



CAMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
N° 2 - C. DEL URUGUAY

"CONSTRUCTORA Y MINERA DEL ESTE S.A. C/ SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RÍOS S/ MEDIDA CAUTELAR PROHIBICIÓN DE INNOVAR", EXPTE. N° 1715/CU.

Concepción del Uruguay, 2 de noviembre de 2021.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "CONSTRUCTORA Y MINERA DEL ESTE S. A. C/ SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RÍOS S/ MEDIDA CAUTELAR PROHIBICIÓN DE INNOVAR", EXPTE. N° 1715/CU, traídos a despacho para resolver; y,

RESULTA:

1. Se presentó el Dr. Raúl Elías Andrés Bard, en nombre y representación de la empresa "Constructora y Minera del Este S. A.", e impetró incidente de medida cautelar de prohibición de innovar contra el Estado Provincial, Secretaría de Minería, a los efectos de que se ordene a éste abstenerse de exigir el cobro de la tasa para la expedición y control de guías de tránsito de minerales tomando como base para su pago lo dispuesto por la Resolución n° 008/19. A la vez, peticionó que se ordene a la demandada abstenerse de aplicar sanciones derivadas del no pago de la referida tasa, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo en el proceso principal (cfr. ff. 1/6).

Adujo que en el expediente "CONSTRUCTORA Y MINERA DEL ESTE SA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RÍOS S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. n.º 1713 CU, requirió a este mismo Tribunal que: a) determine la constitucionalidad y alcance de la Resolución n.º 008/19 de la Secretaría de Minería provincial, que establece los nuevos valores del derecho de otorgamiento del permiso de extracción que deberá abonar toda persona física o jurídica que explote yacimientos minerales del dominio público del Estado; b) determine si el cobro de la "tasa por servicio de control y expedición de guías de tránsito de minerales" -establecida por el art. 16 del Decreto n.º 4067/13 en el 0.5% del valor que se fije en la primer categoría de la escala para el derecho de otorgamiento del permiso de extracción por cada guía otorgada-, constituye una imposición arbitraria, inconstitucional y contraria a lo establecido por la Ley n° 10158 en su art. 25 y el art. 297 del Código Fiscal; c) para el hipotético caso que en el proceso principal se considere ajustado a derecho que la Secretaría de Minería establezca los valores para la expedición del derecho a extracción y la consiguiente tasa para la expedición de cada guía de tránsito de minerales en base al costo en que lo hace, se expida el tribunal sobre si es legítimo que para su determinación se tome como base el precio de combustible y si resulta un exceso de las facultades de la Secretaría de Minería establecer el tributo; y d) si resulta ajustado a derecho la determinación, por parte del Poder Ejecutivo provincial,

del valor o monto del derecho de otorgamiento del permiso de extracción para el cobro de la tasa indicada en el punto anterior, y si dicho mecanismo resulta violatorio de los arts. 99.3, 14, 17, 31, 33 y concordantes de la Constitución Nacional y arts. 1, 6, 33, 35, 43, 175 y 122.7 de la Constitución Provincial de Entre Ríos.

Puntualizó que el incidente se funda en el peligro que implica que, durante el transcurso que demande resolver los puntos expuestos *ut supra*, resulten burlados sus derechos constitucionales.

Expuso que la aplicación de la norma podría causar daño al contribuyente, lo cual le restaría capacidad de evolución, impidiendo el desarrollo normal de la actividad de la firma y desigualdad frente a los contribuyentes que sí se encuentren alcanzados por la tasa.

Explicó que la materialización de los perjuicios estaría dada por la eventual aplicación de sanciones, por infracciones, y las acciones judiciales de cobro del tributo que pudieren interponerse, además de la pérdida de competitividad que implicaría sumar un nuevo y elevado costo fijado por el Estado con un fin meramente recaudatorio.

Opinó que el tributo en cuestión -la tasa- debe abonarse tomando como base lo dispuesto en el art. 25 de la Ley de Minería n.º 10158 y los arts. 296 y 297 del Código Fiscal provincial, tal como lo ha venido haciendo hasta el dictado de la Resolución nº 008/19.

Aseveró que de obtenerse una sentencia favorable, la restitución de lo ingresado al fisco sería ilusoria y obligaría a la promoción de largos reclamos administrativos y judiciales. En cambio, señaló que si el Estado resultara vencedor, fácilmente podría recuperar los importes del caso dada la reconocida solvencia de la firma.

Juzgó reunidos los presupuestos que ameritan la procedencia de la medida incoada y remarcó que la tutela peticionada no podría ser obtenida eficientemente por otra vía.

Sostuvo que la pretensión tendría -a su criterio- "humo de derecho" y que la sola posibilidad de que la normativa impugnada menoscabe derechos constitucionalmente reconocidos, tales como la propiedad, igualdad, equidad, proporcionalidad de la aplicación de un tributo y bienestar general, es suficiente para tener por acreditada la verosimilitud del derecho.

Entendió que existe peligro en la demora frente a la mera posibilidad de seguir abonando un tributo que tildó de confiscatorio y viciado desde su origen. Ofreció fianza como contracautela.

2. A ff. 7, este Tribunal encauzó el incidente bajo el trámite previsto en el Título III, Capítulo IV del CPA, es decir, como medida cautelar de no innovar, y requerida que fuera la satisfacción de las observaciones suscitadas a f. 7 vta., la incidentante dio debido cumplimiento a las mismas

(cfr. ff. 57/58).

3. Corrida la vista pertinente al Ministerio Público Fiscal, se expidió a ff. 61/64 el Sr. Fiscal de Cámara interino, Dr. Alejandro Javier Bonnín, propiciando rechazar la medida precautoria interesada.

En esa dirección, opinó que la afectación del interés público merece especial estudio de concederse la cautelar y que, resultando la presente una pretensión para que el fisco se abstenga de exigir la tasa cuestionada, debe desestimarse el planteo pues -razonó- el mismo implicaría un menoscabo al erario público que no puede admitirse en el acotado marco de la presente vía.

En su apoyo citó el criterio hermenéutico de esta Cámara en "ALBA y CO S. A.", Expte. n.º 1075/CU del 13/5/2016.

Por su parte, aseveró que la Resolución n.º 008/19 goza de presunción de legitimidad, y que la verosimilitud del derecho invocada por el accionante no se exhibe de manera incontrastable y con la magnitud requerida para estos casos, en tanto -en su opinión- no es posible afirmar que se encuentre acreditada la vulneración de un derecho fundamental en el acotado ámbito de esta medida.

Reanudado el trámite de las actuaciones, se ordenó pasar los autos a despacho para resolver.

CONSIDERANDO:

4. Resumidas en los párrafos precedentes la petición articulada y la opinión del Ministerio Público Fiscal, cabe ingresar al análisis y definición de la cuestión sometida a juzgamiento y, en cumplimiento de dicho cometido, establecer si la cautelar interesada puede o no tener favorable respuesta jurisdiccional, interrogante que exige sortear recaudos de orden formal y sustancial.

5. Dando respuesta a los requerimientos adjetivos, corresponde inicialmente recordar que las medidas cautelares, por principio, constituyen dispositivos de tutela urgente de naturaleza instrumental cuya función es garantizar la integridad del objeto del proceso para evitar su eventual inoperancia (cfr. SAMMARTINO, Patricio, Medidas cautelares en los casos en que es parte el estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente, Tomo II, en AAVV, *Control público y acceso a la justicia*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 303).

Por dicha razón, no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a una ulterior sentencia definitiva a dictarse en el juicio principal (cfr. CNCAF, Sala III, "AMX ARGENTINA S. A. C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES", del 01/3/2011, JA 2011-III-614), persiguiendo evitar que se torne la decisión fondal ineficaz (cfr. CSJN *in re* "LA PAMPA, PROVINCIA DE C/ ESTADO NACIONAL S/ MEDIDA

CAUTELAR", del 06/3/2012, Fallos: 335:144) o de muy dificultosa o imposible reparación ulterior (cfr. CSJN, *in re* "ASOCIACIÓN DE BANCOS DE LA ARGENTINA C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD", del 23/6/2009, Fallos: 326:3456).

En esa dirección, el carácter instrumental se halla debidamente acreditado si se aprecia que este Tribunal ha declarado su aptitud para entender en los autos "CONSTRUCTORA Y MINERA DEL ESTE SA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RIOS S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. n.º 1713/CU, circunstancia que habilita a expedirse sobre la cautelar pretendida en esta incidencia.

En segundo término, cabe preguntarse si es procedente el dictado de medidas cautelares dentro del procedimiento extraordinario previsto en los arts. 51 inc. "b" y siguientes de la Ley n.º 8369, atento que en el proceso principal se persigue el dictado de una sentencia declarativa de un derecho y que en la ley adjetiva procesal constitucional no se hayan *expresamente* reguladas.

Corresponde traer a colación que ya en antiguos precedentes, el Máximo Tribunal provincial enfatizó que no se evidenciaban impedimentos para admitir la pretensión cautelar en esta tipología de procesos. Sostuvo el Alto Cuerpo, como fundamento de su posición, que el juez debe evitar un proceso que transite sobre formalismos estériles para dar adecuada respuesta al conflicto planteado (cfr. STJER, *in re* "TAVERNA", fallo del 19/3/2001; "OVANDO", fallo del 26/9/2003, entre otros).

En una postura diametralmente opuesta, en sus orígenes la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue renuente en admitir su procedencia. Sin embargo, con posterioridad, la admitió por excepción, siempre que el actor demuestre la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora, requiriendo una mayor prudencia judicial en la apreciación de los recaudos que atañen a su admisión en las medidas innovativas (cfr. CSJN, "PÉREZ CUESTA SACI C/ ESTADO NACIONAL S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (PROHIBICIÓN DE INNOVAR)", del 25/6/1996, Fallos: 319:1069, La Ley 1996-D, 689).

A pesar de que la jurisprudencia resulta evanescente en sus confines, en el ordenamiento jurídico entrerriano la cuestión ha perdido trascendencia, toda vez que el vacío legislativo de la ley de procedimientos constitucionales se ha visto disipado a partir de la última reforma constitucional entrerriana.

Esto último es así, por expresa disposición del Convencional Constituyente. Dice el artículo 60 de la Constitución Provincial que contra todo acto, decreto u ordenanza que contravenga las prescripciones establecidas en la Constitución Nacional y/o Provincial, los interesados pueden demandar su

inconstitucionalidad ante los tribunales competentes, disponiendo enfáticamente que "[e]n el proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares".

Lo expuesto denota sin esfuerzos que, constitucionalmente, se ha aceptado su deducción, siendo la apuntada una de las vertientes para asegurar la tutela judicial continua y efectiva reconocida en el art. 65 de la Carta Magna provincial. En esa dirección se ha explayado esta Cámara, *in re*: "WENG, MENGHUI C/ MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY S/ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA", Expte. n.º 1151/CU, "YAN, LIUXING C/ MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY S/ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA", Expte. n.º 1156/CU, ambas resoluciones del 28/12/2016; "SUPERMERCADO SUPREMO S. A. C/ MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY S/ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA", Expte. n.º 1163/CU, del 20/1/2017, "SOCIEDAD RURAL ARGENTINA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ DE GUALEGUAYCHÚ S/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. n.º 1442/CU, resolución del 27/12/2018, y más recientemente "PIASESCHI, JOSE ALBERTO Y OTRO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS Y OTRO S/ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA", EXPTE. n.º 1884/CU, resolución de fecha 30/10/2020, entre otros pronunciamientos).

6. Admitida entonces la posibilidad de articular medidas provisionales en procesos en los que discurra un reproche constitucional, y atendiendo a la carencia de regulación específica, entendemos que corresponde aplicar los principios y disposiciones que presiden las medidas cautelares en los ordenamientos procesales, en tanto y en cuanto guarden aquella indispensable congruencia teleológica con la pretensión principal.

7. Ya en el abordaje de los recaudos de fundabilidad, resulta imperativo recordar dos cuestiones que moldean el rol del juzgador en el procedimiento precautorio de talante constitucional: la primera, que en dicha faena no se encuentra limitado por los argumentos que sustentan la pretensión parcial. Si la supervivencia de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico entrerriano no depende de la mayor o menor diligencia de las partes (cfr. art. 60 CP), va de suyo que los motivos en los que reposa el reproche no pueden constituir un límite al control de constitucionalidad, ni sustancial ni cautelar; la restante, que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (Fallos 327:2490; 329:3464 y 4161; 330:2186 y 4076, entre otros). Por consiguiente, haciendo salvedad de encontrarse comprometida la existencia misma de derechos de especial e impostergable tutela (Fallos 320:1633; 334:1691), corresponde descalificar como medida cautelar aquella que produce efectos análogos a la sentencia, pues la finalidad de dichas

decisiones es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable mas no lograr el fin perseguido anticipadamente (Fallos 325:388; 326:2261).

8. Comenzando con la tarea de relevar el efectivo acatamiento de los presupuestos habilitantes, resulta evidente que la *acreditación sumaria del derecho invocado*, en tanto presupuesto de apertura del remedio cautelar intentado, adquiere ribetes específicos en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad, pues, no procurando ésta la depuración del sistema jurídico vigente mediante la eliminación de un acto o decisión ilegítima sino, antes bien, despejar la incertidumbre generada en una relación jurídica por aplicación de una norma que podría resultar contraria a los dispositivos constitucionales, es evidente que tal recaudo se encuentra circunscripto a acreditar *prima facie* la incompatibilidad de la norma impugnada con la preceptiva constitucional que se considera infringida o, al menos, la existencia de una fuerte presunción respecto de tal incoherencia.

Con todo, no deja de apreciarse que aun en el campo del proceso constitucional, la verosimilitud del derecho supone la *razonable posibilidad* de que el título o razón jurídica invocada por el peticionario como fundamento de la pretensión sea reconocida en el pronunciamiento definitivo (cfr. SAMMARTINO, Patricio, Amparo y administración en el Estado constitucional social de derecho, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 943).

Bajo dicha hermenéutica, a los fines de constatar el humo de buen derecho, se observa que la demanda principal no está dirigida a cuestionar la constitucionalidad de la Resolución n° 008/19 en cuanto tal, toda vez que, como se afirma en el libelo promocional, dicha disposición no le es directamente aplicable en tanto fija los importes del derecho de extracción a solventar por quienes explotan yacimientos existentes en bienes del dominio público del estado provincial (art. 18 de la Ley n° 10158), lo que no es su caso.

Lo que realmente cuestiona es que los importes allí fijados sean utilizados arbitrariamente como valor de referencia para el pago de una tasa provincial –de expedición y control de guías de transporte (art. 30 de la Ley n° 10158)- por parte de quienes, como la presentante, explotan un fundo privado y a los que la ley les exige el pago de un canon calculado de modo diverso (art. 25 de la Ley n° 10158).

Esto quiere decir que, en el particular modo en que se exteriorizó el promocional, los cuestionamientos se revelan enderezados a reprochar fundamentalmente la forma en que la Administración decidió aplicar, en el caso concreto, la normativa cuestionada.

Dicho encuadramiento sella la suerte del planteo habida cuenta

que su corroboración lejos está de poder constatarse, aún larvalmente, dentro del limitado marco de conocimiento que vertebra al proceso cautelar.

Además, determinar si la Secretaría de Minería de la provincia ostenta o no competencia para fijar los linderos de la tasa, aun cuando no sea materialmente imposible en el ámbito tutelar, constituye objeto central del debate en el principal, razón por la cuál pone en serios aprietos el principio que proscribe las medidas que anticipan opinión.

Por consiguiente, y sin que ello pueda implique manifestación alguna sobre la procedencia fondal del pretense derecho, entendemos que las actuaciones no permiten entender acreditado el humo de buen derecho requerido por el art. 29 de la Ley n° 7061.

9. Tampoco el Tribunal advierte, dentro del marco acotado de provisionalidad que impera en el ámbito cautelar, que se halle acreditada la posibilidad de grave perjuicio o de pérdida o frustración del derecho exigido por la ley adjetiva.

Demás está recordar que el examen de la concurrencia del sintagma "peligro en la demora" exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran producir los hechos que se pretenden evitar restan eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos 319:1277).

Es de la esencia del instituto enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos 320:1633; 341:169).

En este sentido, el Alto Tribunal ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos, su gravitación económica (Fallos 318:30; 325:388).

Siendo ello así, la sola cuantía de la pretensión provincial de cobro valorada de forma aislada y sin considerar la incidencia concreta en la situación financiera de la peticionante -sobre la cual no se ha ofrecido prueba hasta el momento-, resulta insuficiente para configurar la posibilidad de grave perjuicio o de pérdida o frustración del derecho, tal como lo exige el art. 29 de la Ley n° 7061.

En efecto, en autos no hay argumentos sólidos de la parte ni mucho menos prueba de los efectos que el cobro tendría sobre la actividad de la empresa incidentante, por lo que no es posible advertir cuál sería el perjuicio concreto que el pago de la tasa le podría ocasionar a Constructora y Minera del

Este SA y que la sentencia a recaer en el proceso fondal no podría restablecer.

Con base en la hermenéutica desplegada, y sin entrar a considerar la mayor o menor verosimilitud del derecho que anima la acción principal, consideramos que el marco larval de la situación en la que se encuentra la causa no permite reflejar hallarse configurado el aludido presupuesto de admisibilidad de la medida cautelar requerida.

A mayor abundamiento, refrenda la solución postulada el hecho de apreciar que, de concederse la medida pedida, se derivarían de ella los mismos efectos que los provenientes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pronunciamiento que como acto jurisdiccional de carácter definitivo constituye el objeto del juicio principal.

Tal anticipación se manifiesta inaceptable cuando, en las condiciones expresadas precedentemente, no se advierte en el caso que el mantenimiento de la situación de hecho pueda influir en el dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible (Fallos 323:3853; 331:108).

En definitiva, en el limitado marco de conocimiento que ofrece el examen de una medida como la requerida en el *sub examine*, el Tribunal considera que los elementos y antecedentes considerados hasta el momento no permiten tener por configurados los aludidos presupuestos de admisibilidad de la cautela requerida, por lo que corresponde propicia su rechazo.

10. En cuanto a las costas, no advirtiéndose motivos para apartarse del principio general, las mismas se imponen a la incidentante vencida, de conformidad con los arts. 65 y 66 del CPCC, aplicables por reenvío del art. 88 CPA.

A su turno, la Dra. Erramuspe dijo que hace uso del derecho de abstención previsto en el art. 47 de la Ley n.º 6902, texto según Ley n.º 9234.

Por todo ello,

SE RESUELVE:

1. RECHAZAR el incidente de medida cautelar promovido por la firma "Constructora y Minera del Esta S. A. contra el Estado Provincial, por las razones esgrimidas en los considerandos.

2. IMPONER las costas a la incidentante vencida.

3. DIFERIR la regulación de los honorarios para su oportunidad.

Regístrese, notifíquese conforme arts. 1 y 4 del Acuerdo General n.º 15/18 del Superior Tribunal de Justicia - Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE) y oportunamente, archívense.

MARÍA FERNANDA ERRAMUSPE
PRESIDENTE
(ABSTENCIÓN)

FEDERICO JOSÉ LACAVA
VOCAL

MARIANO ALBERTO LÓPEZ
VOCAL

Ante mí:

Fabiana M. Hilgert
Secretaria

En igual fecha se registró. Conste.

Fabiana M. Hilgert
Secretaria

La presente se suscribe mediante firma electrónica -Resolución STJER N° 28/20, del 12/4/2020, Anexo IV-.