectividad de ese camino procesal.

En subsidio, para el eventual e improbable caso que se confirme la resolución apelada, solicita se lo exima de las costas, en tanto su parte contaba con razones suficientes y valederas para promover el presente incidente cautelar.

4°) Que al contestar el traslado del memorial, el Fisco Nacional replica los agravios de su contraria, en los términos que surgen de la presentación del 4 de marzo de 2022, a la que cabe remitir, en atención a la brevedad.

5°) Que la Sra. María Matilde de Orelli promovió la presente acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad, conforme a las disposiciones del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos, Dirección General Impositiva (AFIP-DGI), a fin de que se declarara inconstitucional e ilegítima la aplicación respecto a su parte de la ley 27.605, del “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pandemia”, junto con su decreto reglamentario N° 42/2021 y la normativa complementaria dictada por la AFIP (resoluciones generales N° 4930/2021 y 4954/2021), en cuanto le imponían la obligación de ingresar el denominado “Aporte Solidario y Extraordinario”; todo ello en virtud de la vulneración de derechos y garantías de raigambre constitucional que se configuraba en el presente caso, en parti-

cular los consagrados en los artículos 4, 14, 16, 17, 19, 28 y 33 de la Constitución Nacional, lo que solicitó así se declarase, con expresa imposición de costas —ver escrito de demanda, Capítulo II. Objeto—.

De manera adicional y subsidiaria, petitionó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la ley 27.605 y normas reglamentarias, en tanto preveían un tratamiento diferencial de alcuotas en razón del lugar de localización de los bienes (en el país o en el exterior) que vulneraba los principios de igualdad, razonabilidad, capacidad contributiva en materia tributaria, consagrados en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 28 y 33), y en consecuencia se dispusiera que respecto de los activos sitos en el exterior resultaría aplicable la alícuota que correspondiera según la escala prevista en el art. 4 de la Ley 27.605 para bienes del país.

En dicho marco, a los efectos de evitar un ilegítimo desapoderamiento de sus bienes y la consumación del perjuicio económico que la aplicación del bloque normativo cuestionado le irrogaría, con lesión a su derecho de propiedad y a los principios constitucionales invocados, solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar, mediante la cual se ordenara al Estado Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)- "... lo siguiente: i) Se abstenga de iniciar y/o proseguir en relación a la contribuyente Sra. María Matilde de Orelli cualquier reclamo y/o procedimiento administrativo de fiscalización y/o determinación de oficio y/o judicial en concepto del gravamen que prima facie se exhibe ilegítimo, así como también de aplicar o ejecutar multas o trabar cualquier tipo de medida cautelar administrativa o judicial en resguardo de ese supuesto crédito y/o iniciar a su respecto acciones bajo la ley del régimen Penal Tributario (Ley 27.430); ii) Se solicita que este Tribunal aclare que la referida prohibición de innovar alcanza a cualquier forma indirecta de coerción para la percepción del Aporte controvertido, como la registración por parte de AFIP dicho saldo en 'Cuentas Tributarias', la negativa por parte de AFIP de expedir libre deuda y/o constancia de inscripción o su bloqueo, y/o la exclusión de algún registro especial, y/o la inhabilitación de CUIT (Confr. CSJN, 'Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de certeza', sentencia del 15 de mayo de 2012; CSJN 'Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de certeza', sentencia del 29 de abril de 2015); todo ello por el plazo de 6 meses establecido por el art. 5 de la Ley 26.854, sin perjuicio de las sucesivas prórrogas que se soliciten"—*sic*— (ver escrito de demanda, capítulo VIII).

Aludió a: la admisibilidad de medidas cautelares en el marco de acciones de mero declarativas; a la procedencia de dichas medidas en materia tributaria; a la concurrencia de los recaudos para la procedencia de la tutela solicitada (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora); a la falta de afectación de interés público (todo ello, en los términos expuestos en el capítulo VIII del escrito de inicio, a los que cabe remitir en atención a la brevedad).

Señaló que acompañaba como prueba documental, la siguiente: 1) anexo A: copia del poder que acreditaba la personería; 2) anexo B: constancia de inscripción en AFIP correspondiente a la actora; 3) anexo C: copia del formulario F.8000/I N° 0760002021021769207, correspondiente a la OI N° 1924475 y requerimientos cursados al contribuyente; 4) anexo D: copia del "Informe de Aseguramiento Razonable de Contador Público sobre la Incidencia del Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pan-

demia - Ley 27.605". Asimismo, ofreció la prueba pericial contable.

Entre la instrumental aportada, se encuentran, en lo que aquí interesa: - la copia del informe contable; - la copia del formulario F:8000/I, de fecha 23 de abril de 2021, por la que se comunica el inicio de la fiscalización a la contribuyente DE ORELLI MARÍA MATILDE (O.I. N° 1924475); - la copia del formulario F:8000/I, fechado el 23 de abril de 2021, por la cual se formula un requerimiento a la contribuyente indicada, en el marco de la O.I. antes aludida y por el aporte señalado -ver "ANEXOS A, B, C Y D [29/06/2021 13:40]" -.

6º) Que mediante la ley 27.605 se dispone: "[c]réase, con carácter de emergencia y por única vez, un aporte extraordinario, obligatorio, que recaerá sobre las personas mencionadas en el artículo 2º según sus bienes existentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, determinados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley" (ver art. 1º).

Los sujetos alcanzados por el mencionado aporte son los enunciados en el art. 2º de dicha ley, mientras que los arts. 3º a 5º prevén las cuestiones atinentes a la base de la determinación y forma de cálculo del mencionado aporte.

El art. 6º define el concepto de "repatriación" y el art. 7º contempla los destinos a los que será aplicado el producido de lo recaudado en concepto de aporte solidario. El art. 8º prescribe que el Poder Ejecutivo nacional deberá realizar una aplicación federal de los fondos recaudados.

Por otra parte, el art. 9º prevé que:

"Artículo 9º. - La aplicación, percepción y fiscalización del presente aporte estará a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, y el Régimen Penal Tributario del título IX de la ley 27.430 y sus modificaciones.

Asimismo, facúltase a la Administración Federal de Ingresos Públicos a dictar las normas complementarias para la determinación de plazos, formas de ingreso, presentación de declaraciones juradas y demás aspectos vinculados a la recaudación de este aporte.

Cuando las variaciones operadas en los bienes sujetos al aporte, durante los ciento ochenta (180) días inmediatos anteriores a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, hicieran presumir, salvo prueba en contrario, una operación que configure un ardid evasivo o esté destinada a eludir su pago, la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá disponer que aquellos se computen a los efectos de su determinación".

Por último, mediante el art. 10 se dispone que la ley comenzará a regir el día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Ha de apuntarse, por otra parte, que mediante los decretos 1024/2020 y 42/2021 el PEN promulgó y reglamentó, respectivamente, la ley 27.605 y que, asimismo, en relación con el aporte solidario y extraordinario, la AFIP dictó las resoluciones generales Nros. 4930/2021, 4942/2021, 4945/2021, 4960/2021, 4996/2021, 5000/2021, 5052/2021 y 5101/2021.

Así, en la R.G. 4930/2021 la Sra. Administradora Federal dispone que "[l]os sujetos alcanzados —y en su caso, los responsables sustitutos— deberán cumplir con la presentación de la declaración jurada e in-

gresar el aporte solidario y extraordinario por la totalidad de los bienes, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4º y 5º de la ley, cuando el valor de los mismos supere los PESOS DOSCIENTOS MILLONES (\$ 200.000.000.-)." -ver el art. 4º de la citada resolución-. Y, mediante la R.G. (AFIP) 4954/2021, establece que "[e]l vencimiento de las obligaciones de presentación de la declaración jurada y de pago, del aporte solidario y extraordinario previsto en la Ley N° 27.605 por parte de las personas humanas y las sucesiones indivisas indicadas en el artículo 2º de la mencionada ley, operará —en sustitución de lo previsto en la Resolución General N° 4.930 y su complementaria— el 16 de abril de 2021, inclusive".

7º) Que, precisados los términos de la pretensión cautelar de la accionante, reseñados los fundamentos de la sentencia de grado y los agravios de la recurrente y efectuada una breve referencia a la normativa involucrada en autos, interesa poner de relieve, a esta altura, que para la admisión de la medida cautelar solicitada deben encontrarse verificados los requisitos atinentes a la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora.

En este aspecto, cabe precisar que si bien es cierto que los dos requisitos exigidos por el art. 230 del C.P.C.C.N. se hallan relacionados de modo tal que, a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente en la demostración de la verosimilitud del derecho y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente tal peligro en la demora, se haya probado en forma mínima el *fumus boni iuris*; no pudiendo ser concedida la medida cautelar cuando no se ha podido demostrar la configuración de los mencionados recaudos.

Al respecto, se ha sostenido reiteradamente que los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del peligro en la demora y viceversa, sin embargo, lo cierto es que ambos recaudos deben hallarse siempre presentes (cfr. esta Sala en los autos "Digital Ventures SRL - Inc. Mec.- c/ EN - AFIP DGI Resol. 92/11 s/proceso de conocimiento", expte. N° 12.181/2012, sentencia del 03/05/2012, y sus citas).

Dicho de otro modo, la viabilidad de la medida exige la presencia de ambos recaudos previstos en el art. 230 del C.P.C.C.N. (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), por lo que, sin perjuicio de la apreciación en torno al modo e intensidad en que pueden presentarse en cada supuesto en particular, la ausencia de uno de ellos impide el dictado de la cautelar (ver esta Sala, en otra integración in re "Unión de Usuarios y Consumidores- Inc Med c/ EN - SCI Resol 175/07 - SCT - Resol 9/04 s/proceso de conocimiento", del 18/2/08; y en su anterior composición in re "Refosco José -Inc Med (28-V-10) c/ EN - Mº Justicia RENAR- Resol 1992/09 s/proceso de conocimiento", del 22/2/2011; y en su actual integración, en los autos "The House Group SA c/EN -AFIP- DGI- Resol 167/11 s/Dirección General Impositiva", expte. N° 9994/2012, del 12/8/2014, entre otros).

8º) Que a la luz del criterio señalado en el considerando que antecede, cabe adelantar que en el sub examine no se advierte que se encuentre acreditado el peligro en la demora.

Es que, tal como se desprende de lo expuesto en el considerando 6º), la ley 27.605 prevé, en lo que aquí interesa, que "[l]a aplicación, percepción y fiscalización del presente aporte estará a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, resultando de aplicación supletoria

las disposiciones de la ley 11.683..." (*sic*). Y, en consonancia con ello, el art. 4º de la R.G. (AFIP) 4930/2021, establece que los contribuyentes deben presentar la correspondiente declaración jurada e ingresar el aporte solidario y extraordinario.

En tales condiciones, rigen para el caso, las normas de la ley 11.683 en materia de determinación de oficio (art. 16 y siguientes), el régimen recursivo previsto en dicha ley (arts. 76, 86 y 165), y, en su caso, las disposiciones relativas a la ejecución fiscal (art. 92 y siguientes).

Así, no debe perderse de vista que conforme lo establece el art. 16 de la ley 11.683 —en lo que aquí importa—, "[c]uando no se hayan presentado declaraciones juradas o resulten impugnables las presentadas, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS procederá a determinar de oficio la materia imponible o el quebranto impositivo, en su caso, y a liquidar el gravamen correspondiente, sea en forma directa, por conocimiento cierto de dicha materia, sea mediante estimación, si los elementos conocidos solo permiten presumir la existencia y magnitud de aquella".

En el procedimiento de determinación de oficio se contempla una vista al contribuyente, en la que este puede interponer las defensas que estime corresponder y ofrecer las pruebas de las que intente valerse (art. 17 de la ley 11.683); procedimiento que dará lugar, en su caso, y una vez evacuada la vista o transcurrido el término otorgado para ello, al dictado, por parte del juez administrativo, de la resolución fundada por la que se determinará el tributo y se intimará a su pago dentro del término de quince días (art. 17 de la ley 11.683).

Por otra parte, contra la resolución determinativa, la ley de rito establece el régimen recursivo pertinente. Y, en el caso del recurso previsto por el art. 165 de la ley 11.683 por ante el Tribunal Fiscal de la Nación, el aludido ordenamiento legal señala que "[l]a interposición del recurso no suspenderá la intimación de pago respectiva, que deberá cumplirse en la forma establecida por la ley, salvo por la parte apelada" (art. 167 de la ley 11.683); ello, con excepción de los supuestos en los que el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación sea manifiestamente improcedente, en cuyo caso, no se suspenderán los efectos del acto, de conformidad con el último párrafo del citado precepto de la ley 11.683, incorporado por la ley 27.430.

Es decir que, en caso de que no se presente la declaración jurada correspondiente al aporte solidario y extraordinario (se recuerda que conforme lo dispuesto por R.G. AFIP N° 4954/2021, "[e]l vencimiento de las obligaciones de presentación de la declaración jurada y de pago, del aporte solidario y extraordinario previsto en la Ley N° 27.605 por parte de las personas humanas y las sucesiones indivisas indicadas en el artículo 2º de la mencionada ley, operará —en sustitución de lo previsto en la Resolución General N° 4.930 y su complementaria— el 16 de abril de 2021, inclusive" -ver art. 1º-), lo cierto es que la AFIP deberá, a los efectos de determinar dicho aporte y perseguir el consecuente pago del mismo, recurrir al procedimiento previsto por el art. 16 y concordantes de la ley de procedimientos tributarios.

Y, únicamente una vez que, llegado el caso, sea determinado el aporte mediante resolución fundada y hubiera vencido el plazo establecido en dicha resolución determinativa para el pago del mismo (y siempre, en principio, que el accionante no haya deducido el recurso que prevé efectos suspensivos —art. 165 de la ley 11.683, con el alcance dispuesto por el art. 167 de dicho

ordenamiento—), podrá el organismo fiscal acudir a la vía de apremio prevista por la ley 11.683, a los efectos del cobro compulsivo de dicho aporte solidario.

Por ser ello así, no se advierte en el sub lite el acaecimiento inminente del inicio del procedimiento compulsivo de cobro por parte del organismo fiscal.

En este aspecto, si bien la recurrente acredita mediante la documental aportada con la demanda, que el organismo fiscal ha procedido a iniciar una fiscalización y ha formulado un requerimiento a su parte, de ello no se colige la inminencia en el inicio de un proceso de cobro, desde que, tal como se describe en los párrafos precedentes, resulta necesario transitar, a tales efectos, por el procedimiento determinativo previo (con la consiguiente resolución de determinación de oficio e intimación de pago).

Es así que, por otra parte, en el sub examine, no se vislumbra un peligro en la demora derivado de una inmediatez en el inicio de una ejecución fiscal en contra de la contribuyente, desde que, a tenor de las constancias aportadas —a la fecha— en autos, el proceso de fiscalización se encuentra en su estado inicial —notificación de la orden de intervención y requerimiento indicados más arriba—, debiendo tramitar, con carácter previo a la intimación de pago, el procedimiento de determinación de oficio y, en su caso, a los efectos del inicio del apremio, la etapa recursiva —en el supuesto que esta sea intentada por el contribuyente contra la resolución administrativa por la que se determina el aporte— señalada en los párrafos que anteceden.

Desde esta perspectiva, también ha de resaltarse que, a los efectos de la aplicación de sanciones, previamente el organismo fiscal debe tramitar y sustanciar el respectivo sumario, de conformidad con lo dispuesto por el art. 70 de la ley 11.683, por lo que en el presente estado inicial en el que se encontraría la fiscalización, no se vislumbra, en principio, que dicha imposición de sanciones —que en caso de estar vinculadas a la determinación del aporte, deben ser aplicadas en la misma resolución determinativa, a tenor de lo dispuesto por el art. 74 de la ley 11.683— sea inminente (ello, dejando de lado, por lo demás, el régimen recursivo previsto en materia infraccional por la ley 11.683).

En línea con cuanto se lleva expuesto, ha de repararse en que tampoco se vislumbra que pueda resultar inminente la realización de la denuncia contemplada por el art. 18 del Título IX, “Régimen Penal Tributario” de la ley 27.430, en tanto esta norma prevé, en lo que aquí interesa, que “[e]l organismo recaudador formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria ...”, siendo que, como se dijo, la fiscalización se encuentra en su

etapa inicial —ver, en sentido concordante, esta Sala en los autos “Incidente N° 1 - ACTOR: Spinadel, Pablo DEMANDADO: EN AFIP - ley 27605 s/ inc apelación”, expte. N° 7940/2021/1, sentencia del 28 de septiembre de 2021 y “Gancedo, Andrés c/ EN - AFIP - ley 27605 s/proceso de conocimiento”, expte. N° 3221/2021, sentencia del 1° de octubre de 2021—.

9°) Que en orden a la queja atinente a que el efecto suspensivo de la vía recursiva de la apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación no funciona como una herramienta eficaz para disuadir el riesgo denunciado en autos y las demás afirmaciones relacionadas con el procedimiento previsto por la ley 11.683 para dicha vía, cabe apuntar que las manifestaciones ensayadas en este punto en nada obstan a los fundamentos brindados en el considerando que antecede para concluir que no se encuentra acreditado el peligro en la demora.

Ello, por cuanto, más allá de lo señalado por la recurrente, lo cierto es que, con carácter previo al recurso por ante el Tribunal Fiscal a los efectos de requerir el pago del aporte se deberá transitar —tal como se dijo— por el procedimiento de determinación de oficio, debiendo el ente fiscal dictar la respectiva resolución de determinación e intimación de pago. Y, asimismo, en tanto —se reitera— el recurso por ante el Tribunal Fiscal de la Nación, en caso de apelarse la resolución determinativa, tiene efectos suspensivos —en los términos descriptos por las normas aplicables—, razón por la cual el fisco no podrá acudir a la vía de apremio mientras tramite ante dicho tribunal jurisdiccional administrativo el mencionado recurso.

10) Que en lo que respecta a la posibilidad de que el Fisco Nacional inicie alguna de las medidas previstas por el art. 111 de la ley 11.683, debe señalarse que el ente fiscal no cuenta con atribuciones para trabar por sí tales cautelares, sino que estas deben ser solicitadas al juez competente, quien evaluará si se dan los requisitos para concederlas (*vide*, Sala IV, autos “Incidente N° 1 - ACTOR: N. M., M. A. M. DEMANDADO: EN -AFIP- Ley 27605 s/Inc. apelación”, expte. n° 4819/2021 del 9 de septiembre del 2021 —en esp. Considerando 5°—, donde se invoca a su vez el precedente “O., J.L. c/ EN -AFIP- ley 27605” de esta Sala).

En este punto, resulta pertinente destacar que el art. 111 de la ley 11.683, en su actual redacción, establece, en lo que aquí interesa, que:

“En cualquier momento, por razones fundadas y bajo su exclusiva responsabilidad, la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá solicitar embargo preventivo o, en su defecto, inhibición general de bienes por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables o quienes puedan resultar deudores solidarios”;

Mientras que el texto anterior de la aludida norma, prescribía:

“En cualquier momento la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS podrá solicitar embargo preventivo, o en su defecto, inhibición general de bienes por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables o quienes puedan resultar deudores solidarios y los jueces deberán decretarlo en el término de veinticuatro (24) horas, ante el solo pedido del fisco y bajo la responsabilidad de este”.

Así, según se advierte *prima facie*, conforme lo prevé el art. 111 de la ley 11.683, en su texto actualmente vigente, a los efectos de peticionar las medidas contempladas en dicho dispositivo, el organismo fiscal debe brindar “razones fundadas”. Ello, a diferencia de lo prescripto por la norma apuntada, en su anterior redacción, que no exigía tal recaudo.

También ha de ser destacado, que el actual texto del art. 111 de la ley 11.683, ya no dispone —como en la redacción anterior—, que los jueces deben decretar la medida dentro de las 24 horas de solicitada ante el solo pedido del fisco, por lo que (más allá de la interpretación jurisprudencial acordada al “antiguo” art. 111, sobre lo que no cabe ahondar, porque no es la materia del presente pronunciamiento), lo cierto es que se trata de una tutela que, en el ordenamiento vigente, el Sr. juez competente debe evaluar en cada caso, en orden al cumplimiento de los recaudos pertinentes, a los efectos de su otorgamiento; y aun así en tal supuesto, cuenta la parte con los medios pertinentes para reducir el impacto patrimonial de la medida, mediante el ejercicio de la opción vía sustitutiva que prevé la norma citada.

11) Que debe añadirse a cuanto se lleva expuesto, que no se advierte que las consecuencias disvaliosas que podrían derivarse, *prima facie*, de la aplicación de las normas impugnadas, puedan resultar de imposible reparación ulterior.

Es que, llegado el caso, el actor siempre puede reclamar —por la vía que corresponda— la restitución de lo pagado en concepto de aporte solidario y extraordinario.

En este aspecto, los reparos señalados por la apelante con relación a la acción de repetición (tales como el previo pago del aporte; el contexto de la economía de nuestro país; las exiguas tasas de interés previstas para el cálculo de las sumas repetidas y los prolongados tiempos judiciales que insumirá agotar el proceso correspondiente), no son más que las consecuencias naturales derivadas del procedimiento establecido para obtener la restitución del concepto abonado, y de las reglas aplicables en materia de repetición, que resultan aplicables respecto de todo contribuyente y por cierto, a todos los litigantes.

12) Que la circunstancia de que no se encuentre acreditado en autos el peligro en la demora alcanza, a juicio de este Tribunal, para rechazar la cautela peticionada por la actora, sin que resulte necesario examinar lo atinente a la verosimilitud en el derecho, ni las restantes quejas esgrimidas por la apelante.

Ello, en tanto, tal como ya se expusiera, ambos recaudos (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora) deben encontrarse necesariamente presentes a los efectos del otorgamiento de la tutela requerida.

Llegado a este punto, es oportuno recordar, por lo demás, que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que se pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos otros).

13) Que en punto a las costas, la accionante solicita su eximición en tanto, según señala, su parte contaba con razones suficientes y valederas para promover el presente incidente cautelar,

En este aspecto ha de repararse en que, según se ha sostenido, no basta la simple creencia o, incluso, convicción de que se tiene derecho a litigar, sino que todo ello debe asentarse en sólidas y objetivas razones que lo avalen. En tal sentido, la sola creencia subjetiva del litigante de la razón probable para litigar no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdedor, pues es indudable que todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia, es porque cree tener razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario si el resultado del juicio no le es favorable (cfr. esta Sala, en su anterior integración, in re “Gaspiretti Liliana Elena c/ M° de Salud Pública. s/ amparo”, expte. 8492/92, del 17/8/93, y Sala I in re “González Urquiza Rodolfo María c/ Y.P.F. s/ proceso de conocimiento”, expte. 49.822/94, del 2/10/95).

En las presentes actuaciones, no se advierten motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota, en tanto, sin perjuicio de las razones esgrimidas por la actora, lo cierto es que se ha confirmado el rechazo de la medida cautelar por considerar este Tribunal que no se encuentra configurado el peligro en la demora.

Por lo expuesto, el Tribunal *resuelve*: rechazar la apelación de la actora y confirmar la sentencia apelada en cuanto fue motivo de agravios; con costas.

Regístrese, notifíquese y gírese. — Luis M. Márquez. — María C. Caputi. — José L. López Castiñeira.

Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr./Sra. ELIZABETH VINICIO DÍAZ de nacionalidad dominicana con 94.749.113 según Exp. N° “VINICIO DÍAZ, ELIZABETH s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANA-

NÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 28 de abril de 2022
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 12/05/22 V. 13/05/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que JUAN CARLOS BETANCOURT ROJAS de nacionalidad venezolana con DNI 95.489.618 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de

algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 8 de marzo de 2022
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 12/05/22 V. 13/05/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal

N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que VERÓNICA VALENTINA BAEZ MENDOZA de nacionalidad venezolana con DNI 95.799.581 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen

obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.
Buenos Aires, 4 de abril de 2022
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 12/05/22 V. 12/05/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Flores Candia

Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreutersley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:

0810-266-4444