

Expte. n° 5351/07 “Central Puerto S.A. c/ GCBA s/ repetición (art. 457 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario concedido”, sentencia del 20/2/2008

Voces: Recurso de apelación ordinario ante el Tribunal Superior de Justicia. Nulidad de la sentencia de Cámara. Mayoría de votos concordantes. Coincidencia de fundamentos. Repetición tributaria. Falta de protesta al momento del pago. Tutela judicial efectiva. Acceso a la justicia. Derecho de defensa en juicio. Alumbrado, Barrido y Limpieza, Contribución Territorial y de Pavimentos y Aceras. Tasas. Efectiva prestación del servicio. Inversión de la carga de la prueba. Insuficiencia probatoria. Medida para mejor proveer. Costas. Principio objetivo de la derrota. Regulación de honorarios.

Expte. n° 5351/07 “Central Puerto S.A. c/ GCBA s/ repetición (art. 457 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario concedido”

Buenos Aires, 20 de febrero de 2008

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. Central Puerto S.A. (en adelante, “CP”) inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “GCBA”), ante la justicia nacional en lo civil, por repetición de \$ 4.715.283,31, más intereses hasta la fecha de efectivo pago, de los pagos que en concepto de contribuciones de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros; contribución de pavimentos y aceras; contribución territorial y contribución ley 23.514, efectuó a partir del 1º de abril de 1992, con relación a los inmuebles Nuevo Puerto y Puerto Nuevo. Solicitó también en dicha oportunidad que, por aplicación del artículo 12 de la ley n° 15.336, se la declarara expresamente exenta de pagar tales tributos por todos los períodos fiscales corridos hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia y se incluyera en el monto de la repetición las sumas que fueran pagadas hasta ese momento.

2. Radicadas las actuaciones en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad, el juez de primera instancia rechazó la demanda de

CP, impuso las costas a la parte vencida y reguló los honorarios de los letrados apoderados de la demandada, en conjunto y por su actuación en el principal, en \$ 675.000. Además, difirió la regulación de honorarios en los incidentes decididos antes de la sentencia, a resultas de las apelaciones diferidas referidas a las costas del rechazo de la excepción de incompetencia impuestas a la demandada y a las costas por la declaración de negligencia en la producción de la prueba informativa dirigida a la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro del GCBA impuestas también a la accionada (fs. 467/472 vuelta).

3. CP apeló la sentencia. También lo hizo el GCBA, aunque sólo en relación con los honorarios regulados por considerarlos bajos.

La actora no se agravió del rechazo de la acción de repetición respecto de la Contribución Territorial y del rechazo de la pretensión de ser declarada exenta del tributo. La apelación de CP se limitó al planteo de repetición de las sumas que abonara en concepto de Alumbrado, Barrido y Limpieza (ABL), y Contribución de Pavimentos y Aceras, es decir, a la suma de \$ 1.356.660.

4. La Sala I de la Cámara rechazó el recurso de apelación de CP y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia, con imposición a la actora de las costas de la alzada (fs. 542/556 vuelta y aclaratoria de fs. 566/567 vuelta).

5. Contra la sentencia de Cámara, CP interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 562 y vuelta y 571 y vuelta), que fue concedido (fs. 573). CP expresó agravios (fs. 580/596), que fueron contestados por el GCBA (fs. 601/618 vuelta).

Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto sostuvo que “(...) teniendo en cuenta que, en la especie, no advierto comprometido el interés social, ni que se hallen en juego normas constitucionales, o de derecho público que trasciendan el mero interés de la parte, y, además, el examen de los agravios articulados exige introducirse en la valoración de los hechos y de la prueba, lo cual constituye labor propia de los jueces de mérito y ajeno a la intervención del suscripto, es que no amerita el ejercicio de las competencias propias de este Ministerio Público Fiscal.” (fs. 622/625)

Fundamentos:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La parte actora plantea la nulidad del fallo recurrido por falta de fundamentos coincidentes en los votos de los dos jueces de Cámara que

fallaron el caso (jueces Centanaro y Corti) y se agravia, además, en cuanto a la decisión de fondo adoptada por la Sala I.

A.- Nulidad de la sentencia

2. CP afirma que no se conformó la mayoría necesaria para decidir la apelación. Sostiene que el juez Centanaro rechazó el recurso con el único fundamento de considerar que la parte actora no efectuó la protesta por los pagos realizados; en cambio expresa que el juez Corti consideró inexigible tal requisito para demandar la repetición de los sumas abonadas, y desestimó la apelación por otras razones.

3. El planteo de la apelante no es correcto, como lo expone la Procuración General en la contestación del memorial de agravios (en particular, fs. 606). La lectura de la sentencia recurrida permite advertir que para ambos jueces no está probada en autos la falta de prestación efectiva de servicios por parte del GCBA.

En efecto, el juez Centanaro dijo: “La actora alega la ausencia de las prestaciones cobradas por el GCBA y que en consecuencia los pagos efectuados fueron sin causa. Afirma que dichos servicios han sido prestados por la Administración General de Puertos; sin embargo, no acredita en el expediente dicha afirmación, por el contrario, de las constancias de la causa surge que los inmuebles en cuestión no se encuentran dentro de las zonas dadas en concesión a la Administración General de Puertos, ver fs. 370 por lo tanto, mal pudo haber dicha administración prestado los servicios invocados por la actora a sus inmuebles. Cabe recordar que las partes tienen la carga de aportar al proceso los elementos necesarios a fin de convencer al juez que los hechos sucedieron en la forma que se alega, quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la *litis*” (punto IX de su voto, fs. 545 vuelta).

A su turno, el juez Corti expresó: “De las constancias de autos sólo surge que la Administración General de Puertos ha prestado servicios y realizado obras como los aquí examinados en las terminales portuarias 5 y 6, pero aquello que no surge de autos es que dicha autoridad lo hubiese realizada (*sic*) de forma exclusiva (ver fs. 359). Es cierto que en el último párrafo de dicho informe (ver fs. 360) se niega que la Ciudad hubiese realizado servicios y obras, pero se trata de una afirmación de carácter dogmático, que no encuentra apoyatura en otras pruebas concordantes. (...) Evaluada entonces a la luz de las reglas de la sana crítica, la prueba producida en autos es a mi juicio insuficiente para convalidar en los hechos la pretensión de la actora” (punto XXXI de su voto, fs. 555 vuelta).

En consecuencia, la sentencia de segunda instancia contiene fundamentos coincidentes que dejan sin sustento el planteo de nulidad articulado por CP.

Sin perjuicio de que la conclusión indicada agota la cuestión que pretendiera introducir CP, cabe recordar que en un reciente pronunciamiento del Tribunal (*in re*: “Auditoria General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/ acción meramente declarativa”, expte. n° 3944/05, resolución del 8 de agosto de 2007), con cita de precedentes, afirmé “que el más alto Tribunal admite como forma válida de fundar una sentencia la pluralidad de argumentos que conforman ‘razonamientos corroborantes sucesivos’ al expresar en Fallos 253:185, en especial el considerando n° 2, ‘Que esta regla no impide la posibilidad de la existencia de más de una norma general, conducente para el fallo de la causa, ni es óbice para la viabilidad de razonamientos corroborantes sucesivos de una única solución individual del caso (...)’. Así lo ha sentado este Tribunal —en su anterior composición— citando la opinión doctrinaria de Roberto Loutayf Ranea en su obra ‘El recurso ordinario de apelación...’, t. 2, págs. 271/272, Bs. As., 198 [*rectus* 1989]) en el sentido de que ‘La mayoría de votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis. Pero no necesariamente debe exigirse de fundamentos iguales, sino que cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. Si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal’ (cf. este Tribunal *in re* “Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/ art. 71 CC s/ recurso de queja (deducido por Christian Duillo Codega); y “Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/ art. 71 CC s/ queja (deducida por Jaime Edwin Fiorentini Rosalino)”, exptes. N° 897 y N° 900, resolución del 1° de octubre de 2001) Constitución y Justicia [Fallos de TSJ], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, ps. 519 y siguientes)”.

B.- Apelación

4. CP expresó agravios vinculados: I) con la cuestión de fondo, II) con la imposición de costas y III) con la regulación de honorarios, que, en cuanto interesa a los fines de este recurso, pueden reseñarse como sigue:

I. Agravios referidos a la cuestión de fondo.

a) CP considera que no es exigible la protesta al efectuar el pago, como requisito de la acción de repetición, con fundamento en el desarrollo efectuado por el juez Corti al disentir en este punto con el juez Centanaro.

b) CP critica el voto del juez Corti en cuanto asigna prevalencia a la contribución territorial en el “conglomerado de tributos” pese a que el juez advierte, y coincide con el magistrado en que el ABL es una “tasa”.

c) También se agravia por la ponderación que el juez Corti realiza de la prueba producida en la causa en relación a la prestación de servicios por el GCBA. Señala, en tal sentido, que:

i) el Gobierno en ninguno de sus escritos afirma que los servicios sean prestados. La actora indica que sería llamativo que los servicios se prestaran y que, teniendo la contraria la posibilidad de alegarlo y probarlo, se abstuviera de hacerlo;

ii) la prueba de informe de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del GCBA que la Procuración General ofreció, y que fue desistida, no se dirigía a acreditar la prestación de servicios de alumbrado, limpieza, mantenimiento de pavimentos, etc.;

iii) la contestación del oficio por la Administración General de Puertos (AGP) afirma: a) que el GCBA no prestó servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento de pavimentos y aceras en las terminales portuarias nº 5 y 6; b) que la AGP tuvo inicialmente a su cargo la limpieza, el alumbrado y la reparación de pavimentos en forma directa con equipos propios, mas luego de la licitación de las terminales portuarias, cada terminal tomó a su cargo los servicios; c) que la AGP informó que a la fecha de contestación del oficio el servicio de recolección de residuos se realiza a través de la empresa TAYM S.A.

iv) la contestación del oficio cursado a BACTSSA, concesionaria de la terminal portuaria nº 5, confirma la prestación por ella del servicio de limpieza, recolección de residuos, alumbrado, mantenimiento de desagües pluviales, etc; e informa que durante los años 1994 a 1998 el GCBA no prestó los servicios en cuestión en la terminal portuaria nº 5.

v) El GCBA no controvertió en su alegato la exactitud de las respuestas dadas por la AGP y por la terminal portuaria BACTSSA.

vi) CP cuestiona el “carácter dogmático” por carecer de “apoyatura en otras pruebas concordantes” que el juez Corti atribuye a las afirmaciones de AGP pues, por un lado, no se aclara en qué consiste dicho carácter dogmático y, por otro, se pretende que AGP aportara la prueba del hecho negativo que informaba.

II. Agravios en materia de imposición de costas.

CP plantea que en caso que el Tribunal confirmara la sentencia apelada, corresponde imponer las costas en todas las instancias en el orden causado pues considera que tuvo muy buenos argumentos para creerse con derecho a litigar. Por un lado, porque sostiene que el Tribunal no habrá de concordar con la postura del juez Centanaro en cuanto al pago bajo protesto, y, por otro, porque aunque el juez Corti rechazó el recurso por insuficiencia de prueba, el magistrado admitió que el tributo discutido es una tasa y que la prestación del servicio era esencial para la resolución de la causa.

III. Agravios por la regulación de honorarios.

CP considera los honorarios regulados a los letrados del Fisco excesivos en relación al mérito, extensión y eficacia de su labor. Destaca que el fallo de Cámara resolvió en función de una circunstancia no planteada por el Fisco (la falta de protesto) y de otra cuestión (insuficiencia de prueba sobre la falta de prestación de los servicios) no alegada por el GCBA.

También plantea que la regulación efectuada por la Cámara tiene origen en un error material, consistente en no haber tenido en cuenta que el monto del juicio en segunda instancia pasó a ser de \$1.356.000.

I. Agravios sobre la cuestión de fondo.

5. En primer término conviene precisar que en esta instancia la discusión acerca de la naturaleza jurídica del ABL no ha sido introducida como agravio.

El propio recurrente, al finalizar el punto V del memorial de agravios, dice que “El voto del Dr. Corti tiene el mérito de poner en el lugar central que le corresponde a la cuestión de la prueba de la ausencia de servicios, y al admitir que la suerte de la demanda resulta de dicha cuestión”. Aunque el recurrente no lo expresa, también el voto del juez Centanaro hizo hincapié en tal cuestión. De tal manera, la complejidad inicial de la causa se ha diluido en el transcurso del proceso y en la expresión de los agravios de CP quedó limitada a aspectos referidos a la prueba producida en el expediente. Y, como se verá en el apartado siguiente, tales agravios fueron restringidos al voto del juez Corti.

6. Como lo he señalado al tratar el planteo de nulidad de la sentencia, el recurrente ha efectuado una interpretación incorrecta del fallo de la Alzada en relación con los fundamentos con los que el juez Centanaro justificó el rechazo de su apelación, al considerar que sólo tuvo en cuenta la falta de protesto. Este error en la interpretación trajo aparejado que en su recurso CP no dirigiera ninguna crítica tendiente a rebatir las razones vinculadas con la faz probatoria tenidas en cuenta por el magistrado para desestimar su apelación. El razonamiento del juez Centanaro puede resumirse del siguiente modo:

a) la carga de la prueba referida a la ausencia de prestación correspondía a CP por ser quien alegó tal circunstancia fáctica en su demanda;

b) la actora no acreditó dicha afirmación con la prueba producida, y

c) en tanto los inmuebles de la accionante no se encuentran dentro de las zonas dadas en concesión a la Administración General de Puertos (Terminales Portuarias n° 5 y 6) “mal pudo haber dicha administración prestado los servicios invocados por la actora a sus inmuebles”.

No obstante la ausencia de una crítica a esa parte del voto del juez Centanario, CP al agravarse en relación con el voto del juez Corti sí expresó las razones por los cuales —a su juicio— debió tenerse por acreditada la

falta de prestación del servicio (véase reseña efectuada en el punto 4.l.c. precedente). Una lectura sistemática del escrito de la parte revela cierta inconsistencia argumentativa. Aunque CP no se refiere al voto del juez Centanaro en cuanto a la prueba, cuestiona la ponderación de la misma efectuada por la Alzada. Sólo para evitar una interpretación ritualista del memorial de agravios que llevaría a declarar desierto el recurso (arts. 236 y 237, CCAyT) haré algunas consideraciones a este respecto.

7. La correlación de los agravios planteados contra la sentencia con los fundamentos de la decisión que no fueron objetados en el recurso permiten afirmar que CP:

a) no se agravio del criterio adoptado por los jueces en punto a que la carga de la prueba de la falta de prestación de los servicios le correspondía a su parte. En otros términos, consintió la aplicación efectuada por la Cámara de la regla general del artículo 301 CCAyT, y

b) CP entiende que satisfizo la carga referida en a) con la prueba que se produjo (crítica al voto del juez Corti que abarca, razonablemente interpretada, la valoración del juez Centanaro).

En cuanto a lo primero, si bien existe una destacada corriente doctrinaria que afirma que cuando el contribuyente invoca la falta de prestación del servicio la carga de la prueba se invierte y es la Administración quien debe probar la prestación, o se somete la acreditación de ese hecho a la doctrina de la “carga dinámica” de las pruebas [en tal sentido puede consultarse la conclusión n° 7 del Tema I “Tasas y precios” de las “XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario”, Caracas-Venezuela, 1991; Rodolfo Spisso, *Las tasas Municipales de Inspección, Seguridad e Higiene y su no disimulada violación de los principios constitucionales de la tributación*, Derecho Tributario, T° XVI, n° 91, enero 1998, ps. 5/6; y José Osvaldo Casás, *Coparticipación y Tributos Municipales – Las tasas apócrifas y la prohibición de analogía*, Ad-Hoc, 2007, ps. 107/108] entiendo que esa doctrina no es aplicable al caso por dos razones fundamentales:

a) la primera —que ya fue expresada— porque la parte actora consintió la aplicación de la regla general en materia probatoria señalada en la sentencia apelada, al no expresar agravios en tal sentido;

b) la segunda, porque no se advierte que en el caso el criterio establecido en el art. 301 CCAyT, pusiera a CP ante la imposibilidad de ofrecer y producir prueba en relación “a la existencia de un hecho controvertido”. En efecto, la actora hubiera podido requerir, por ejemplo, que la demandada presentara o informara el circuito de recolección de residuos urbanos y el detalle de la red de alumbrado público en el área de la Ciudad en que se sitúan los inmuebles sobre los que versa el reclamo de CP. De haberse ofrecido y producido esa prueba el Tribunal hubiera podido constatar si los servicios llegan o no a los inmuebles afectados, o hasta dónde alcanzan. De ordinario, la prueba de un hecho negativo es de

imposible o muy dificultosa realización. Sin embargo, como se trataba de documentación o información en poder de la propia accionada, de haberla CP ofrecido, si el GCBA no hubiera cumplido con el requerimiento se hubiera generado una presunción a favor de la actora (art. 316, CCAyT).

Por lo dicho, al no haber objetado la parte actora la carga de acreditar el hecho controvertido por el GCBA que da fundamento a su pretensión de repetición, y al no hallarse debidamente justificado que en el caso tal carga debía trasladarse a la contraparte, los agravios reseñados en el punto 4.I.c.i y 4.I.c.ii. no conmueven la decisión recurrida.

8. Pasaré, entonces, a ponderar los únicos agravios traídos en esta instancia que giran en torno a la cuestión de si está probado como pretende CP que el GCBA no prestaba los servicios que dan lugar al cobro reclamado.

El núcleo de la prueba relevante para decidir la cuestión lo constituyen los informes de AGP de fs. 359/360 y de BACTSSA de fs. 370/371.

Como ya he dicho, según CP el informe de la AGP afirma que el GCBA no prestó los servicios reclamados en las terminales portuarias n° 5 y 6, que fue la propia AGP quien tuvo inicialmente a su cargo tales tareas con equipos propios; que, luego de concesionadas las terminales portuarias, cada una de ellas tomó a su cargo los servicios, y que a la fecha de efectuar el informe el servicio de recolección de residuos era realizado a través de la empresa TAYM S.A.

Estas manifestaciones nada agregan a la cuestión debatida. Como fue correctamente advertido por el juez Centanaro, no son lo mismo las *terminales portuarias* concesionadas por la AGP que las plantas *Puerto Nuevo* y *Nuevo Puerto* de las que Central Puerto es propietaria y por las que reclama. La distinción entre unos y otros inmuebles es sustancial para definir que la extensión de los informes rendidos no es la que pretende atribuirle CP. Así lo ha destacado la Procuración General durante el proceso, y del mismo modo fue receptada en las sentencias de las instancias anteriores.

El informe de AGP dice —y, en verdad, ello era lo único que de acuerdo con su documentación respaldatoria podía informar— que *el GCBA no prestó servicios en las terminales portuarias* y que *CP no abonó a AGP suma alguna por alumbrado, barrido, limpieza, etc.* Eso *nada acredita en relación con los inmuebles de la actora.* Se trata de información irrelevante en cuanto a lo que aquí se debate, esto es, si el GCBA prestó o no servicios a la actora.

Igual consideración merece el informe de BACTSSA, ya que señala que el GCBA no prestó servicios durante los años 1994 a 1998 “en la Terminal N° 5” (fs. 371).

Como se ve, los agravios señalados en el punto 4.I.c.iii. y 4.I.c.iv. no logran desvirtuar la valoración efectuada por la Alzada respecto de la insuficiencia de esas pruebas para sostener la demanda, que, reitero, se refiere a servicios a los inmuebles de la actora y no a las terminales portuarias.

De aquí se sigue que no era necesario que el GCBA controvirtiera en su alegato las respuestas dadas por la AGP y por BACTSSA. Por ello, el agravio de CP reseñado en el punto 4.1.c.v. no demuestra un error de la sentencia en la ponderación de la prueba ni tampoco que hubiera mediado consentimiento del GCBA con los alcances —errados— que CP pretende asignar a los informes.

Por lo demás, a partir del análisis precedente que evalúa los alcances de la prueba informativa de modo sustancialmente distinto al que intenta CP, el carácter “dogmático” que el juez Corti atribuye a las afirmaciones del informe de fs. 359/360 (punto XXXI, fs. 555 vuelta) pierde la significación que le atribuye la apelante.

A mayor abundamiento, la AGP podía informar a partir de sus registros y documentos acerca de la situación de las terminales portuarias concesionadas por el Estado Nacional, pero no parece razonable suponer que pudiera dar información acerca de la situación de CP, sociedad comercial propietaria de los predios por los que aquí se reclama repetición del pago de tributos.

9. En suma: los agravios de CP no logran demostrar errores en la apreciación de los hechos o del derecho en la sentencia apelada en cuanto al tema principal materia del recurso. Por ello, la apelación ordinaria debe ser rechazada en este aspecto.

II. Agravios por la imposición de costas en primera y segunda instancia.

10. CP plantea que las costas de las instancias anteriores debieron imponerse en el orden causado. Sostiene ella que “tuvo muy buenos argumentos para creerse con derecho a litigar”, a saber: a) que no era exigible el pago bajo protesto; b) que el juez Corti admitió su posición en cuanto a que el ABL es una tasa y a que resulta exigible la prestación del servicio; y c) que rechazó el recurso por insuficiencia probatoria (punto IV, fs. 593 vuelta).

11. En cuanto a las costas de primera instancia, el actor en su apelación contra esa sentencia se limitó a expresar “que V.E. (...) debería admitir que mi parte tuvo muy buenos argumentos para creerse con derecho a litigar” y nada más (fs. 506).

Ni entonces ni ahora la parte actora hizo referencia a su consentimiento con lo resuelto por el juez *a quo* en cuanto rechazó su pretensión de reintegro de lo abonado por Contribución Territorial (que ascendía al 71,33 % aproximadamente del total reclamado) y de su pretensión de ser declarado exento del tributo. Su aceptación del pronunciamiento en cuanto no hizo lugar (en una cuantía significativa) a la

demanda de repetición y a la pretensión declarativa, y su fracaso en la apelación por el monto restante, justifican la imposición de costas a su parte por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT). Principio que no se ve conmovido por las razones que expresa en su memorial ante esta instancia, pues el hecho que uno de los jueces coincidiese con la actora en cuanto a la naturaleza del tributo y la exigibilidad de la prestación del servicio, no permite perder de vista que CP perdió el juicio por no cumplir con la carga de acreditar en forma eficiente la imputación de falta de prestación de servicios que efectuó a la parte demandada.

III. Agravios por la regulación de honorarios en segunda instancia.

12. CP plantea dos tipos de agravios en contra de la regulación de honorarios a los letrados del GCBA por la actuación ante la Cámara (fs. 594 y vuelta), que ascendió a \$ 202.500:

a) considera los honorarios son excesivos en relación al mérito, extensión y eficacia de su labor, ya que el fallo de Cámara rechazó la apelación en función a una circunstancia no planteada por el Fisco (la falta de protesto) y a otra (insuficiencia de prueba sobre la falta de prestación de los servicios) no alegada por el GCBA.

b) la regulación tiene origen en un error material, ya que el monto del juicio en segunda instancia pasó a ser de \$1.356.000.

13. El error de CP en la interpretación de la sentencia también se evidencia en este punto. Ya he señalado que ambos magistrados consideraron que la actora no probó sus dichos. Sin perjuicio de ello, es cierto que la estrategia de defensa del GCBA giró en torno a la innecesariedad de la prestación "*uti singuli*" de los servicios que dan base al tributo. Mas, de la lectura de su escrito de fs. 509/534 se advierte que planteó numerosas cuestiones que fueron útiles para la adecuada delimitación de la cuestión debatida, por ejemplo, la ubicación de los inmueble de CP, su situación frente a los tributos locales, etc. En tanto la escala aplicable para los honorarios de la segunda instancia establece que deben fijarse entre un 25% y un 35 % de los regulados en primera instancia (art. 14, LA), el porcentaje considerado por la Sala para la regulación efectuada (30%) se ajusta a los parámetros legales y debe ser confirmado.

14. CP afirma que el monto del proceso, en segunda instancia, no era ya el de la demanda (\$ 4.715.283), sino el de su apelación (\$ 1.356.660). Por ello, considera que el 30% regulado por la alzada debió efectuar la reducción "en función de la limitación en la materia del juicio", dando por resultado "un importe del orden de \$ 58.700". No obstante la oposición de la Procuración General (fs. 618 y vuelta), entiendo que le asiste razón en este punto al apelante.

En efecto, consentida la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la repetición por la Contribución Territorial, que ascendía a \$ 3.358.622, CP sostuvo su demanda (por vía recursiva) sólo hasta la suma de \$ 1.356.660. De tal manera, ambas partes dejaron de litigar en relación con aquella contribución y la controversia quedó ceñida al reclamo de repetición llevado a decisión de la Alzada, esto es, la suma de \$ 1.356.660, esto es el 28,77% del valor disputado en primera instancia.

El art. 19 de la Ley de Aranceles define al monto del proceso como “la suma que resulta de la sentencia o transacción”. Ante el rechazo total de la demanda en primera instancia y la limitación de la apelación a una suma notoriamente inferior a aquella por la que se inició el juicio, considero que la suma discutida ante la Cámara fue sólo aquella por la que CP recurrió y expresó agravios y que ese es el monto sobre el que podía decidir la sentencia. Si bien es claro que el artículo no prevé el caso en que la pretensión económica no prospera, la CSJN ha señalado que el monto del juicio a considerar a los fines de la regulación de honorarios cuando se rechaza totalmente la demanda, es el total de la suma reclamada (in re: Agencia Marítima Doderó S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ repetición”, fallo del 22 de diciembre de 1975 publicado en Fallos:293:656).

Aplicando tales criterios a la particular situación de autos, se deberá considerar como base de cálculo para determinar los honorarios de segunda instancia (art. 14, LA) el 28,77% de los honorarios regulados en primera instancia (\$ 675.000), resultando, entonces, la suma de \$ 194.197,50. El porcentaje para la segunda instancia, según lo expresé en el punto 13, es de 30%, de lo que resulta como honorarios por la actuación ante la Cámara una suma levemente menor a la indicada por el actor en su recurso, por lo que cabe reducir la regulación efectuada por la Sala I a la suma de \$ 58.700.

C.- Conclusiones.

15. Por las razones expuestas en los puntos precedentes propongo al acuerdo confirmar el fallo recurrido, con excepción de la regulación de honorarios a los letrados de la Procuración por su intervención en la segunda instancia, los que deben ser reducidos a la suma indicada en el punto anterior.

Toda vez que CP trajo a decisión del Tribunal agravios referidos tanto al rechazo de la repetición como a los honorarios regulados por un total de \$ 1.559.160 (\$ 1.356.660 + \$ 202.500), y que el recurso sólo prosperó por \$ 143.800 por la reducción de honorarios (\$ 202.500 – \$ 58.700), cabe distribuir las costas entre las partes en la proporción en que resultaron vencidos, esto es, Central Puerto deberá soportar el 90,78% y al GCBA en el 9,22% de las costas de esta instancia.

En consecuencia voto por:

a) Rechazar el recurso de apelación ordinario planteado por Central Puerto contra la sentencia de fs. 542/556 vta. y su aclaratoria de fs. 566/567 vuelta; con excepción del planteo referido a la regulación de honorarios de los letrados de la parte demandada ante la Cámara, efectuada en el punto b) de la sentencia aclaratoria, los que quedan establecidos en la suma de \$ 58.700 (pesos cincuenta y ocho mil setecientos).

b) Imponer las costas del recurso a la actora vencida en un 90,78% y al GCBA en un 9,22%.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El agravio sustentado en la ausencia de una mayoría debe ser rechazado, porque parte de una premisa falsa: que el Dr. Centanaro desestimó la pretensión de repetición basándose *única y/o principalmente* en que la actora no efectuó ningún pago bajo protesta.

Sin embargo, este argumento desarrollado por el Dr. Centanaro, y no compartido por el Dr. Corti, no es esencial a la hora de definir la suerte del recurso de apelación, ya que fue emitido —como lo reconoce el propio Dr. Centanaro a fs. 546 *in fine*— “a mayor abundamiento”. Lo que determinó el rechazo de dicho recurso por ambos camaristas, es que la actora no acreditó la ausencia de efectiva prestación, por parte de la ex Municipalidad y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, de los servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros, de pavimentos y aceras, *en la zona donde se encuentran ubicados los inmuebles de la actora*.

Este razonamiento conforma el núcleo del fallo cuestionado, y por lo tanto no se advierte la pretendida inexistencia de fundamentos coincidentes en los votos de los camaristas.

2. Con respecto a los agravios vertidas contra la decisión de fondo, adhiero a los puntos 5 al 9 inclusive del voto de la Dra. Ruiz.

Como correctamente destaca la Dra. Ruiz, aludiendo al voto del Dr. Centanaro, en el expediente no está acreditado que los inmuebles de la actora se encuentren dentro de las terminales portuarias n° 5 y 6, concesionadas por la AGP. Por el contrario, de cierta prueba informativa parecería desprenderse lo contrario, como ocurre con el informe presentado por BACTSSA —empresa concesionaria de la terminal n° 5— según el cual “... *Los terrenos ocupados actualmente por Central Puerto S.A., que ocupan*

gran parte de la superficie del quinto Espigón, están excluidos de los límites de la Terminal Concesionada ...” (fs. 370, punto c).

Por lo tanto, toda la prueba producida por la actora (ver, especialmente, informes de fs. 359/360 y 370/371), orientada a probar que en dichas terminales portuarias los servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros, de pavimentos y aceras no eran realizados por el GCBA sino por la AGP y, luego, por las empresas concesionarias —por sí o contratando otras empresas—, resulta inconducente, superflua.

En consecuencia, las críticas deslizadas por el recurrente referidas a la presuntamente incorrecta valoración de aspectos probatorios, resultan irrelevantes, ya que atacan aspectos secundarios de la resolución pero no controvierten, con la seriedad que exige cualquier recurso, el núcleo de la sentencia cuestionada.

Por último, cabe destacar que la falta de acreditación de la ausencia de prestación efectiva de los servicios públicos controvertidos en la zona en que se encuentran ubicados los inmuebles de autos, perjudica a la actora, ya que sobre ella recae la carga de la prueba (conf. art. 301 CCAyT). Si bien nos referimos a un *hecho negativo*, cuando aquél es presupuesto de actuación de la norma que una parte invoca a su favor, no existen razones que releven a dicha parte de la carga de la prueba, ya que la regla según la cual *“la negativa no debe probarse”* sólo es válida cuando se refiere a la mera negativa o desconocimiento, por parte de un parte, de los hechos afirmados por la contraparte, supuesto distinto al de autos (conf. Palacio, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, 17^a ed.act., pág. 401, Ed. LexisNexis, Bs.As., 2003).

Y tampoco se trata de un caso de *“prueba diabólica”* o de imposible cumplimiento, ya que si bien el hecho negativo no es susceptible de comprobación directa, la actora podría haber intentado acreditar hechos positivos que permitan *presumir* el negativo, como por ejemplo —y como acertadamente destaca la Dra. Ruiz— solicitando que el GCBA informe sobre el circuito de recolección de residuos y la red de alumbrado público en la zona en que se encuentran ubicados los inmuebles de la actora, cosa que no hizo.

3. Con respecto al agravio referido a la imposición de costas en primera y segunda instancia, el argumento esencial para rechazarlo es que la pretensión de la actora fue desestimada en ambas instancias por no haber acreditado los extremos que tornarían procedente la acción, más precisamente no probó la ausencia de prestación del servicio público pertinente.

Por lo tanto, y aún suponiendo que la actora se considerase con razón para litigar, lo cierto es que nunca debió iniciar —en primera instancia— y proseguir —en la Cámara— la presente acción judicial si no podía probar sus alegaciones, algo que ni siquiera intentó, como se desprende de su

ofrecimiento de prueba (ver fs. 200/201). Esta actitud descuidada, desde el punto de vista procesal, brinda plena justificación a la imposición de costas a la vencida en ambas instancias.

4. En cuanto al agravio relativo a la regulación de honorarios por trabajos realizados en la alzada, comparto la solución que propone la Dra. Ruiz y los fundamentos brindados en los apartados 13 y 14 de su voto, sin perjuicio de realizar ciertas consideraciones en cuanto a la forma de calcular la base regulatoria.

En primer lugar, la base regulatoria debe estar compuesta sólo por el interés comprometido con el recurso, en desmedro de la frase de la ley que alude a *“la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia”*. Por lo tanto, si se apela solamente uno o algunos rubros de la pretensión de repetición de impuestos, esos son los montos que corresponde considerar al momento de establecer la base regulatoria, y no aquellos que fueron desestimados en la sentencia de primera instancia y consentido dicho rechazo por el apelante.

En segundo lugar, y aquí radica mi discrepancia en cuanto a los fundamentos —y no a la solución— expuestos en el voto de la Dra. Ruiz, considero que no corresponde regular los honorarios de alzada como un porcentaje de la cantidad *“fijada”* en primera instancia, sino más bien de la cantidad que *“deba fijarse”* (Fallos 308:2022, y mis votos en *“Spisso, Rodolfo R: s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Spisso, Rodolfo R. C/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”*, expte. n° 1066/01, resolución del 19 de marzo de 2003; y *“Gómez Villalba, Nelzon y otros c/ GCBA (Hospital ‘Bernardino Rivadavia’) s/ daños y perjuicios s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 5257/07 y su acumulado “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gómez Villalba, Nelzon y otros c/ GCBA (Hospital Bernardino Rivadavia) s/ daños y perjuicios”*, expte. n° 5243/07, resolución del 21 de noviembre de 2007).).

Es decir, los honorarios establecidos por los trabajos realizados en primera instancia constituyen un parámetro *orientativo* pero no condicionante de la regulación a realizar en la alzada, o en otras palabras, el monto de los honorarios correspondientes a trabajos en segunda instancia no debe consistir automáticamente en determinado porcentaje de la regulación firme de primera instancia, pues de otro modo cualquier error cometido al regular éstos últimos no podría repararse en la alzada (conf. CNCiv, Sala D, 27/10/1978, *“Avella de Federico, Margarita L. C/ Aquino, Rosa”*, ED 80-614).

Otro argumento sólido para sostener el criterio expuesto en el párrafo anterior, es que los honorarios de primera instancia pueden verse disminuidos en el supuesto de intervenir varios profesionales —conjunta o sucesivamente— por una misma parte, conforme lo establecen los arts. 10 a 13 y 37 de la ley 21.839, normas que podrían no resultar aplicables a los trabajos realizados en la alzada en caso que no ocurra esta múltiple intervención profesional.

Sin embargo, no encuentro fundamentos que justifiquen no tener en cuenta los honorarios regulados en primera instancia al momento de determinar la base de cálculo, por lo tanto comparto la regulación de honorarios practicada en el punto 14 últ.párr. del voto de la Dra. Ruiz.

5. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de apelación, con costas impuestas en la proporción indicada por la Sra. Jueza de trámite en su voto, de acuerdo al éxito del recurso.

Los jueces José Osvaldo Casás y Luis F. Lozano dijeron:

1. La parte actora recurre la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario por apelación ordinaria, la que resulta formalmente procedente: a) por dirigirse contra una sentencia definitiva; b) por ser la Ciudad parte y c) en tanto el monto del agravio discutido en último término supera el exigido por las normas de rito.

2. Al mismo tiempo, la articulación incoada plantea la nulidad del fallo recurrido aduciendo la ausencia de fundamentos coincidentes en los votos emitidos por los magistrados del Tribunal *a quo* (jueces Esteban Centanaro y Horacio G. Corti) y se agravia, asimismo, en cuanto a la decisión de fondo adoptada por la Sala.

Respecto del pedido de nulidad de la sentencia, el mismo no puede prosperar, por cuanto en ambos votos se han desarrollado fundamentos —algunos coincidentes: ausencia de prueba sobre la falta de prestación del servicio legitimante de las prestaciones públicas exigidas y caracterizadas como tasas; y otros discrepantes: falta de protesta por el contribuyente en los pagos realizados—. Así entonces, la convergencia discursiva parcial, y más allá del hecho de que uno de los argumentos haya sido abordado en forma encontrada impiden descalificar el pronunciamiento en consideración como acto jurisdiccional válido.

3. De todos modos, para precisar el aspecto dirimente y núcleo central de la controversia, se torna conveniente, por razones metodológicas, y de modo preliminar, dejar sentado que en opinión de los suscriptos **la falta de protesta al momento del pago de los tributos que se pretenden poner en crisis resulta insustancial para la procedencia de la acción de repetición.** Tal recaudo constituyó una creación pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa: *“Don Domingo Mendoza y hermano c. La Provincia de San Luis, s. derechos de exportación”* (Fallos: 3:131), sentencia del 5 de diciembre de 1865, donde se lo fundó en “la penuria en que han quedado las provincias con la privación de los derechos de importación y exportación de las aduanas, los cuales fueron atribuidos exclusivamente por la Constitución al

gobierno nacional”. Tiempo después, *in re*: “*Don José Derito y otros contra la Provincia de San Juan, sobre inconstitucionalidad de la ley y devolución de impuestos*” (Fallos: 116:292), sentencia del 25 de febrero de 1913, el Alto Tribunal señaló en los considerandos “que no teniendo la provincia conocimiento formal de la disconformidad de los actores con el impuesto aludido hasta ... la fecha de la notificación de la demanda ..., ha podido invertir los fondos percibidos de los demandantes por el concepto aludido, en gastos del servicio público y en garantías de seguridad a favor de los bienes y de las personas establecidas en su territorio”, lo que se reitera en la causa: “*Llames Hermanos v. Provincia de Buenos Aires, s. repetición*” (Fallos: 183:356), sentencia del 28 de abril de 1939, “que en diversos fallos esta Corte Suprema ha declarado reiteradamente que la protesta es un requisito indispensable para la procedencia de la demanda sobre la repetición de las sumas pagadas por concepto de impuestos, destacando como uno de sus fines principales el de poner en conocimiento del gobierno la disconformidad de los contribuyentes con el gravamen que se les cobra, para evitar la inversión de esa renta o para darles la oportunidad de arbitrar los recursos tendientes a obviar los inconvenientes que traería aparejada una posible repetición (Fallos: 3:131; 99:355; 119:299 y 182:219, y muchos otros)”.

De todos modos, el Tribunal cimero dejó de lado la exigencia de la protesta previa en diversos supuestos debilitando de tal modo, por vía de excepciones la doctrina jurisprudencial (cobros reclamados por vía ejecutiva o de apremio; pagos realizados por error, etc.).

En cuanto a los tributos nacionales regidos por la ley nº 11.683, no se requiere para la repetición el apuntado recaudo. Otro tanto ocurre en el derecho positivo de la Ciudad constituido por las diversas versiones de su Ordenanza Fiscal —hoy Código Fiscal—, lo que permite concluir en este aspecto que tal requisito ha perdido al presente toda vigencia, por cuanto ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe prescindirse de la protesta cuando la legislación respectiva prevé un procedimiento para la repetición que no lo contempla (cfr. los pronunciamientos recaídos en las siguientes causas: “*Standard Oil Co (New Jersey) v. Dirección General del Impuesto a los Réditos*” —Fallos: 194:345—, sentencia del 2 de diciembre de 1942; “*Cía. Tierras del Oeste v. Nación Argentina*” —Fallos: 198:50—, sentencia del 18 de febrero de 1944; “*S.A. Cía. San Pablo de Fabricación de Azúcar v. Dirección General del Impuesto a los Réditos*” —Fallos: 202:443—, sentencia del 3 de septiembre de 1945, y “*S.A. Transradio Internacional v. Provincia de Buenos Aires*” —Fallos: 269:92, considerando 18º—, sentencia del 11 de octubre de 1967, entre muchos otros).

Por lo demás, en el orden local y bajo el régimen de la ley nº 19.987, Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que aforaba a este ente local a la justicia en lo civil, a través de la Cámara Nacional de Apelaciones de dicho fuero por sentencia recaída hace más de treinta años, en el plenario del 15 de julio de 1977, autos: “*Kartopapel S.A. c/ Municipalidad de la Capital*” (Revista Jurídica Argentina La Ley, tomo 1977-

C, p. 361 y ss.), se consagró como doctrina plenaria que: “No es necesaria la protesta previa para repetición de un impuesto pagado indebidamente, por lo que queda modificada en tal sentido la doctrina plenaria sentada en autos: ‘*Prego, Domingo*’, del 1º de agosto de 1953” (v. al respecto el lucido voto del Juez de Cámara Jorge Horacio Alterini). Valga advertir que la doctrina sentada en el precedente que se dejaba de lado del año 1953, importó un viraje rotundo respecto de anteriores plenarios de igual fuero que se habían expresado por la innecesariedad de la formalidad de la protesta para el ejercicio de la acción de repetición (cfr. Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 30 de marzo de 1932, en la causa: “*Palacios de Cáceres y otros c. Municipalidad de la Capital*” —Jurisprudencia Argentina, tomo XXXVI, p.1082 y ss.— y del 19 de octubre de 1939, en la causa “*The River Plate Coal Co. Ltd. C. Municipalidad de la Capital*” —Revista Jurídica Argentina La Ley, tomo 16, p. 306 y ss.—).

El exigir como recaudo de la repetición frente a un pago indebido que el mismo haya sido realizado bajo protesta contraviene principios fundamentales acogidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como son los relativos al derecho de acceso a la justicia, la posibilidad de revisión judicial de la acción de la administración, la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en juicio, aspectos extensamente abordados en el fundado voto del Juez de Cámara Horacio G. Corti.

4. Ingresando en la materia central en debate, viabilidad de la repetición por ausencia de prestación del servicio, es posible el tratamiento en conjunto de los tributos que se pretenden poner en crisis en esta causa, esto es las contribuciones por alumbrado, barrido y limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros, y de pavimentos y aceras, por responder todas ellas a una matriz conceptual unitaria en cuanto alcanzan a los titulares de ciertos derechos sobre inmuebles —principalmente a quienes detentan el dominio— y operan con una mecánica de determinación cuantitativa semejante. Ello se explica, si se los aprecia como un “conglomerado de tributos” que si bien abarcan distintos presupuestos de hecho poseen en común una idéntica base imponible —avalúo fiscal atribuido a los inmuebles—, a partir de la cual se calcula, de manera diferenciada, el *quantum* de cada una de las prestaciones públicas, según se trate de la aplicación de una alícuota fija —que es lo que ocurre en nuestro caso— o de una tarifa progresiva —que es lo que acontece en la contribución territorial— (cf. punto XIII del voto del juez Horacio G. Corti).

5. Sentado lo expuesto, queda por dilucidar a quién le corresponde la carga probatoria sobre la prestación efectiva de los servicios que generan la obligación de pago de los distintos tributos que se intentan repetir y, además, si las afirmaciones, negaciones y elementos probatorios allegados a la causa son suficientes para formar convicción sobre el punto.

6. Queda por definir, incluso preliminarmente, si hay hechos controvertidos teniendo en cuenta la afirmación categórica en que sustenta la demanda de “inexistencia de prestación de los servicios”, por haber merecido una respuesta, al menos lábil, del Gobierno de la Ciudad, a partir, por un lado, de una negativa genérica de los hechos sostenidos por la actora (punto 21: “La alegada ausencia de servicios públicos prestada por mi representada”; punto 25: “Que el GCBA no presta ni la MCBA prestaba servicios en la zona portuaria del Puerto Nuevo de la Ciudad de Buenos Aires”; punto 27: “La alegada falta de prestación de servicios municipales en la zona del Puerto Nuevo de la Ciudad de Buenos Aires...”; punto 30: “Que de los pliegos de licitación de las terminales portuarias surja que el GCBA no tiene a su cargo la prestación del servicio público de Alumbrado, Barrido y Limpieza y Mantenimiento de Pavimentos y Aceras, Recolección de Residuos y Mantenimiento de Sumideros”, v. fs. 241 vuelta y 242). Ello contrastado con la afirmación contenida en el punto 48 a tenor de la cual se niega “que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiera reconocido que el gravamen motivo de autos es una tasa que exige como presupuesto para su cobro la existencia de un servicio efectivamente prestado en forma particularizada al contribuyente” (v. fs. 243 vuelta), como todas las manifestaciones concordantes que a lo largo del proceso ha venido reiterando la representación del Gobierno de la Ciudad.

Las negativas transcriptas precedentemente, si bien no infringen el principio lógico fundamental de no contradicción, debilitan la fuerza argumentativa que pueda resultar de las apuntadas formulaciones para convertir a los hechos en plenamente controvertidos y, de todos modos, al menos no se compadecen con las exigencias impuestas al Estado desde antiguo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, el Alto Tribunal *in re: “Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas”* (Fallos: 10:203), sentencia del 27 de junio de 1871, dejó sentado que la Administración Fiscal, en tal oportunidad la Aduana, debía ser *leal, franca y pública en sus actos*. Mucho tiempo después, el mismo Estrado, en la causa *“Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires”* (Fallos: 308:2153), sentencia del 13 de noviembre de 1986, hizo hincapié, que al momento de desplegar sus potestades tributarias recaudatorias el Fisco no podía perder por norte *la ejemplaridad que debe presidir los actos del Estado*.

7. Ahora bien, vista la plataforma fáctica desde la prueba producida en las actuaciones por la propia actora, se advierte que si su intención fue tomar a su cargo la prueba de los hechos, se torna insuficiente para tener por acreditada la falta de prestación de los servicios que alega. A ello contribuyen los siguientes elementos de juicio:

a) No está debidamente acreditado que los inmuebles en los que se emplazan las usinas Nuevo Puerto (partida nº 457.286) y Puerto Nuevo (partida nº 457.287) coincidan con las terminales portuarias 5 y 6, según así las individualiza la AGP. Al respecto, en la prueba informativa obrante a fs. 370/371, punto c), —respuesta brindada por BACTASSA (Buenos Aires Containers Terminales Services S.A.)—, puede leerse: “Según los términos del Pliego Técnico Particular correspondiente a la Terminal 5 concesionada a Bactassa, esta terminal se ‘localiza en el quinto Espigón de Puerto Nuevo, incluyendo la cabecera de la Dársena D... según se indica en el croquis 5.1’. Los terrenos ocupados actualmente por Central Puerto S.A., que ocupan gran parte de la superficie del quinto Espigón, están excluidos de los límites de la Terminal Concesionada. A tales efectos, se acompañan a la presente copia de las partes pertinentes del Pliego Técnico Particular correspondiente a la Terminal 5”.

b) Tampoco están acreditados los límites del **área primaria aduanera** y que ello sea un obstáculo para la prestación de los servicios. Tal planteo, además de constituir una reflexión tardía de la actora recién introducida al momento de presentar el memorial que sostiene el recurso ordinario de apelación, tampoco es concluyente. A mayor abundamiento cabe enfatizar que no se justifica razonada y fundadamente en tal pieza procesal por qué motivo aquello que está dentro de los límites del área primaria aduanera pueda verse sustraído, en términos fácticos, de la prestación de los servicios que brinda hoy el GCBA como contrapartida de las tasas inmobiliarias que aquí se debaten. Adviértase que la existencia de un área primaria aduanera no es óbice para el ingreso del personal que cumple tareas en las terminales portuarias ni en las centrales eléctricas, lo que descarta, tomando las prevenciones del caso, que los inmuebles se encuentren más allá de donde los agentes públicos puedan llegar para brindar las tareas necesarias o prestar los servicios particularizados que aquí se controvierten.

c) En cuanto a la efectiva prestación de los distintos servicios por parte de la AGP (v. fs. 359/360), análogos a los que debería brindar en esa zona el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tal circunstancia no permite formar criterio, ya que el contribuyente no puede sustraerse de la obligación fiscal proveyéndose privada o, incluso, públicamente de los servicios a través de un tercero buscando una mayor calidad o condiciones especiales de los mismos. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido *in re*: “S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata v. Nación Argentina” —Fallos: 251:50—, sentencia del 11 de octubre de 1961, que la sola circunstancia de que el contribuyente carezca de interés en el servicio estatal no basta para eximirlo del pago de la tasa respectiva. A su vez, el Alto Tribunal, en la causa: “Municipalidad de San Lorenzo v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales” —Fallos: 251:222—, sentencia del 8 de noviembre de 1961, ha dejado señalado que el pago de una tasa constituye una obligación

impuesta por la solidaridad con la existencia misma del servicio estatal, incluso por parte de quienes no lo aprovechan rigurosamente, carezcan de interés en recibirlo, o se hayan resistido a su prestación.

Por lo demás, la aseveración de la AGP en la contestación del oficio individualizado precedentemente, contenida en el punto e), donde se expresa: “El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no prestó servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento, y limpieza de sumideros, mantenimiento de pavimentos y aceras en la Zona del Puerto Nuevo, donde se encuentran las Terminales Portuarias Nros. 5 y 6, que dieran lugar al pago de tasas municipales. En la actualidad, el servicio de recolección de residuos se realiza a través de la Empresa TAYM S.A.”, resulta totalmente inatingente, por cuanto escapa a la competencia de tal organismo nacional el actuar como fedante de dichos extremos, más aún cuando los mismos vienen constituidos por hechos negativos de difícil comprobación; todo lo cual convierte a tal aserto en una afirmación puramente dogmática. A lo sumo, tal afirmación, tomada con las prevenciones del caso, es una prueba introducida sin el contralor de la otra parte, que no tendría más alcance que la puramente testimonial.

8. Al producirse la intervención del Tribunal a partir de un **recurso ordinario de apelación** que lo convierte en **tercera instancia de mérito**, es del caso señalar que, a partir de la insuficiencia del marco probatorio reseñada en detalle en los puntos precedentes, se hace menester decretar una medida para mejor proveer ceñida a corroborar si, en el caso, se han prestado los servicios justificantes de las prestaciones públicas coactivas en debate, tal como lo requiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según doctrina emblemática sentada en la causa: “*Compañía Química S.A. v. Municipalidad de Tucumán*” —Fallos: 312:1575—, sentencia del 5 de septiembre de 1989, conforme a la cual es menester que al cobro de una tasa *debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente*, con reenvío al precedente: “*Cándida de Gregorio viuda de Cipriano y Otros*” —Fallos: 236:22—, sentencia del 3 de octubre de 1956; afirmaciones reiteradas con la nueva composición del Alto Tribunal *in re: “Massalín Particulares S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*” —Fallos: 329:792, considerando 6º *in fine*—, sentencia del 21 de marzo de 2006.

Ello se justifica dado que no corresponde permanecer indiferente respecto de la búsqueda de la verdad objetiva que subyace en la controversia, a tenor de lo previsto en el **art. 29 inc. 2 del CCayT** que, dentro de las facultades ordenatorias e instructorias propias de los jueces prescribe que: “**aun sin requerimiento de parte, los tribunales pueden ... ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes**”.

Las facultades instructorias de los jueces, en este sentido, no chocan con el principio general en materia de carga probatoria, contemplado en el art. 301 del Código de rito que establece que: “incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido...” y que “cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”. Es que, a este respecto, incluso se ha propuesto por la doctrina mayoritaria del Derecho Tributario latinoamericano, alterar en este caso el *onus probandi*, acogiendo la *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* —v. Peyrano, Jorge W. (director) y Lépori White, Inés (coordinadora): *Cargas probatorias dinámicas*, obra colectiva, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004—, ligadas al deber de colaboración y enderezadas a esclarecer en plenitud la verdad jurídica objetiva. A tenor de ella, la carga de probar se adjudica a la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, aunque ello importe invertir el tradicional principio que preside tal aspecto procesal. Así, deberá computarse la aptitud y comodidad de cada parte para prestar su ayuda para esclarecer los hechos, teniendo en cuenta la posición dominante o privilegiada en que pueda encontrarse respecto de tales hechos o en relación fáctica con el *sustractum* litigioso. Sobre el punto, Inés Lépori White, ha señalado: “Esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en *determinados supuestos* la *carga de la prueba* recae sobre *ambas partes*, en especial sobre aquella que se encuentra en *mejores condiciones para producirla*. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la *carga de la prueba*, sino que trata de *complementarla* o *perfeccionarla*, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad” (cfr. Lépori White, Inés: “Cargas probatorias dinámicas”, parágrafo IV: “Cargas probatorias dinámicas”, punto 1: “Concepto”, en: ob. cit. precedentemente citada, ps. 35 y ss., en particular p. 60). Esta solución fue recogida por unanimidad en las conclusiones a que se arribara en las *XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* —foro que reúne no sólo a los juristas y profesores de la especialidad de este ámbito, sino también de España, Portugal e Italia—, llevadas a cabo en Caracas, Venezuela, en el año 1991 (Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: *Estatutos – Resoluciones de las Jornadas*, ps. 113 y ss., en particular ps. 113 a 116, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004), teniendo en cuenta que es la Administración quien, por desplegar la actividad pública que da lugar al pago de las tasas, es quien tiene más facilitada la posibilidad de acreditar que dicha actividad efectivamente se ha cumplido.

Como conclusión de lo expuesto, estimamos que considerar infundado el recurso por no haberse agraviado el apelante de los argumentos brindados por uno de los magistrados de la Cámara *a quo* en el sentido de que quien alega debe probar, parece excesivo cuando en el

memorial de agravios se ha insistido en que arrimar a las actuaciones otros elementos de convicción, sobre hechos que la parte reputa negativos, constituirían una prueba de muy difícil obtención, más aún cuando la doctrina en punto a las tasas no es totalmente pacífica respecto al *onus probandi*, sobre todo, como se apuntara, desde la perspectiva de las concepciones dinámicas que la desplazan a la Administración.

9. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde citar a las partes a una Audiencia para que expresen lo que estimen atinente, previo a disponer la medida para mejor proveer conducente al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva en torno de la efectiva prestación de los servicios públicos justificantes del cobro de los tributos que se cuestionan en la causa.

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Rechazar el recurso de apelación ordinario planteado por Central Puerto contra la sentencia de fs. 542/556 vta. y su aclaratoria de fs. 566/567 vuelta; **con excepción** del planteo referido a la regulación de honorarios de los letrados de la parte demandada por su intervención ante la Cámara, los que quedan establecidos en la suma de \$ 58.700 (pesos cincuenta y ocho mil setecientos).

2. Imponer las costas del recurso a la actora vencida en un 90,78% y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en un 9,22%.

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.