

## Actualidad en materia de acciones colectivas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema



**Ramiro Rosales Cuello**

Exjefe de la Cámara Civil y Comercial del Dpto. Judicial de Mar del Plata. Abogado especializado en Derecho Procesal por la Universidad del Salvador.



**Javier D. Guiridlian Larosa**

Abogado especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Profesor en la carrera de Derecho Administrativo Económico (UCA). Autor de "Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras", Abeledo- Perrot, 2014.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Una cita obligada: El caso "Halabi".— III. La clave de bóveda de las acciones colectivas: Los fines que pueden llegar a justificar su promoción.— IV. Los nuevos precedentes de la Corte Suprema.— V. Las precisiones que siguen faltando.— VI. Colofón.

### I. Introducción

Los procesos colectivos constituyen uno de los tópicos que mayor interés ha presentado en el último tiempo en la literatura jurídica del país, en gran parte por la dinámica (expansiva) que ha venido presentando en la praxis jurídica local aunque, vale remarcarlo, esta última focalizada en la creciente jurisprudencia de los tribunales, hallándose pendiente aún —cuando menos en el ámbito nacional— una norma adjetiva general que dé cuenta de dicho remedio procesal, ello sin perjuicio de los regímenes sectoriales que pueden encontrarse sobre todo en el orden local (1).

En este último sentido, y como hemos ya manifestado en más de una oportunidad antes, este tipo de cauces no constituye al fin de cuentas sino una de las herramientas con las que se cuenta para tratar aquellos conflictos que presentan notas peculiares: un sujeto trans o pluriindividual y un derecho litigioso referido a bienes indivisibles, o a bienes divisibles aunque susceptibles de tratamiento aglutinado frente a hipótesis de conflicto en tanto el derecho —individual— en juego sea idéntico desde el punto de vista cualitativo, y el origen del perjuicio común.

Quizás el aspecto más imbricado de esta herramienta se da en aquellos supuestos donde lo que se encuentra en juego es un conflicto que afecta este último tipo de derechos (individuales homogéneos), ya que en tal caso es donde se pone sobre el tapete la eventual "conveniencia" de discurrir por este tipo de herramientas, sobre todo por el contrapunto que ello genera en torno a la primacía —y consecuente respeto— del derecho individual a la acción, y la contracara que los procesos colectivos presentan, tal la defensa de quienes no son parte en el proceso aun cuando van a estar alcanzados por el resultado de la litis.

Ahora bien, más allá de la alternatividad que presenta esta figura —ya que existen otras tales como los casos testigo, la consolidación, y la transferencia, solo por mencionar algunas de las que el Derecho Norteamericano provee (2)—, lo que debe tenerse muy presente son las diferentes finalidades que pueden movilizar la utilización de las mencionadas técnicas de aglutinamiento conflictual. Esto, ya que, aun cuando se ha querido ver una diferencia entre el modelo sajón y el europeo (3), entendemos no existe óbice en que los supuestos en los que proceda —ponderando para ello el distinto fin que pudiese causar dicha decisión en uno u otro caso— puedan ser albergados en la legislación que al fin de cuentas los aglutine.

Los nuevos pronunciamientos que la Corte nacional ha dictado en la materia, en los autos "Matadero Municipal de Luis Beltrán S.E. c/ Estado Nacional" (4), "Grindetti Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y otro s/ amparo colectivo" (5), "Asociación Civil Cruzada Cívica p/ la Def. de C. y U.S.P. c/ GPAT Cía. Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo" (6) y "Adecua c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario" (7), donde se tratan varias de las cuestiones que hacen a la estructura, requisitos y finalidad de los procesos colectivos, nos servirán de excusa para repasar esos tópicos que hacen a la esencia de la herramienta en consideración.

### II. Una cita obligada: El caso "Halabi"

Previamente a ingresar en el tratamiento de los fallos a los que se ha hecho referencia en el introito del presente, no resulta ocioso recordar que la piedra de toque de los procesos colectivos en protección de los derechos individuales en nuestro derecho nace a partir de los desarrollos suscitados con el precedente "Halabi", ya que el origen del problema fue que la Argentina no tenía consagrada una solución expresa del tipo de las que sí podían encontrarse a nivel comparado, partiendo de las *class actions* americanas.

Cabe recordar, en este último sentido, que fue entonces con la reforma constitucional del año 1994 que se introdujo la categoría de interés prototípico para esa clase de conflictos, tal los derechos de incidencia colectiva, lo que a su vez supuso una sub-discusión asociada en cuanto a si era comprensiva solamente de aquellos supuestos en los que el bien en juego fuese indivisible o bien divisible, aunque susceptible de tratamiento condensado frente a una hipótesis conflictual en tanto se diesen las condiciones a las que se refirió *ut supra*.

Aun cuando nos hemos manifestado en el sentido que el derecho colectivo no resulta abarcativo de los intereses individuales homogéneos, los cuales representaban —según nuestro mirador— no una nueva categoría sustantiva sino una adjetiva, para calificar ese nuevo escenario que en materia de controversias había visto la luz, consecuencia del fenómeno de la masificación de la actividad económica (a la postre extendido a valores sociales), se trataba en cualquier caso de una expresión que no podía ser ajena al mirador del derecho en pos de proveer a los supuestos de lesiones en masa —al margen del tipo de interés en juego y en tanto se dieran los requisitos para su tratamiento único— de una adecuada solución, ya que precisamente una de las fun-

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) De entre los cuales cabe citar sin lugar a dudas el reciente Código de Consumo de CABA, aprobado por ley 6407 del 11/3/21.

(2) Puede verse por el particular, entre varios otros, a GIDI, Antonio, "A *class action* como instrumento de tutela colectiva dos derechos", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2007, ps. 169 y ss.

(3) Mientras que en el primero el fin perseguido era tanto la mayor eficiencia jurisdiccional cuanto precaver la comisión de nuevas conductas de los proveedores de bienes y servicios para lo sucesivo (cariz "regulatorio");

en el derecho continental-europeo se ponía el foco en la salvaguarda del demandante pero a partir de asegurar el acceso a la justicia, ya que se entreveía que los conflictos en masa podían llegar a afectarlo de no contar con un instrumento procesal diferente al clásicamente individual (Puede verse en COROMINAS BACH, Sergi, "Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro", Marcial Pons, 2018, Madrid, p. 122 y ss.; ARMENTA DEU, Teresa, "Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución", Marcial Pons, 2013, p. 31) No obstante y como puede fácilmente advertirse, de lo que se trataba al fin de cuentas *en am-*

los casos era resguardar la posición jurídica de la parte más débil de las relaciones que habían nacido post-revolución industrial y con el fenómeno de la masificación de la economía que el mismo conllevó: ni más ni menos que el consumidor, de mayor relevancia cuantitativa, ya que —conforme lo enseña la literatura económica— mientras que el conjunto de la sociedad es consumidora no toda ella resulta productora de bienes y servicios. De allí su relevancia, con el matiz que en EE.UU. ellos importaban no a título subjetivo individual (finalidad mediata) sino por lo que representaban en términos de ciclo productivo (finalidad inmediata); en efecto, el

consumidor es el primer eslabón por cuya necesidad se insta la fabricación en orden a su satisfacción, lo que a su vez va a terminar resultando en la generación de empleo. Es por ello su trascendencia, ya que sin "demanda" no hay ciclo productivo posible.

(4) Fallo del 17/10/2019.

(5) Fallo del 15/04/2021.

(6) Fallo del 29/04/2021.

(7) Fallo del 24/06/2021.

### Nota a fallo

#### Niños en conflicto con la ley penal

Arbitrario llamado a prestar declaración indagatoria a un adolescente de 15 años. Derecho a ser oído. Interpretación con relación a la ley penal. Punibilidad del Estado restringida por la edad.

CS, 24/06/2021. - H., A. O. s/ infracción ley 23.737. 4

#### Los menores ante la justicia penal

A propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema Marco Antonio Terragni 5

### Jurisprudencia

#### Proceso digital

Pérdida de la grabación de la audiencia de vista de causa. Necesaria búsqueda de parte de la Oficina de Sistemas y Tecnología de la Cámara y del Consejo de la Magistratura —Dirección General de Tecnología—. Imposible reconstrucción de la prueba. Ausencia de transcripción a papel. Declaración de testigos.

CNCiv., sala L, 13/08/2021. - G. P. M. c. Metrovías SA y otros s/ Daños y perjuicios. 6

#### Amparo de salud

Hijo de afiliado que padece discapacidad. Reafiliación como beneficiario directo del grupo familiar. Interpretación de las normas de afiliación. Procedencia. CFed. Tucumán, 11/08/2021. - R., P. y otro c. ASUNT (Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán) y otro s/ Amparo Ley 16.986. 6

ciones que hacen a la existencia del Estado o sea la pacificación social.

Fue por ello que, ante la falta de una regulación que los países sajones forjaron antaño, la Corte Suprema salió a paliar el déficit a través del, a esta altura célebre, caso “Halabi”. Si bien en un primer momento fue muy bien recibido por la doctrina, al alumbrar un camino hasta el momento desconocido en nuestro país, el rodaje posterior a la luz de los presupuestos sobre los cuales el Alto Tribunal de Justicia estructuró la admisibilidad de acciones de la especie —ratificado incluso por las reglamentaciones [primero en materia de publicidad (8), para luego regular los propios requisitos de la acción (9)]— fueron ahondando una vía que generó una división de aguas en la doctrina.

Y esa escisión se produjo, ya que la Corte, más allá de dejar comprendido dentro de la categoría “derecho colectivo” tanto a los supuestos de afectación a bienes indivisibles cuanto a los individuales homogéneos, al fijar los recaudos de la acción respecto de esta última categoría lo hizo adicionando uno que no se hallaba comprendido en el régimen original Inglés desarrollado por la *Court of Chancery* y luego replicado en la regla 23 de los EE.UU. (y sus sucesivas modificaciones), cual es que —amén de la afectación a un interés común y que la pretensión haga énfasis en los aspectos colectivos— el ejercicio individual de la acción no debía lucir plenamente justificado (cons. 13), lo que suponía al fin de cuentas que apareciese vulnerado el derecho de acceso a la justicia.

Si bien agregó en el mismo considerando que también procedería cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, los que el Alto Tribunal dejó asociados a materias tales como salud, ambiente y defensa del consumidor, no quedó en claro si este segundo grupo de supuestos iba a funcionar como vía de escape residual

para la admisibilidad de un proceso colectivo o bien constituían alternativas que no eran ajenas a las condiciones de base que el propio considerando fijaba (10).

Ello mismo la llevó, en posteriores pronunciamientos, a dejar aclarado que aun cuando no se diera la afectación de acceso a la justicia por ser viable la pretensión individual, la acción colectiva de todos modos sería vía idónea cuando existiese un fuerte interés estatal en la protección de los derechos o se tratase de sujetos débilmente protegidos o tradicionalmente postergados, ello conforme lo resuelto en “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo”, donde la discusión giraba en torno a la tutela de los derechos individuales homogéneos de personas discapacitadas beneficiarias de pensiones no contributivas a obtener una cobertura integral de salud en el INSSJP (11).

De nuestro lado, entendemos que parte de la confusión fue por la encerrona que le generó el pretender crear una categoría sustantiva que no existía en cuanto tal (vgr. la de los intereses individuales homogéneos, conforme lo expuesto anteriormente), al punto que el propio *Halabi* incurre en una contradicción en dicho sentido. Esto, ya que, por un lado, al definir a los derechos colectivos por su manifestación individual homogénea lo hace ejemplificando como su contenido posible el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los consumidores como de los derechos de sujetos discriminados (12).

Y, cuando intenta llenar de contenido la supuesta categoría residual que consagra —intereses en los que exista una fuerte intención estadual en su protección—, lo hace trayendo a colación exactamente idéntica clase de derechos (ambiente, consumo,

salud) (13), lo que deja en evidente sinonimia material el contenido del “carril de escape” respecto de aquel que asigna al interés individual homogéneo como categoría “género” (14), al punto que hubo de terminar reconociendo la “alternatividad” de esta última vía para cuando no se den los supuestos característicos de causa fáctica común, énfasis en los aspectos colectivos y afectación del acceso a la justicia.

Lo anterior sumado a que se termina reclinando en el modelo norteamericano, aunque haciendo particular énfasis en la admisibilidad de la vía cuando aparezca comprometido este último derecho (a la tutela jurisdiccional) que, como vimos, constituye una de las tétesis que pueden motivar el discurrir por el presente cauce tutelar, aunque no el único, lo que se tuvo preclaro especialmente en el derecho norteamericano, esto a partir de aquello que en la práctica la figura de las *class actions* perseguían en dicho país (15); al margen que, como también se ha dicho, en este último este instituto era uno de los que existían para tratar reyertas de la especie, lo que incluso lleva a que se exija en su ámbito —para algunos de los sub-tipos de acciones— la “superioridad” (*superiority*) de la vía (16).

### III. La clave de bóveda de las acciones colectivas: Los fines que pueden llegar a justificar su promoción

Ya nos hemos expedido en el sentido que si bien hay supuestos en el marco de conflictos grupales referidos a intereses individuales homogéneos donde de no admitirse ese cauce tutelar (el proceso colectivo) se podría llegar a afectar el derecho a la tutela, la recta inteligencia marca que no puede considerarse a este último como el único supuesto posible en que esta clase de vías resulta plausible (17); prueba de lo cual es la propia categoría “alternativa” que la Corte consagra en *Halabi*, la que ella misma culmina independizando del requisito de acceso a la justicia como presupuesto de admisibilidad de la vía.

mento de tutela coletiva dos direitos”, ob. cit. ps. 170 y ss.

(17) Ver nuestro artículo “Finalidades del proceso colectivo (Análisis actual de la jurisprudencia de la CSJN)”, LA LEY, 2015-C, 1103.

(18) Que trae consigo el carácter vinculante del pronunciamiento en lo que a su núcleo (holding) respecta, al punto que termina siendo fuente formal del derecho, característica bien propia de *common law*; aun cuando, vale recalcarlo, esta posibilidad no resulta a esta altura ajena a los países que adhieren al sistema romanista o escrito. Ver por esto lo que decimos en nuestro artículo “Del control de constitucionalidad, los procesos colectivos y el sujeto pasivo de la relación conflictual”, JA 2017-III, 978.

(19) A ello se suma, cuanto menos en el derecho norteamericano, que si se llega a un juicio (trial) la acción será juzgada por Jurado, el que normalmente aplicará sumas millonarias en concepto de daño punitivo. (COROMINAS BACH, Sergi, “Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro”, ob. cit., p. 130)

(20) De algún modo de forma indirecta se alcanza lo que busca el incidente de acción repetitiva en Brasil: una única solución jurídica para todos estos pleitos. Aquí cabe incluir también la evitación de inconsistencias en la solución, en aquellos casos en que de darse soluciones distintas el demandado se encontraría en imposibilidad de saber cómo obrar (vgr. en el caso *CEPIS*, la falta de audiencia pública no admite soluciones distintas: o la reglamentación es válida o no lo es). Evitar esto es justamente lo que prevé la Regla 23 b 1 no solo en favor del accionante sino también del demandado, que de otro modo no sabría cómo actuar.

(21) Que son aquellos en los que se encuentra en juego un déficit —muchas veces crónico o sostenido— en el (regular) funcionamiento de una organización que involucra a un colectivo de sujetos, donde los efectos de la decisión que se adopte consecutivamente no van a poder ser singularizados o reconducidos a un sujeto en particular, sino que —y resuelta que fuese la causa del mal funcionamiento— involucrarán al conjunto de personas que interactúan con la organización de que se trate (Puede ampliarse por este particular en VITORELLI, Edilson, “Le-

Y esto último es así, ya que son múltiples los fines que pueden determinar la conveniencia en promover una demanda colectiva, dentro de los que pueden mencionarse —por fuera de la facilitación del acceso a la justicia y sin pretender agotar la nómina— los siguientes, a saber:

- evitar el dispendio jurisdiccional y los esfuerzos del sistema judicial, con la consiguiente economía de recursos que ello conlleva;

- asegurar la igualdad de las partes (igualdad de armas);

- el cariz de tipo regulatorio proyectado, lo que se entrevé muy especialmente en el régimen norteamericano a la luz del principio del *stare decisis* (18);

- unida a la anterior esta la “deterrence” o disuasión que genera la “amenaza” de una acción de clase para el caso de que las empresas no se ajusten al derecho material (19);

- uniformar la aplicación de este último (20);

- el buen funcionamiento de las organizaciones, principalmente del sector público, aunque también del privado, lo que se vincula directamente con los conflictos denominados “estructurales” (21), y ligado a ello:

- disuadir las prácticas colectivas abusivas y antijurídicas;

- fomentar la participación ciudadana y proteger los bienes colectivos, junto con la posibilidad de controlar las políticas públicas (22), y

- favorecer la efectivización de los derechos civiles (23).

Lo expuesto, al punto que ordenamientos como el norteamericano no estipulan como condición para la deducción de una *class action* que luzca afectado el acceso a la jurisdicción (24), cariz que, como vimos, se co-

vando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”, *Revista de Processo*, Vol. 284/2018, p. 333- 369. Por una visión sociológica ver REDORTA, Josep, “Conflictos estructurales: elementos para intervención en conflictos crónicos”, *Estudios de la Paz y el Conflicto*, Revista Latinoamericana IUDPAS-UNAH, Vol. 1, N° 2, ps. 92-110., julio-diciembre 2020).

(22) Por los diferentes fines del proceso colectivo puede verse asimismo a GIANNINI, Leandro, “La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos “CEPIS” y “Abarca””, LA LEY 12/09/2016, 5.

(23) Esta fue una de las finalidades más importantes en la Regla 23, luego de lo ocurrido en el caso “Brown vs. Board Education” (antecedente de los procesos o *injuction* estructurales); es decir, unificar en un proceso cuando se cuestiona un comportamiento u omisión común a todos los miembros de una clase y definido ese obrar o esa omisión por condiciones particulares de la misma (la discriminación racial, por ejemplo). Aquí también se hace presente favorecer el acceso a la justicia de quienes solos (por falta de medios, temor a la represión, etc.) no irían a la justicia, lo que deja entrever el entrecruzamiento de fines que las diferentes técnicas para litigios en masa presentan, pero que definitivamente se adicionó en época “contemporánea”, en tanto el pragmatismo propio del derecho sajón —sumado a la ausencia de una teorización en dicho sentido al momento en que las *class actions* vieron la luz y mucho menos en dichos lares, ya que la misma llegó tiempo después por influjo del derecho europeo— impide efectuar una proyección en el sentido de haber sido el mismo (esto es, el acceso a la justicia) uno de los fines originales que se tuvieron en miras al momento de su implantación (Ver por el particular asimismo a COROMINAS BACH, Sergi, “Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro”, ob. cit.).

(24) MÉNDEZ ACOSTA, Segundo, “La afectación del acceso a la justicia como requisito de las acciones de clase, ¿resabio de una visión individualista?” (inédito).

(8) Acordada 32/2014.

(9) Acordada 12/2016.

(10) Así, Maurino y Sigal interpretaban que esta última se trataría de una categoría residual, a través de la cual la Corte parece dispuesta a considerar que la dificultad estructural de acceder a la Justicia podría constituir una justificación independiente y suficiente para la colectivización de ciertos casos que involucren derechos individuales (no homogéneos) (Ver en “Halabi”: La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, JA 2009-II-43). Por su parte Gil Domínguez sostiene que, de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, la categoría de los derechos individuales homogéneos alojará también aquellas situaciones que abarquen derechos subjetivos no homogéneos (Ver en “Derechos colectivos y acciones colectivas”, LA LEY, 2009-C, 1128). Lo que no queda en claro en la lógica de los autores citados es cuales serían en concreto esos derechos no homogéneos que pudiesen dar pie a una acción colectiva, esto ya que aun cuando pudiese discutirse —como de hecho lo hacemos a través del presente— si el acceso a la jurisdicción es un motivo posible que puede determinar la necesidad de promover una acción colectiva aunque no un presupuesto inexorable a satisfacer en todo caso para que dicha vía proceda, dada la diversidad de fines que puede motivar la promoción de una demanda de la especie, lo que no hay duda es que la ausencia de homogeneidad frente a intereses individuales impide la utilización de esta vía, ya que no hay forma de debate en un único proceso de una situación conflictual si la misma no presenta los elementos comunes que permitan su tratamiento aglutinado.

(11) Fallo del 10/02/15, con nota de SALGADO, José María, “Derechos individuales homogéneos vs. demandas individuales. ¿Vía subsidiaria para sectores vulnerables o materias determinadas?”, LA LEY, 2015-C, 451.

(12) Consid. 12.

(13) Consid. 13.

(14) Cabe remitir aquí a nuestros anteriores artículos, que dan acabado desarrollo de nuestra posición: “Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional (Una alternativa de fundamento para la defensa de los

intereses grupales)”, LA LEY, 2006-B, 1238; “Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal: su actualidad en la jurisprudencia de la CS”, Lexis Nexis, Suplemento Jurisprudencia CS, 2007-III, p. 3; “El caso ‘Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Decretos nros. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986’: un avance en pos de la caracterización de las acciones colectivas”, LexisNexis, Suplemento Jurisprudencia CSJN, 2007-IV, ps. 48 y ss.; “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, LA LEY del 23/03/09; “Nuevas consideraciones sobre el caso *Halabi*”, LA LEY, 2009-D, 424; “Acciones colectivas y derechos del consumidor” (Nota a los autos “Asociación de consumidores s/amparo (Exp. n° 50000)”, JFed. Nro. 3, Mar del Plata, del 27/08/2010), LA LEY, 2011-A, 460; “Las acciones colectivas en la Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Procesal*, 2012, Número Extraordinario, “Procesos colectivos”, Rubinzal-Culzoni; “Acciones colectivas en un fallo de la CSJN” (Nota al fallo “PADEC c/ Swiss Medical S. A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”), LA LEY, 2013-F, 445; “Finalidades del proceso colectivo (Análisis actual de la jurisprudencia de la CSJN)”, LA LEY, 2015-C, 1103; “Asimetrías de la Corte en torno del interés individual homogéneo y su protección”, LA LEY, 2016-E, 299; “Del control de constitucionalidad, los procesos colectivos y el sujeto pasivo de la relación conflictual”, JA 2017-III, 978; y Procesos colectivos y tutela jurisdiccional: ¿Fin posible o recaudo condicionante?, en *Temas de Derecho Procesal*, Errejús, abril/2018.

(15) Ver en este sentido lo que decimos en la nota (3).

(16) Tal lo que acontece con aquella reglada en el art. 23 inc. B) 3) (dirigida fundamentalmente a los daños masivos), no así respecto de las contempladas en el art. 23 inc. B) 1 y 2). Se aclara que el requisito de “superioridad de la vía” trae consigo la necesidad de que se demuestre que la *class action* es —frente a las restantes alternativas adjetivas con las que se cuenta para el tratamiento de conflictos de la especie— la vía más justa y eficiente para el tratamiento del pleito colectivo involucrado. Puede verse por este aspecto a GIDI, Antonio, “A *class action* como instru-

responde más bien con la visión “europea” del presente instituto, aun cuando el objetivo final en ambos sistemas resulta coincidente: la protección de la parte más débil en la relación jurídica involucrada, aunque con los matices en los que cada uno de ellos hace hincapié (25).

Nótese en este último sentido que si bien el paradigma que dio origen a las *class actions* en los EE.UU. fue el fenómeno resultante de la masificación de la economía, consecuencia de la revolución industrial (sesgo economicista), reposando siempre la mirada principalmente en cómo mantener “a raya” al mercado (26); en la Europa continental se entrelazó a su turno el cariz social vinculado al acceso a la jurisdicción, ello muy probablemente influenciado por los desarrollos que se habían dado en este último sentido en la materia por dichos lares del mundo (27).

Sin embargo, y como hemos manifestado, no se trata de visiones antitéticas, sino que, y en tanto múltiples son los fines que pueden justificar la implementación de soluciones globales a conflictos grupales, aquello que hay que tener en cuenta es cuáles pretenden ser aprehendidos dentro de las técnicas existentes en la materia que, como también quedó en claro, no se reducen únicamente a los procesos colectivos al existir otras, haciendo indispensable el contar con regulaciones adjetivas que den cuenta de todo lo anterior.

Máxime en países como el nuestro donde la regla preexiste al conflicto, circunstancia que resulta propia y característica de los modelos romanistas o escritos, lo que incluye también la necesidad de precedencia de las pautas adjetivas con base en las cuales las reyertas deben de ser encausadas y resueltas [representativo del sistema conocido como “jurisdicción legal” (28)], esto último lógico corolario de un principio estructural a la actuación del Estado en general, tal el de la vinculación positiva o competencia, de origen continental europeo y que —propio de la confluencia de fuentes a la que adherimos, sobre todo en materia de derecho público— deviene plenamente vigente en la Argentina (29).

#### IV. Los nuevos precedentes de la Corte Suprema

Los nuevos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia en la materia, a los que se ha hecho referencia *ut supra*, traen consigo el objetivo de seguir fijando pautas con relación al instituto bajo análisis; principalmente en los aspectos relativos a la legitimación, el rol de juez en el proceso, y a los recaudos esenciales y estructurales para la admisibilidad de este tipo de acciones en general, ra-

zón por la cual trataremos en lo que sigue de remarcar sus aspectos más salientes.

En el primero de ellos, dictado en los autos “Matadero Municipal de Luis Beltrán S.E. c/ Estado Nacional” (30), el Alto Tribunal tuvo la oportunidad de volver sobre el análisis de los requisitos formales a los que se halla sujeta esta vía, dejando bien en claro que la dilucidación de lo antedicho constituye un aspecto nuclear que debe de ser despejado al comienzo del proceso (31). Lo anterior, lógica consecuencia de la necesidad de saber *ab initio* —a partir de ello— el trámite que se le debe dar a la causa, ya que no debe olvidarse que gran parte de las vicisitudes del proceso colectivo se hallan en la complejidad de su trámite, donde debe precisarse garantizarse la salvaguarda de la posición jurídica de quienes, sin ser parte, van a quedar alcanzados por la sentencia a dictarse en su ámbito.

Y en esa línea termina por revocarse el pronunciamiento de la Cámara, que había dado trámite de colectivo al expediente, sobre la base de considerar que no se había reparado en los requisitos básicos a los que dicho tipo de procesos se halla sujeto. En particular, al no haberse tenido por verificadas: a) la identificación en forma precisa del grupo o colectivo involucrado; b) la idoneidad del representante; y c) la determinación del procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del pleito (32).

En “Grindetti” (33), causa en la cual lo que se trataba era de garantizar la continuidad del servicio de distribución de energía eléctrica en condiciones de calidad y cantidad, a lo que se oponían los reiterados cortes que el actor (Intendente Municipal) proclamaba se hallaban ocurriendo, la Corte analiza la cuestión atinente a la legitimación, considerando que —y aun cuando constituía un tópico que no había sido introducido en los agravios del R.E.— se erigía en un aspecto central para la existencia de un “caso o controversia”, presupuesto constitucional sin el cual la jurisdicción no podía intervenir (34).

Bajo ese prisma, y encontrándose en juego la recta prestación de un servicio público por delegación del Estado Nacional, concluyó que la normativa aplicable para su ponderación (la federal, encarnada por el art. 43 segundo párrafo de la CN) solo reconocía legitimación anómala o extraordinaria para intervenir en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma, no habitando la actuación de las autoridades locales —provinciales o municipales— para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza (35).

Dicha razón se imponía asimismo por aplicación de la ley 24.240, que no concedía a los municipios facultades para cuestionar actividades sujetas a jurisdicciones nacionales, no cabiendo tampoco la posibilidad de ampliar el espectro de legitimación por vía de una norma local, la que en todo caso limitaba su poder a la intervención ante la justicia local (36). Por su parte, tampoco podía ponderarse como “afectado”, desde que no reunía la condición de existir una homogeneidad fáctica y normativa en la situación de la pluralidad de sujetos afectados por una determinada conducta imputable al demandado (37).

Lo esbozado, sumado a lo que —con cita de “Matadero Municipal”— no se habían dado cumplimiento a los requisitos formales que el proceso colectivo en cuanto sí trae aparejado, ello en términos de certificación de la clase, representación adecuada, notificación al conjunto de potenciales sujetos alcanzados por el resultado del proceso, etc. (38).

El caso “Asociación Civil Cruzada Cívica” (39) trató el rol del juez en el marco de la ejecución de un acuerdo transaccional alcanzado en un proceso colectivo (en el que se discutían la devolución de diferencias por primas de seguros percibidas por la demandada en contratos vencidos), respecto del cual debía decidirse —en el derrotero de su cumplimiento— la cuestión atinente a la difusión del arreglo de modo que llegase a conocimiento de todos los sujetos afectados.

La solicitud que en tal sentido había sido efectuada por la actora termina siendo rechazada por el juez de Primera Instancia y confirmada por la Cámara, sobre la base de considerar que el expedirse sobre dicho tópico —y ante la insuficiencia de previsión de ese aspecto en el acuerdo— importaba violar el alcance de la cosa juzgada de que había sido objeto el primero corolario de la sentencia homologatoria, al pretender introducir cuestiones no contenidas en el mismo, lo que modificaba su alcance.

El Alto Tribunal —a través de la adhesión parcial que realiza al dictamen del Ministerio Público— culmina por revocar el pronunciamiento, al considerar que el rechazo de las medidas complementarias para la ejecución del acuerdo sostenidas en la existencia de cosa juzgada se presentaba revestido de un excesivo ritualismo, menoscabando además disposiciones de orden público (tal las contenidas en la ley 24.240), cuyo objetivo final era mantener el delicado equilibrio que existe en las relaciones de consumo a partir de tutelar de especial manera a la parte más débil de la relación (el consumidor) (40), siendo el fallo revocado prescindente tanto del valor justicia cuanto de la verdad jurídica objetiva (41).

Por último, en “Adecua c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario” se vuelve nuevamente sobre la cuestión atinente a la cosa juzgada, ello en virtud de haber sido con tal fundamento que la Cámara preopinante había rechazado la demanda actoral, al considerar que la acción intentada por la actora ya había sido objeto de desestimación respecto de otra ONG, con lo que —y más allá de tratarse de actores distintos— existía plena identidad en el objeto pretensional así como de sujeto pasivo (ambas actuaban con la finalidad de tutelar los derechos del mismo grupo de consumidores frente a idéntica situación, vinculada al cobro a los clientes del banco demandado de un seguro colectivo de vida para deudores por un valor que excedería al corriente en plaza).

La Corte termina revocando el pronunciamiento por considerar, más allá de la falta de identidad objetiva en la situación planteada (42), que no se habían ponderado adecuadamente los requisitos a los que se encontraba sujeta una demanda colectiva, volviendo en particular a insistir —con base en *Halabi*— que para su admisibilidad debían coexistir: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal, podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (43).

#### V. Las precisiones que siguen faltando

Como se dejara dicho, lo atinente a conflictos pluri o transindividuales —al depender de una legislación adjetiva que los encauce— involucran al fin cuestiones de política procesal que le caben al legislador por regla determinar al momento del dictado de los códigos y/ o normas regulatorias del proceso., siendo que lo único que intentó la Corte fue paliar la mora (parcial) (44) de la legislatura en proveer un marco adecuado y omnicompreensivo para remedios de este tipo, matiz que no solo dejó bien claro en *Halabi* (45), sino que se encargó de remarcar en los posteriores pronunciamientos hasta llegar a la actualidad (46).

Por ello, aun cuando no debe demeritarse la recta intención perseguida por la Corte al consagrar pretorianamente a través de *Halabi* un mecanismo de efectivización de derechos que hasta el momento carece de consagración legislativa (47), lo que sí debe advertirse es que la afectación del acceso a la jurisdicción por el tipo de lesión (a un interés general o individual homogéneo) que se presente constituye uno de los fines posibles que pueden determinar la promoción de demandas de la especie, aunque no el único.

(25) Ver en este sentido lo que decimos en las notas 3 y 23, junto con lo que adicionamos a continuación.

(26) Ello al punto que es precisamente en los Estados Unidos de Norteamérica donde se forja la visión “amplia” del poder de policía, de modo que el Estado iba a poder intervenir no solo por razones de salubridad, higiene, seguridad y moralidad públicas (tesis restringida o continental-europea) sino también de “interés económico general”, habiendo sido dicho país el primero que contó con un régimen de defensa de la competencia (“Sherman Act”, 1890), la cual a la postre asumió una relación de especie a género con lo que hoy se conoce como regulación económica, comprensiva de un espectro mucho más amplio y que ya no solo tendía a castigar las prácticas anticompetitivas que determinasen procesos de concentración económica sino también a evitar el poder de mercado (que es la aptitud de un agente, o un grupo actuando de manera coordinada, de influir en la determinación de los precios en desmedro del consumidor) y la asimetría informativa, promoviendo por su intermedio la distribución equitativa de la renta así como la eficiencia económica (Puede ampliarse en LODOÑO, Alfonso - GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ Juan, “Historia del derecho de la

competencia. Orígenes y Evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina”, en *Revista Boliviana de Derecho*, ISSN: 2070-8157).

(27) No debe olvidarse aquí que así como la “autonomización” del derecho procesal se lo debemos en gran parte a los avances dados por la dogmática alemana y que tienen su piedra de toque en los aportes de Windscheid y Muther, a ello se le sumó la contribución de la escuela italiana (Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, y Cappelletti) y mismo la española (González Pérez), siendo la culminación de dicha avanzada la consagración del derecho a la tutela jurisdiccional en la Constitución española de 1978.

(28) Puede ampliarse en CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. I, trad. Sentís Melendo, Santiago, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 202.

(29) En efecto, nacido de la Francia post-revolucionaria, se trata de un estándar que supone consagrar para el Estado la prohibición de obrar como regla, la cual va a ceder entonces cuando exista una norma que al efecto lo faculte. Puede ampliarse en COMADIRA, Julio, “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, 2ª

ed., ps. 493 y ss.

(30) Fallo del 17/10/2019.

(31) Consid. 5º párr. 2º.

(32) Consid. 6º párr. 2º.

(33) Fallo del 15/04/21.

(34) Consid. 4º, párr. 2º.

(35) Consid. 7º.

(36) Esto a cuento de lo que establecía la ley 13.133 de la Pcia. Bs. As., que reconoce legitimación a los municipios a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) en cuestiones de defensa del consumidor, la que según la Corte “... solo podría justificar la legitimación colectiva del actor para accionar en la jurisdicción provincial” (consid. 8º).

(37) Cons. 9º, párr. 2º, ello por entender que la situación que planteaba el Intendente respecto del consumo de las oficinas públicas comunales difería de la de los usuarios “residenciales” (cons. 9º párr. 3º).

(38) Consid. 11.

(39) Fallo del 29/04/21.

(40) Punto V del dictamen de la Procuración, al que la Corte adhiere.

(41) De los fundamentos agregados por la Corte.

(42) Esto ya que según el Alto Tribunal se trataba de contratos celebrados en períodos distintos a los reclamados en la causa “Unión de Consumidores y Usuarios c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario” (consid. 6º, primera parte).

(43) Consid. 6º, “in fine”.

(44) Ya que algunas normas dispersas estaban la ley general del ambiente y en la ley de defensa al consumidor.

(45) Consid. 12º, donde manifestó en referencia al art. 43 de la CN que “Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.

(46) Ver en este sentido el tratamiento que realizamos en nuestros trabajos citados en la nota 14.

(47) Cuanto menos, como se expresó, en el orden nacional.

De allí también que el Alto Tribunal, desde su rol que le cabe como garante de la Constitución e intérprete final de la misma, pretendió —en ausencia de regulación— dar solución a una serie de conflictos con características muy peculiares y a los fines de garantizar así la plena operatividad de los derechos sustantivos involucrados en su ámbito, al punto de haber hasta dictado Acordadas específicas relacionadas con los procesos colectivos.

Sin embargo, ni de estas últimas ni de la propia doctrina resultante de sus pronunciamientos aparecen zanjadas cuestiones que hacen al núcleo duro del trámite propio y específico de los procesos colectivos, tales como la regulación atinente a la notificación, ni como se evalúa la idoneidad del representante (no aparece distinguido siquiera entre Defensor del Pueblo, las ONG y el afectado), o en su caso cómo y en cuáles supuestos podría ejercerse la posibilidad del *opt-in* o del *opt-out*, la posible transformación de acciones individuales en colectivas o la posible acumulación entre ambas, así como también lo relativo a la financiación e incentivos económicos para promover este tipo de procesos, y lo atinente a la ejecución de la sentencia.

Todos estos aspectos no son claros en nuestro derecho nacional, como tampoco lo están cuáles son al fin de cuentas el conjunto de supuestos que pueden dar pie para la utilización de dicha técnica. Y, en coherencia con cuanto propiciamos, tampoco podrían estarlo en ausencia de reglamentación adjetiva en tal sentido, la que le

cabe —antes que a la Corte y por la natural distribución de roles que el estándar de la división de poderes presupone— al órgano deliberativo estadual.

En el “mientras tanto” y conforme lo marcará la Corte en uno de los fallos apuntados (“Asociación Civil Cruzada Cívica”), será el juez quien deberá asumir un rol proactivo en orden a determinar cuándo cabe discurrir por este tipo de cauce tutelar y en su caso las reglas a las que esté sujeto el proceso, intentando asegurar que llegue a cumplir con el objetivo de resolver la reyerta de la manera más (axiológicamente) justa posible, ya que en ausencia de pautas adjetivas claras no queda otra alternativa que extremar el rol “acompañador” que se le asigna al *iudex* en general como actor con función social (48), cariz que cobra una dimensión aún mayor en procesos del tipo que aquí se tratan.

Esto último, claro está, no sin remarcar la cuota de incertidumbre que se termina generando, ya que la falta de guía termina haciendo que cada magistrado fije sus propios parámetros, siendo que aun países con adhesión al sistema del *common law* tienen pautas adjetivas a las que atenerse, ello tal y como resulta incluso de la Regla 23 en los EE.UU., circunstancia en la que se ha puesto también especial reparo en los proyectos que, a modo de *soft law*, se han ensayado sobre el particular (49).

## VI. Colofón

La Corte continúa con su lucha por la defensa de la Constitución, en ausencia de

un marco normativo integral que dé cuenta de los procesos colectivos. En esta línea, si bien es cierto que por el peso de “Halabi” su jurisprudencia pareciera enfatizar aquellos supuestos donde luce vulnerado el acceso a la jurisdicción, ello con independencia del especial interés estatal que puede mediar por el tipo de interés involucrado (ambiente, salud, consumo, etc.), dicha posición debe verse en el contexto de una casuística que no está cerrada, sino que el Alto Tribunal —al modo del *common law*— va completando a medida que le llegan casos a consideración; y que, definitivamente, va a tener su punto cúlmine cuando exista una regulación acabada sobre el particular.

Máxime si se tiene en cuenta que son variadas las finalidades que pueden motivar el discurrir por tal clase de remedios, que a su vez no se reducen a una única herramienta (el proceso colectivo), sino que presentan una multiplicidad de variantes, cuyo tipo y alcance debe de ser resuelta normativamente.

Sobre esto último, si bien como adelantáramos al principio de este trabajo existen legislaciones locales que recogen (cuanto menos a partir de regulaciones sectoriales) previsiones acerca de este tipo de cauces, bien podría pensarse en una *ley convenio* que regule el proceso colectivo en general y al que puedan adherir las jurisdicciones locales, lo que dejaría a salvo la competencia autonómica con la que cuentan estas últimas en la materia.

Lo antedicho, ya que, con ello, se coadyuvaría a generar una homogeneización en la

praxis vinculada a la utilización de las herramientas para tratar los conflictos en masa y así dotar de mayor seguridad jurídica al ecosistema, sobre todo a poco que se medite la incidencia que las decisiones (expansivas) que se adopten pueden llegar a tener tanto desde la faz activa cuanto pasiva por el colectivo de sujetos involucrados, con el consecuente impacto en lo relativo a la efectivización de los derechos, a la par que en las actividades que a la postre pueden llegar a afectarlos.

Cita on line: AR/DOC/2382/2021

## Más información

[Azar-Baud, María José](#), “A propósito de la directiva europea sobre las acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, LA LEY, 2021-A, 74, TR LALEY AR/DOC/3054/2020 [Alderete, Manuel - López Santi, Francisco](#), “La negociación de la deuda externa argentina. Hacia una “reestructuración” de las cláusulas de acción colectiva”, LA LEY 07/10/2020, 2, TR LALEY AR/DOC/3268/2020

## Libro recomendado

[Derecho Procesal Civil](#)

Autor: Palacio, Lino Enrique

Actualizado por: Camps, Carlos Enrique

Edición: 5ª, 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(48) Ver en este sentido a COLMENARES URIBE, Carlos, “El Rol del Juez en el Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia”, *Academia & Derecho*, N° 5, 2012, ps. 65 y ss.

(49) Por caso, la propia Corte repara en la necesidad de que el juez verifique el requisito de la representatividad adecuada, aun cuando no existen —ni el Alto Tribunal formula— las pautas con base en las cuales dicha evaluación debe llevarse a cabo. Esto, siendo que pue-

den encontrarse parámetros sobre este particular tanto en la Regla 23 (donde el requisito de la representación adecuada está constituido por dos elementos: la posibilidad de garantizar una vigorosa tutela de los intereses de los miembros ausentes y la ausencia de antagonismo o conflicto de intereses con el grupo, elementos ambos que deben ser evaluados tanto con relación al representante como con relación al abogado del grupo. Ampliar en GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas en Estados Uni-

dos”, en *Direito e Sociedade*, Curitiba, p. 117-150, v. 3, n.1, jan./jun. 2004, trad. Laila Duoun), cuanto en el propio Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (vgr. en particular lo que establece sobre el punto de la representatividad adecuada su art. 2 ap. II Párr. 2, donde determina que el juez deberá analizar datos como: a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b. sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros

del grupo, categoría o clase; c. su conducta en otros procesos colectivos; d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física ante el grupo, categoría o clase).

# Nota a fallo

## Niños en conflicto con la ley penal

**Arbitrario llamado a prestar declaración indagatoria a un adolescente de 15 años. Derecho a ser oído. Interpretación con relación a la ley penal. Punibilidad del Estado restringida por la edad.**

1. - Es arbitraria la decisión que dispuso el llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años de edad, toda vez que los fundamentos que la sostienen se apartan inequívocamente del régimen normativo aplicable a la solución del caso.
2. - La idea esbozada por los jueces del caso para fundamentar el llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años, acerca de que, ante la concreta ejecución del acto objeto de impugnación, pudiese finalmente emerger alguna utilidad real para la situación del menor, en orden a las relaciones de prelación entre las distintas causales legales que habilitan el dictado de un sobreseimiento, no implica otra cosa que una afirmación dogmática que nunca fue apoyada en circunstancias concretas de la causa ni relacionada con algún motivo eximente en particular.

3. - Es incorrecto buscar una justificación del acto que dispuso el llamado a tomar declaración indagatoria a un menor de 15 años bajo el ropaje del derecho del menor a ser oído, reconocido por el art. 12 de la CDN, pues de los propios términos de la regla invocada es posible colegir que ninguna de las características inherentes al modo en que es reconocido el derecho en cuestión en el texto convencional puede ser predicable ante el contexto del caso.
4. - Es arbitrario el llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años de edad con sustento en el derecho a ser oído (art. 12 de la CDN), pues la propia naturaleza de la medida procesal choca con el carácter de prerrogativa de la garantía que expresamente invocaron para justificarla, en tanto la finalidad esencial de la convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria no es otra que la de imponer al acusado de un delito los hechos y las pruebas que sostienen la imputación que se dirige en su contra, de manera de brindarle, a partir de ese momento, la posibilidad de contrarrestarla; y la del impulso del proceso, a los fines de la interrupción de la prescripción de la acción penal.
5. - Es arbitrario el llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años de edad con sustento en el derecho a ser oído

- (art. 12 de la CDN), toda vez que no ha sido sopesado con detenimiento en las instancias precedentes si, en el contexto de una medida con las características señaladas, podría resultar preservado eficazmente el entorno necesario para explorar la voluntad del menor convocado en condiciones que aseguren su absoluta autodeterminación, correspondientemente con su edad y madurez.
6. - Aun frente a las carencias del régimen legal vigente en términos de especificidad del procedimiento, en el marco de un sistema normativo que deja al margen a los niños y a los adolescentes hasta los 16 años de la potestad sancionatoria del Estado, disponiendo para su tratamiento, en caso de resultar necesario, medidas del derecho tutelar tendientes a su protección integral, debe ser contrarrestada con énfasis la noción relativa a la posibilidad de canalizar el derecho del menor a expresar su perspectiva acerca del proceso que lo involucra, mediante la utilización de un instituto de derecho procesal penal —*declaración indagatoria*— que no preserva ninguno de los rasgos esenciales de la garantía en cuestión.
7. - El llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años de edad en razón de la aparente necesidad de que aporte

- algún dato relevante para la investigación es arbitrario, pues resulta cuando menos injustificada la hipótesis de que el avance de un proceso dependa centralmente del conjetural aporte que podría surgir de los dichos del adolescente; y, en segundo lugar, no aparecería como una decisión ética valorable que el Estado persiga instrumentalizar sobre un sujeto al que expresamente preserva de su sistema represivo, reconociéndolo como merecedor de especial protección en razón de su condición, al apelar a una medida que no contempla el régimen legal específico y frente a la expresa negativa de sus representantes legales
8. - El tiempo y el empeño que ha insumido el debate judicial acerca de la legitimidad de una medida procesal que pretendía ser adoptada frente a la firme oposición de quienes representaban al afectado —llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años—, en el contexto de un legajo criminal cuyo destino final se hallaba sellado de antemano por decisión del legislador, resultó un sinsentido que terminó haciendo caer en el olvido el deber de fuente legal que imponía a los jueces la obligación de explorar la necesidad de orientar el abordaje de la situación del menor involucrado —vislumbrada con suficiente intensidad durante la ejecución de la orden de

allanamiento— mediante los instrumentos de intervención del derecho tutelar.

9. - A partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro sistema normativo, la necesidad de limitar la responsabilidad penal respecto de una determinada franja etaria forma parte del programa de nuestra Constitución en la materia (el art. 40, parágr. 3ro, de ese ordenamiento).
10. - La Observación General 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, que sustituye a la anterior, mantiene el rumbo al precisar que los niños que no

han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito no pueden ser considerados responsables en procedimientos penales y deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus necesidades, y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales (CRC/C/GC/24, apartados 20 y 23).

11. - Desde la óptica del derecho procesal, el límite etario de responsabilidad penal es examinado en el conjunto de los denominados *presupuestos procesales*, cuya ausencia impide la formación del proceso como consecuencia de la regulación del derecho de fondo en la materia.

12. - La legislación penal de menores de nuestro país ha mantenido, de modo invariable, la decisión de excluir del régimen punitivo a aquellos individuos que aún no alcanzaron determinada edad, a partir de la adopción de un criterio de política criminal que descansa en la consideración de una presunción irrefutable, *juris et de jure*, de inexistencia de los requisitos intelectuales y volitivos necesarios que habilitan a fundar un juicio de responsabilidad a su respecto.

13. - La decisión cuestionada resulta equiparable a sentencia definitiva en razón de que, en caso de efectivizarse la medida dispuesta por el juez de instrucción —lla-

mado a declaración indagatoria a un menor no punible—, se irrogaría al apelante en forma inmediata un perjuicio que no podría ser eficazmente reparado en una oportunidad ulterior.

CS, 24/06/2021. - H., A. O. s/infracción ley 23.737.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/92443/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

# Los menores ante la justicia penal

## A propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema

Marco Antonio Terragni



Doctor por la Universidad Nacional del Litoral, por la Universidad de Buenos Aires y por la Universidad Complutense de Madrid. Becario del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg (Alemania).

**SUMARIO:** I. Antecedentes y actualidad.— II. La reacción estatal ante el delito.— III. El proceso penal.— IV. El caso “H., A. O. infracción ley 23.737.— V. Las decisiones contradictorias de los jueces.— VI. Comentarios finales.

### I. Antecedentes y actualidad

Cuando Rodolfo Moreno presentó, como presidente de la Comisión de Legislación penal de la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto de reformas del Código Penal que fue sancionado en 1921 y que todavía nos rige (con alrededor de novecientas reformas) incluyó disposiciones acerca de los menores que delinquen. Estaban en los artículos 36, 37, 38 y 39 que rigieron hasta que fueron derogados por la ley 14.394 y, desde entonces, 1954, la normativa de fondo está separada de las demás disposiciones del Código Penal y lo mismo ocurre con la de forma, que no es igual que la que corresponde a los mayores y ello se refleja en las decisiones que los distintos magistrados que han adoptado en el caso que pasaré a comentar.

El relato histórico de este proceso; no solo referido al ámbito argentino sino a los antecedentes de los países de nuestra órbita cultural aparece en el relato de Carrara, según quien el “grado del delito en su fuerza moral”, está relacionado con la inteligencia del agente, y el concurso de ella puede, en el hecho, estar disminuido o haber cesado por causas físicas o por causas morales, y entre las primeras o fisiológicas, por la edad. Y, la doctrina que prevalecía en Toscana (en la época en que enseñaba el *Sumo maestro* de Pisa) se dividía en cuatro períodos: Primero, infancia (desde el nacimiento hasta los siete años) e impubertad (desde los siete hasta los doce años). Segundo, impubertad, próxima a la minoridad (de los doce a los catorce años), y minoridad (de los catorce a los dieciocho años cumplidos). Mayoría de edad (desde los dieciocho años cumplidos en adelante) y vejez. Esta teoría de la edad, en relación con los efectos penales, conduce en su aplicación práctica a tres investigaciones ulteriores referentes a la prueba, que Carrara desarrolla con claridad (1).

En la República Argentina el Código Penal, que comenzó a regir en 1922, introdujo modificaciones fundamentales al régimen anterior declarando no punible al menor de

catorce años y posibilitando la aplicación de medidas de seguridad. Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de dieciocho, la reacción penal sería distinta conforme a los textos de los artículos 37, 38 y 39), todo lo cual fue explicado por Moreno, en su publicación clásica (2).

Así, desde el comienzo de la legislación patria, cuando se planteó la necesidad de cumplir con el mandato de los constituyentes de 1853 y que el Congreso de la Nación dictase el Código Penal, comenzó la inquietud acerca de cómo regular la situación de los menores que cometiesen delitos. Tanto es así que el Dr. Tejedor, en su proyecto, declaraba exentos de toda pena a los menores de diez años y decía que los niños que antes de los diez años cumplidos cometieran un crimen, serían entregados a la corrección doméstica de sus superiores, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad. Citaba el Comentario Oficial del Código de Baviera: “La juventud del malhechor se considera como causa de atenuación legal cuando el acto se comete entre el octavo y décimo sexto año. Antes de los ocho años el niño no tiene bastante inteligencia ni bastante reflexión, para ser susceptible de pena propiamente dicha. Después de los dieciséis años hay bastante reflexión e inteligencia para responder de sus acciones: entre estas dos edades hay ya imputabilidad; y el legislador puede pronunciar una pena. Pero esta imputabilidad aumenta con los años y el desarrollo intelectual, que es su consecuencia. Habría sido contrario a las leyes de naturaleza someter a una represión uniforme los actos cometidos desde los ocho a los dieciséis años. Es por esto que el Código divide este intervalo en los períodos, uno de ocho a doce y otro de doce a dieciséis. Toca al juez, además, arbitrar la pena según que la persona está más o menos desarrollada”.

Como se advierte con esta referencia, ha pasado más de un siglo y medio; y, más allá de los cambios en cuanto a la edad, la situación no ha cambiado de manera significativa: Desde la impunidad de los más jó-

venes hasta el castigo severo para los mayores, acompañados todos por un tratamiento tuitivo del Estado y el afianzamiento de las obligaciones de los progenitores y de los parientes próximos, en cuanto al cuidado y a la educación de quienes, desde temprano en la vida, han dejado de cumplir con la ley.

Quien en el siglo XIX escribió sobre este tema lo hizo reconociendo que no es posible fijar un límite cierto entre la ligereza del niño y la madurez del hombre, calcular la época precisa en que la razón comienza a ilustrar nuestras acciones, en que la inteligencia pesa sus consecuencias y en que la conciencia juzga su moralidad. La diversidad de las decisiones de los legisladores sobre este punto es ya una prueba de ello: ¿o cómo pretender su resultado exacto, cuando nuestros medios de observación son necesariamente incompletos? La apreciación del grado de inteligencia de un niño no puede hacerse sino por vía de inducción. Es, pues, peligroso sentar una regla general, que determine de antemano una edad de irresponsabilidad. Los niños difieren entre sí tanto por su inteligencia como por su físico. La naturaleza ha puesto grados diversos en las facultades con que los ha dotado. Estas facultades reciben de su posición social y de la educación desarrollos más o menos rápidos. La ley debe limitarse a cubrir los actos de la infancia con una presunción de inocencia. Esta presunción que la protege y la defiende satisface a todas las exigencias de la justicia. Nadie, en efecto, contesta la irresponsabilidad de los niños en sus primeros años, pero cuanto más avanzan en edad, tanto más se debilita y tórnase dudosa esta excusa. Al principio es una prueba dirimente de la inocencia de los acusados, después se cambia en una simple presunción: y, por fin, llega el momento en que esta presunción misma debe desaparecer; y es cuando el niño se ha vuelto adulto, ha madurado su razón, se han desarrollado sus facultades, y su inteligencia y sentido íntimo le revelan la moralidad de las acciones. La presunción, entonces, se vuelve contra él, porque se supone que ha obrado con conocimiento del crimen (3).

### II. La reacción estatal ante el delito

La doctrina clásica, incorporada a la mayoría de los códigos del siglo XIX, fue sustituida en el nuestro por algunas ideas provenientes de la Escuela Positiva italiana, incorporando medidas de seguridad, entendiendo que las causas de la delincuencia de los menores radican en el ambiente social y tiende a destruirlas, no con el recurso de la pena, sino con el de la medida tutelar (4). Y hasta acá, pasado un siglo y con las modificaciones introducidas por las diversas leyes que se fueron dictando, el Derecho de fondo en la materia se mantiene. No están más los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal sancionado en 1921: consecuentemente la posible internación en un establecimiento destinado a corrección de menores, tal como lo decían el primero y el segundo, así como la veda de la declaración de reincidencia mencionada por el artículo 38 y las reglas sobre patria potestad, tutela y guarda a las que se refería el último.

### III. El proceso penal

Lo que ha cambiado sustancialmente es el régimen procesal, tanto el proveniente de la Nación, como los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los de las provincias. Esto, en general, habiéndose adoptado el sistema adversarial en reemplazo del inquisitivo; con repercusiones en la administración de la justicia penal de menores, sin dejar de señalar que lo más importante ha sido la incorporación a los Derechos Humanos, de Convenios, Tratados y Declaraciones internacionales que protegen en especial a los niños y a los adolescentes.

De todo ello se desprende:

—Que ellos son personas; sujetos de derecho.

—Que si cometen un acto que la ley considera como delito, ello les acarreará una consecuencia que también la ley consagra: una consecuencia civil, una pena, o una medida de seguridad

—Para que se les impongan, tiene que haber un juicio en el que, previamente, se pruebe que han sido autores, cómplices o instigadores del delito y que no hayan concurrido alguna causa de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal. Parte general”, Temis, Bogotá, 1977, vol. I, p. 155 ss.

(2) MORENO (h.), Rodolfo, “El Código Penal y sus antecedentes”, Tommasi, Buenos Aires, 1922, t. II., p. 315 y ss.

(3) *Ibidem*, ps. 319 y s.

(4) GÓMEZ, Eusebio, “Tratado de Derecho Penal”, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. I, p. 319.

—Que hayan podido demostrarlo con pruebas y argumentos. En síntesis: que se les haya asegurado el derecho a la defensa en el juicio.

#### IV. El caso “H., A. O. infracción ley 23.737

En las decisiones tomadas en el caso “H., A. O. s/infracción ley 23.737 y que han sido publicadas aparece lo siguiente:

Se estima arbitraria la decisión que dispuso el llamado a prestar declaración indagatoria al menor en relación con los hechos objeto de la causa, ocurridos cuando tenía quince años de edad.

Dejando de lado el tiempo tan prolongado que demandó la resolución de la incidencia entre los que votaban por el “sí” y lo que lo hacían por el “no”, es que ya ese acto procesal desapareció de los nuevos ordenamientos, con lo cual el imputado tiene derecho a ser oído, pero no obligado a serlo. Y lo que diga servirá para condenarlo o absolverlo, si hay pruebas independientes que respalden una u otra postura.

Esto es así para los adultos y para los menores, según sea su edad. Algunos nunca podrán ser sujetos de un proceso penal del que se desprenda una pena o una medida estatal de otra naturaleza y, consecuentemente, no declararán de manera espontánea ni citados por una autoridad judicial. Sí, los demás. Sin que importe la denominación que se le dé a ese acto procesal.

(5) JAUCHEN, Eduardo, “Proceso Penal. Sistema acusatorio adversarial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015,

Los jueces que intervinieron en el caso “H., A.O. infracción ley 23.737”, antes de que lo hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitieron el llamado a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años de edad y, de manera previa a comentar esa postura, corresponde recordar que, al transformarse sustancialmente el proceso penal al adoptar el sistema acusatorio o adversarial, ha desaparecido ese acto: la *declaración indagatoria*. Quien está sometido a juicio no puede ser interrogado como lo era antaño. Pero aun en los momentos en que se expidieron los jueces del caso, el acto procesal que preveían los códigos de procedimientos para recepcionar las expresiones del imputado no era —por naturaleza— un medio de prueba, sino un medio de defensa por el cual se le otorgaba la oportunidad de ejercitar su defensa material, expresando todo lo que considerase conveniente en descargo a la atribución delictiva que previamente debía comunicarse (5). Es cierto que en la época en que se dictaron las resoluciones no había un procedimiento específico, al dejar al margen a los niños y los adolescentes hasta los 16 años de la potestad sancionatoria del Estado, pudiendo interpretarse que el llamado a declaración indagatoria podría transformarse en un acto que perjudicase al menor en lugar de beneficiarlo.

Si el régimen de fondo ha excluido de punibilidad a quienes no han alcanzado determinada edad, los presupuestos para que haya juicio tienen que contemplarlo, porque no tendría sentido promoverlo y no llegar a una sentencia inejecutable.

p. 496.

(6) Según dice el art. 34.

#### V. Las decisiones contradictorias de los jueces

I. Se deduce de lo publicado que quienes votaron en las distintas instancias en favor de que se mantuviese la posibilidad de que el menor prestase declaración indagatoria argumentaron:

- a) Que no podría generarle un perjuicio debido al límite de punibilidad previsto para quienes no tuvieran dieciséis años.

- b) Que, según la Convención sobre los Derechos del Niño, quien no hubiera llegado a esa edad tendría derecho a ser informado de los cargos en su contra, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, y a contestar la imputación, pues, aunque no fuera punible sería errado considerarlo inimputable solo por razón de su edad, y tendría derecho a beneficiarse con la aplicación de las eximentes de responsabilidad que operasen respecto de los adultos.

- c) Podría aportar datos a la investigación que permitan satisfacer el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito.

II. Quienes sostuvieron la posición contraria utilizaron —entre otros— los siguientes argumentos:

- a) La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza la posibilidad ser oído mediante sus representantes en todo procedimiento que lo afecte y no obligarlo a prestar declaración.

- b) Puede escucharse en la audiencia de conocimiento prevista en el artículo 10 de la ley 22.278.

- c) La pretensión de que aporte datos para la investigación implica la utilización del individuo como instrumento para alcanzar un fin colectivo, con afectación de su dignidad y de los derechos que lo amparan en su condición de menor de edad.

#### VI. Comentarios finales

Comencé este trabajo citando doctrina y normativa de fines del siglo XIX y comienzos del XX; lo concluyo haciendo notar que el tema de la responsabilidad penal juvenil dista de haber sido suficientemente clarificado, hasta el punto de que el último Anteproyecto de reforma del Código Penal enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, producto de una Comisión que presidió el Dr. Borinsky, dice que la situación de los menores que cometan delitos será objeto de una ley especial (6).

Si ocurriese así: con un Código Penal nuevo, sin disposiciones relacionadas con los menores y una normativa de fondo separada para ellos, incluyendo el régimen procesal respectivo, es probable que la disyuntiva que motivó el caso “H., A.O. s/infracción ley 23.737” no reaparezca. Porque el niño o el adolescente que no sea punible por razón de su edad no será el sujeto de un juicio penal y —por ende— tampoco citado a prestar declaración indagatoria, si tal acto se mantuviese en algún Código de Procedimientos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2364/2021

## Jurisprudencia

### Proceso digital

**Pérdida de la grabación de la audiencia de vista de causa. Necesaria búsqueda de parte de la Oficina de Sistemas y Tecnología de la Cámara y del Consejo de la Magistratura —Dirección General de Tecnología—. Imposible reconstrucción de la prueba. Ausencia de transcripción a papel. Declaración de testigos.**

La Oficina de Sistemas y Tecnología de la Cámara y el Consejo de la Magistratura —Dirección General de Tecnología— deben buscar el registro de la audiencia de vista de causa, llevada a cabo en el caso, que se denuncia extraviada. De ser infructuoso, se deberá designar una nueva audiencia para que declare el testigo, puesto que la búsqueda del soporte papel resulta materialmente imposible, debido a que no se ha dejado tal constancia, no resultando de aplicación el procedimiento de reconstrucción (art. 129 Cód. Proc. Civ. y Com.); y que, a los fines de tener por extraviada la prueba, no basta la mera mención de que el personal no pudo hallarla. Resulta este el único modo de reconstruir la probanza.

CNCiv., sala L, 13/08/2021. - G. P. M. c. Metrovías SA y otros s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/121821/2021]

#### Costas

Por su orden, atento a las particularidades del caso.

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, agosto 13 de 2021.

*Considerando:* I. Las presentes actuaciones fueron elevadas con motivo de la apelación que interpuso en subsidio la parte actora contra la decisión dictada el 12 de abril de 2021, mantenida el 28 de abril. Los agravios fueron digitalizados el 13 de abril, cuyo traslado fue respondido el 29 de abril por la codemandada Metrovías SA.

II. El 9 de febrero de 2021 el juzgado de grado informó que “se compulsaron los registros informáticos de estas actuaciones y se constató que no se hallan incorporados los documentos digitales correspondientes a las filmaciones de la audiencia de vista de causa celebrada con fecha 2 de julio de 2019, donde de acuerdo a las actas obrantes en autos se recibiera la declaración de la testigo S. V. S. DNI: ... y compareciera el perito ingeniero M. Á. N. Asimismo se hace saber que en oportunidad de intentar la recuperación de varios archivos correspondientes a documentos realizados en el mes de julio de 2019, se solicitó la colaboración del personal de la Oficina de Sistemas y Tecnología de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, mas pese a los intentos realizados no se pudieron ubicar ni restaurar las filmaciones en la PC correspondiente”.

Por consiguiente, a través de la decisión recurrida, se designó nueva audiencia a fin de que preste declaración la testigo S. y se declaró innecesaria la citación del perito N. por no haber sido objeto de impugnación el informe presentado.

La actora se opuso a la audiencia designada, pues, a su entender, debe realizarse la

búsqueda de la prueba, tanto de la videografía como del registro en soporte papel y, en su caso, procederse a la reconstrucción.

III. Ahora bien, la búsqueda del soporte papel resulta materialmente imposible, debido a que no se ha dejado tal constancia, siendo que solamente se consignó, en dicho formato, la comparecencia de la testigo, junto con sus datos personales, dado que su declaración fue videofilmada.

Respecto a este último registro informático, si bien, atento las particularidades del caso, no resulta de aplicación el procedimiento de reconstrucción previsto por el art. 129 del Cód. Procesal, evidente resulta que, a los fines de tener por extraviada la prueba, no basta la mera mención de que el personal de la Oficina de Sistemas y Tecnología de esta Cámara no pudo hallarla, dado que se deberá adjuntar en autos la aludida respuesta.

A su vez, se deberá librar oficio al Consejo de la Magistratura —Dirección General de Tecnología—, a fin de que busque el registro y en su caso lo acompañe. Con su resultado, y de ser infructuoso, no queda más que designar una nueva audiencia a fin de que declare la testigo S., pues, pese a las manifestaciones de la apelante, resulta el único modo de reconstruir la probanza.

Con tales alcances, se admitirá el agravio.

Por lo expuesto, el tribunal resuelve: Modificar la decisión dictada el 12 de abril de 2021, mantenida el 28 de abril, disponiendo librar oficio a la Oficina de Sistemas y Tecnología de esta Cámara y al Consejo de la Magistratura —Dirección General de Tecno-

logía—, a fin de que busquen el registro de la audiencia de vista de causa llevada a cabo el 2 de julio de 2019 y en su caso lo acompañen. Con su resultado, y de ser infructuoso, se deberá designar una nueva audiencia para que declare el testigo S. Las costas son por su orden, atento las particularidades del caso (art. 69 del ritual). Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase. — Gabriela A. Iturbide. — Marcela Pérez Pardo. — Víctor F. Liberman.

## Amparo de salud

**Hijo de afiliado que padece discapacidad. Reafiliación como beneficiario directo del grupo familiar. Interpretación de las normas de afiliación. Procedencia.**

1. - Resulta atendible el planteo del actor respecto a la inclusión de su hijo —quien fue desafectado cuando alcanzó los 26 años—, y que padece discapacidad, en calidad de beneficiario directo del grupo familiar de su padre, por considerar que, de acuerdo con su estado de salud, el tratamiento al que debe ser sometido y según lo declarado por sus padres respecto a que este se encuentra a su exclusivo cargo, no hacen más que demostrar que el caso se encuadra en el supuesto previsto en la normativa interna aplicable.

2. - Las normas relativas a la afiliación de los beneficiarios de las obras sociales universitarias, por referirse a los más elementales derechos humanos, deben ser interpretadas de acuerdo con el principio *pro homine*, criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más

amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

3. - La interpretación literal de la norma cuestionada resulta contraria a sus propios fines, cual es el mantener como afiliados directos a aquellos hijos con discapacidad que carecen de la posibilidad de contar con cierta independencia de tipo económico, extremo que se presenta en el caso bajo estudio.

**CFed. Tucumán, 11/08/2021. - R., P. y otro c. ASUNT (Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán) y otro s/ Amparo Ley 16.986.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/121458/2021]

### Costas

Se imponen a la demandada vencida.

**2ª Instancia.**- San Miguel de Tucumán, agosto 11 de 2021.

*Considerando:* I. Por sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020 (fs. 152/160) el señor Juez *a quo* resolvió: I) Rechazar la acción de amparo incoada por el Sr. P. R. y L. N. R. en contra de la Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán (ASUNT) y Universidad Nacional de Tucumán, conforme lo meritado. II. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 4 punto 3 inc. b del estatuto de acción social de ASUNT, Resolución N° 0195 008, del Honorable Consejo Superior de la UNT, en base a lo considerado. Asimismo, en su punto III) impuso las costas por el orden causado.

Disconforme con lo resuelto la parte actora interpuso recurso de apelación fundado a fs. 161/168. Corrido el traslado pertinente contestaron la Universidad Nacional de Tucumán a fs. 170/171 y ASUNT a fs. 172/177. Corrida vista al señor Fiscal General, Dr. Antonio Gustavo Gómez, queda la causa en estado de ser resuelta por esta Cámara.

II. Se agrava la parte actora por cuanto el *a quo* en su sentencia resolvió rechazar la acción de amparo. Afirma que su parte tiene derecho a que se le reconozca a L. la calidad de beneficiario directo por integrar el grupo familiar primario del afiliado titular (P. R.).

Se agrava de que el *a quo* haya fundado la negativa con fundamento en que la “discapacidad” e “incapacidad” admiten regímenes legales diferentes, sosteniendo que el término “incapacidad” alude única y exclusivamente al hecho de que la persona no pueda trabajar ni desarrollar actividades cotidianas.

Se queja de que el sentenciante de grado haya considerado que el derecho a la capacidad progresiva de una persona es incompatible con la expresión “discapacitado”. Estima que para el *a quo* el hecho de no estar impedido total y permanentemente para trabajar impide ser considerado persona discapacitada. Sostiene que no existe norma alguna que haga la distinción entre personas discapacitadas, incapacitadas y personas discapacitadas que no sean incapacitadas.

Asimismo, cuestiona como fundamento del rechazo el argumento de que las personas discapacitadas que no tienen obra social pueden acceder a todas las prestaciones necesarias acudiendo a los organismos dependientes del estado, considerando de poca

gravedad el negar a L. su calidad de beneficiario directo de ASUNT.

Finalmente, fundamenta su planteo en la Ley N° 22.431, la “Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad” y toda aquella normativa que regula la protección de las personas con discapacidad.

III. Previo a entrar a analizar las cuestiones materia de recurso, conviene hacer una breve referencia a los antecedentes de hecho de la presente causa.

Conforme surge de autos, el señor P. R. y su hijo L. N. R. interpusieron acción de amparo en contra de ASUNT (Acción Social de la Universidad de Tucumán), en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, solicitando que la obra social demandada reconozca a L. N. como beneficiario directo de la misma y en consecuencia que preste la cobertura del tratamiento correspondiente para la enfermedad que atraviesa, denominada “Trastorno afectivo bipolar tipo mixto (F31 según CIE10)”.

Sostiene el actor que a su hijo se le diagnosticó la mencionada enfermedad en febrero del año 2014, configurándose pérdida de las estructuras cerebrales regular de los estados de ánimo, con ciclos donde alterna florida sintomatología, y ciclos asintomáticos pasando desde el polo depresivo al maníaco y viceversa (acompaña a la presente copia de la historia clínica y tratamiento asignado por el Dr. Ignacio Agustín Sánchez Arca, su médico psiquiatra de cabecera).

Manifiesta que L. N. se encontraba afiliado a la obra social ASUNT a través de su grupo familiar, dado que es profesor en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Tucumán, pero que, en el mes de mayo del año 2018, al buscar los medicamentos que le entregaban bonificados al 100%, tomó conocimiento que se encontraba inhabilitado en el sistema.

Para reincorporarlo, la demandada habría solicitado que acredite condición de alumno regular de su hijo, sin embargo, el amparista esgrime que no corresponde esa presentación, porque en fecha 22/08/2017 acreditó ante ASUNT el Certificado Único de Discapacidad, por lo que la baja en la prestación del servicio se encuentra injustificada y contraria a la normativa vigente.

Señala que a los fines de la reincorporación en el sistema de salud, inició expediente administrativo ante ASUNT bajo el número 4672/2018, y que luego de varios planteos, mediante resolución de fecha 17 de Septiembre del 2018, la obra social demandada resolvió no hacer lugar a lo solicitado, fundando su posición en el artículo 4, punto 3, inc. b, del estatuto, siendo necesaria una declaración jurada sobre la imposibilidad para trabajar total y permanente de su hijo, no obteniendo más respuestas de la demandada a pesar de los descargos realizados con posterioridad.

Plantea inconstitucionalidad del art. 4, punto 3, inc. b del estatuto de acción social de ASUNT, destacando que dicha normativa exige la incapacidad permanente para trabajar, como asimismo que se encuentren completamente a cargo del titular. Es por ello que considera que dicha disposición se encuentra en contradicción con lo normado por la Constitución Nacional, y los tratados internacionales, citando como fundamento, el art. 9 de la Ley Nacional N° 24.901 que determina el concepto de persona con discapacidad en base a lo dispuesto por Ley N° 22.431, esgrimiendo que la ley nacional que regula a las obras sociales universitarias N° 24.741, dentro de cuya órbita de desempeño la demandada, prevé en su art. 4 que los hijos incapacitados mayores de 21 años, se encuentran a cargo del titular de la obra

social, no requiriendo en ningún momento que dicha incapacidad tuviera que ser absoluta y permanente como lo requiere el estatuto cuestionado.

Por su parte la obra social ASUNT contestó el traslado del informe art. 8 de la Ley N° 16.986 y el planteo de inconstitucionalidad incoado por el actor, solicitando el rechazo de la demanda en todas sus partes.

Destaca que hay que efectuar una diferenciación entre la condición de “discapacitado” de la de “incapacitado total y permanente para trabajar”, y que, si bien el amparista reúne las condiciones de discapacidad, debido al trastorno que presenta, no se encuentra incapacitado en forma total y permanente, conforme surge de la constancia expedida por ANSeS el 24/10/2018.

Sostiene que no le negó la afiliación al amparista, sino que solamente se la negó como afiliado directo, pero le sugirió su afiliación como beneficiario adherente, debiendo abonar mensualmente una cuota, a los fines del mantenimiento de la estructura financiera del sistema de la obra social, y evitar la quiebra de la empresa.

Por su lado la Universidad Nacional de Tucumán, contestó el traslado conferido y el planteo de inconstitucionalidad, solicitando el rechazo de la presente acción en su contra.

IV. Analizadas las cuestiones fácticas atinentes al caso, y de acuerdo con los términos de los agravios de la parte recurrente, corresponde determinar la cuestión objeto de recurso la cual consiste en dilucidar si la obra social ASUNT se encuentra obligada a afiliarse al amparista, y en su caso, si corresponde su incorporación como afiliado “directo”, o por el contrario si esta debe ser en carácter de beneficiario “adherente”.

Para ello conviene partir del análisis e interpretación de la normativa que se encuentra en juego.

La Ley N° 23.660 establece que quedan obligatoriamente incluidos en calidad de beneficiarios de las obras sociales: “a) Los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público del Poder Ejecutivo o en sus organismos autárquicos y descentralizados...” (art. 8º, inc. a), Ley N° 23.660).

Por su parte el art. 4 de la Ley N° 24.741 regulatorio de las obras sociales universitarias reconoce como beneficiarios y miembros titulares de estas a las autoridades superiores, el personal docente y el personal no docente de las universidades nacionales.

En efecto, el señor P. R., padre del amparista discapacitado, se encuentra obligatoriamente incluido en calidad de beneficiario titular a la obra social ASUNT, por ser prestador de servicios en relación de dependencia como profesor de la Universidad Nacional de Tucumán.

Su hijo L. N. R., quien padece “Trastorno Afectivo Bipolar, episodio mixto presente” (Cfr. Certificado de Discapacidad de fs. 31) se encontraba afiliado a ASUNT en su calidad de hijo del beneficiario directo (cfr. fs. 30). Ello de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 de la Ley N° 23.660 que reconoce calidad de beneficiarios: “a) Los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen

estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años; los hijos del cónyuge; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso...”

Sin embargo, conforme se desprende de la causa, L. N. quedó desafectado al momento de cumplir la edad de 26 años.

Ahora bien, el art. 4 de la Ley N° 24.741 (Obras Sociales Universitarias) dispone en su inc. b) que: “Quedan también incluidos: Los grupos familiares primarios de los afiliados del inciso a). Se entiende por tal al integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún (21) años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad comercial, laboral o profesional; los hijos solteros mayores de veintiún (21) años y hasta los veinticinco (25) años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular, que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente; los hijos incapacitados a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún (21) años, entre otros...”

Por su parte el art. 4, punto 3, inc. c) de la Resolución N° 0195 008 “Estatuto de la Acción Social de la UNT” dispone “Tendrán derecho a ser incluidos como beneficiarios directos de ASUNT: 3- Beneficiarios directos: c) Los hijos incapacitados total y permanentemente para trabajar y a cargo exclusivo del afiliado titular sin límite de edad”.

En este último supuesto, el cual contempla la situación del amparista, la ley exige como requisitos para la continuidad en la prestación del servicio de salud en calidad de beneficiario directo que se comprueben la incapacidad de la persona beneficiaria para trabajar y que se encuentre, en razón de ello, a exclusivo cargo del afiliado titular de la obra social.

A los fines de mantener su afiliación a dicha obra social en carácter de beneficiario directo (sin abonar un costo adicional), el amparista debía comprobar la existencia de los extremos legales requeridos por la legislación vigente para los hijos mayores edad.

Tal como ya se ha puesto de relieve, en el caso se encuentran en juego derechos humanos elementales relacionados con el acceso, inclusión y cobertura de salud de L. N.

Al respecto conviene recordar que las personas con discapacidad requieren medidas especiales para poder ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás, eliminar todas las formas de discriminación contra ellas y propiciar su plena integración en la sociedad.

Por eso, tanto la Constitución Nacional como diferentes instrumentos internacionales de protección contemplan derechos específicos y obligaciones concretas a los Estados en favor de este colectivo. En tal sentido, el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional prevé que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ella y por los tratados internacionales, en particular respecto de las personas con discapacidad.

Por su parte, la mayoría de los tratados de derechos humanos incluyen cláusulas genéricas que prohíben la discriminación contra determinados grupos, entre ellos, las personas con discapacidad y la obligación de adoptar medidas para garantizar su efectividad. Así, pueden mencionarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, artículos 1 y 2), el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, artículo 2).

En tal sentido, el caso del amparista debe ser analizado a partir de los estándares internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano encargado del seguimiento, control y aplicación

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)—, al fijar los contenidos mínimos del artículo 12 del PIDESC ha emitido la Observación General N° 14 relativa a “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” donde afirmó que “(...) el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su

cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genética, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

Entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (párrafo 8).

El Comité DESC ha afirmado enfáticamente que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles “abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados”: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y calidad (conf. Observación General N° 14 citada, párrafo 12).

En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.

En este mismo sentido, la Ley N° 22.431 —que instituyó un sistema de protección integral de las personas discapacitadas tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad— se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan —en lo posible— neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (fallos: 327:2413).

Es por ello que al interpretar las normas referidas a la afiliación de los beneficiarios de las obras sociales universitarias, en particular, en lo que respecta al Estatuto de la Acción Social de ASUNT, Resolución N° 0195 008, teniendo en cuenta que las normativa refiere a los más elementales derechos humanos, estas deben ser interpretadas de acuerdo al principio *pro homine*, criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Es por ello que resulta atendible el planteo del actor respecto a la inclusión de L. N. en calidad de beneficiario directo del grupo familiar de su padre, señor P. R., por considerar que, de acuerdo a su estado de salud, el tratamiento al que debe ser sometido (fs. 28/32) y de conformidad con lo declarado por sus padres respecto a que este se encuentra a su exclusivo cargo (fs. 41), no hacen más que demostrar que el caso se en-

cuadra en el supuesto previsto en la normativa interna aplicable.

Teniendo en cuenta los parámetros mencionados, la interpretación literal de la norma cuestionada resulta contraria a sus propios fines, cual es el mantener como afiliados directos a aquellos hijos con discapacidad que carecen de la posibilidad de contar con cierta independencia de tipo económica, extremo que se presenta en el caso bajo estudio.

Es que los menores y/o discapacitados a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de los casos (CSJN, fallos: 331:1449).

En virtud de lo resuelto no corresponde, en el particular supuesto de autos, emitir pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad planteada por la actora, en mérito a lo considerado.

Por lo expuesto se resuelve hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 161/168 y, revocar la sentencia apelada de fecha 25 de noviembre de 2020 (fs. 152/160), en mérito a lo considerado. En consecuencia, corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor P. R. y ordenar a la Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán (ASUNT) y a la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) que proceda a reafliliar en forma inmediata al joven L. N. R. L., DNI ..., como beneficiario directo y brinde la cobertura médico asistencial que por ley corresponda, según lo considerado.

En cuanto a las costas de ambas instancias, atento al resultado al que se arriba, corresponde sean impuestas a las demandadas vencidas por el principio objetivo de la derrota (art. 14 de la Ley N° 16.986).

Por lo que, se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 161/168 y revocar el punto I. de la sentencia apelada de fecha 25 de noviembre de 2020 (fs. 152/160), en mérito a lo considerado; en consecuencia, Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor P. R. y ordenar a la Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán (ASUNT) y a la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) que proceda a reafliliar en forma inmediata al joven L. N. R. L., DNI ..., como beneficiario directo y brinde la cobertura médico asistencial que por ley corresponda, según lo considerado. II. Costas de ambas instancias, a las vencidas (art. 14 de la Ley N° 16.986). III. Diferir pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad. IV. Regístrese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen. — *Marina Cossio. — Ricardo Sanjuan. — Mario R. Leal.*

THOMSON REUTERS  
**LEGAL ONE™**

## ¡Mantenete al día en la abogacía del futuro!

SEMINARIO

### Programa intensivo de LEGALTECH

Nuevas aptitudes, saberes, tips y herramientas para el ejercicio profesional en la era digital.



**Inicio:** 20 de septiembre.  
**Modalidad:** 9 clases semanales en vivo vía ZOOM.

**¡Inscríbete ya!**

**Vení a explorar los temas más importantes de la práctica legal del Siglo XXI:** estudio jurídico 2.0., litigación en el proceso electrónico, prueba electrónica, smart contracts y **mucho más.**



Conocé más e inscribite.

**Directores:** Gastón Enrique Bielli, Gabriel H. Quadri y Andres Piescorovsky.

**THOMSON REUTERS®**

## Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. ALEJANDRO ANTONIO HUÉRFANO de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.698.777 según el expediente “HUÉRFANO, ALEJANDRO ANTONIO s/ SOLICITUD

DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 9797/2019. 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, 13 de mayo de 2021  
Matías M. Abraham, sec.  
**LA LEY: I. 26/08/21V. 27/08/21**

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. FÉLIX MANUEL FIGUEROA ARAUJO de nacionalidad venezolana con 95.664.126 según Exp. N° 1383/2021 “FIGUEROA ARAUJO, FÉLIX MA-

NUEL s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. 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 junio de 2021  
María Lucía Koon, sec.  
**LA LEY: I. 26/08/21V. 27/08/21**

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 OSHEYE REBOLLEDO PIÑERO de nacionalidad venezolana con DNI 95.423.193 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, 16 de julio de 2021  
Sebastián A. Ferrero, sec.  
**LA LEY: I. 26/08/21V. 26/08/21**

### 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.



Thomsonreutersslaley



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



## Doctrina

# Digitalización de la justicia de la provincia de Buenos Aires

## Los desafíos del mundo virtual en el fuero penal



Jorge W. López

Titular del Juzgado de Garantías N° 1 del Departamento Judicial Lomas de Zamora. Abogado recibido en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Especialista en Derecho Penal recibido en la Universidad de Palermo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Vicepresidente de la Red de Jueces Penales de la provincia de Buenos Aires.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. De las audiencias virtuales.— III. El inicio del expediente digitalizado.— IV. El arribo del Microsoft TEAMS®.— V. De necesidades, buenas prácticas de cumplir con la tutela judicial efectiva y el servicio de justicia.— VI. Las innovaciones perdurables y el nacimiento de una nueva Administración de Justicia Provincial.

### I. Introducción

La llegada de la pandemia del COVID-19 a nuestro país produjo un fuerte cambio en las formas de relacionarnos a partir de las restricciones de circulación, el aislamiento obligatorio y las diferentes fases que estamos transitando desde marzo de 2020 (1).

También las tareas laborales se ven afectadas. La presencialidad pasó de ser lo común a ser la excepción, las distintas organizaciones y empresas tienen que recurrir a nuevas formas de vincularse con los usuarios, empleados, proveedores, etc. (2).

El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires está readaptándose en sus usos y costumbres enraizadas en la cultura del expediente formado por hojas impresas, la atención presencial por las mesas de entradas, la planta funcional de cada dependencia en sus escritorios, el traslado de causas por personas que hacen de correo entre los organismos, el juez firmando ológrafamente en su despacho y las audiencias orales con las partes en una oficina o sala prevista para la actuación en el lugar.

Si bien algunos fueros estaban más adelantados que otros en la implementación de la era digital en sus sistemas de gestión, como el Contencioso Administrativo o el Civil y el Comercial, el Penal transitaba por readecuaciones espasmódicas sin una continuidad programada, falta de capacitación y normativa precisa (3).

Es significativo aclarar que la papeltrónica (4), identificada como el uso de un entorno de gestión semi digital con la impresión en papel de los documentos que allí se generan, sigue siendo utilizado tanto en la Administración de Justicia como en el Ministerio Público, pero con adaptaciones en tránsito hacia un expediente netamente digital.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (5) advirtió, años antes de la pandemia, el avance en la utilización de herramientas tecnológicas en la gestión judicial y lo plasmó en el Acuerdo 3733 (6). Ante la situación de emergencia sanitaria, en abril de 2020 inició la instrumentación de medidas estructurales que se encontraban planificadas y que para el momento se tomaron imprescindibles.

Fue así de que la Mesa de Trabajo creada por res. 3272/2015 y ampliada por la 2808/2018, se propuso la actualización del Acuerdo 2514, coincidiendo con la necesidad de introducir el uso de las herramientas tecnológicas disponibles.

Con la Acordada 3975 no solo comenzó el proceso de la digitalización plena en el ámbito de la Administración de Justicia sino también el deber de los profesionales actuantes de aportar el número de abonado celular de contacto en cualquier clase de escritos "(...) dadas las ventajas funcionales y operativas que reporta para el trabajo cotidiano de todos los sujetos involucrados" (7).

Se estableció la obligatoriedad de la firma digital de todas las providencias simples, resoluciones interlocutorias, sentencias definitivas, actuaciones y diligencias judiciales, salvo cuando circunstancias graves y excepcionales o la especial naturaleza lo impidieran.

En lo atinente a los expedientes judiciales, si bien se disponía que deben tramitar en formato digital como regla, se previó la existencia de un expediente mixto formado por actuaciones y resoluciones en papel con otras realizadas digitalmente.

Se dispuso asueto en todo el ámbito del Poder Judicial Provincial, con suspensión de los términos procesales, desde el día 16 hasta el 31/03/2020 (8), pero se estableció la prestación mínima del servicio de justicia, que se limitó a la atención de los asuntos de urgente despacho o que por su naturaleza no admitan postergación. A tales efectos permanecieron habilitados solo los juzgados y tribunales en turno (9), funcionando con guardias mínimas conformadas con el magistrado a cargo, un funcionario letrado y los agentes indispensables que el titular determine. El resto de los órganos debía tener al magistrado o a un funcionario letrado en forma rotativa.

Fue el puntapié inicial del teletrabajo domiciliario, pero también, una forma de protohistoria de las audiencias virtuales.

### II. De las audiencias virtuales

Primero se suspendió la celebración de las audiencias fijadas salvo aquellas que eran urgentes y no conllevaran riesgo para la salud de las personas y se autorizó, en forma excepcional, que el procedimiento se realizara por escrito mediante presentación electrónica o en papel cuando aquella no fuera posible o por videoconferencias cuando el órgano judicial y los intervinientes cuenten con las facilidades informáticas para ello.

Las pautas específicas para el fuero eran recomendaciones en evitar la concurrencia de las personas privadas de la libertad, procurando llevar adelante el contacto a través de videoconferencias (10).

Hasta ese momento no se señalaba cómo y por qué medio se realizarían las videoconferencias. Solo habían pasado 48 horas entre la res. 386/2020 y la 10/20 y ese frenesí de directivas de la SC Buenos Aires seguiría transitando por la vía rápida en virtud con la situación de acuerdo permanente que adoptó el máximo tribunal bonaerense.

El 20/03/2020, una nueva resolución no destinada al fuero penal —erróneamente omitido porque trata sobre violencia familiar o de género y medidas cautelares— autoriza a los Juzgados de Familia y de Paz en turno a utilizar la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp® o equivalente para recibir las denuncias de comi-

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El artículo está escrito con las reglas del lenguaje claro.  
(2) El uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones del autor. Sin embargo, su utilización en nuestra lengua plantea soluciones sobre las que los lingüistas aún no han conseguido acuerdo. Pare evitar la sobrecarga gráfica que su-

pondría utilizar en español los distintos géneros en todos los casos, opté por utilizar el masculino genérico, entendiéndolo de que todas las menciones en tal género representan a todos y todas las personas.

(3) Téngase en cuenta que en la mayoría de los distintos acuerdos de la SC Buenos Aires en relación con las notificaciones y presentaciones electrónicas no contemplan

al fuero penal.

(4) Término expresado por el Dr. Rodrigo Bionda en sus exposiciones, el cual es adoptado por los Dres. BIELLI, Gastón E. y NISSO, Andrés L., "La práctica forense en la era del expediente digital en la provincia de Buenos Aires", eDial, sección "Expediente electrónico", 2017.

(5) En las próximas citas SC Buenos Aires.

(6) Todos los acuerdos y resoluciones se encuentran en la página web de la SC Buenos Aires: [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)

(7) Consid. 5º del Acuerdo 3975

(8) Res. 386/2020 de la SC Buenos Aires.

(9) Acuerdo 3963 de la SC Buenos Aires.

(10) Res. de Presidencia 10/20.

### Nota a fallo

#### Mediación prejudicial obligatoria

Contrato de compraventa. Sometimiento voluntario al Subcentro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Validez. CCiv. y Com., Mar del Plata, sala I, 10/06/2021. - Lerner, Mariana y otro/a c/ Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar. 3

#### Mediación prejudicial obligatoria

Revocación de sentencia que admitió la validez de la mediación realizada ante escribanos públicos. Cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal. CCiv. y Com., Mar del Plata, sala I, 18/06/2021. - Lerner, Mariana y otro/a c/ Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar. 3

#### Mediación prejudicial obligatoria: Comentario al fallo "Lerner"

María Jimena Cabanas

3

#### Actualidad

#### Actualidad en Derecho Tributario

Mercedes Sastre - Ezequiel Maltz

5

#### Actualidad en Derecho Laboral

Emilio E. Romualdi

8

sarías, informar de manera inmediata a las partes y/o autoridades pertinentes y la celebración de audiencias, gozando de plena validez los actos llevados a cabo por dichos medios (11).

Esta autorización fue tomada por los jueces penales para aplicarla en el procedimiento especial de flagrancia (12), que son aquellos supuestos en que el sospechado de haber cometido un delito doloso es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por los funcionarios de las agencias policiales, la víctima o terceros, o bien posee elementos o rastros que permitan inferir su intervención en una conducta típica.

Es un procedimiento ágil, con un término máximo de 60 días de trámite, que establece la oralidad para resolver la situación procesal de las personas como ser su excarcelación, su prisión preventiva, la elevación a juicio o el sobreseimiento o las salidas alternativas como ser el juicio abreviado o la suspensión de juicio a prueba. Son audiencias multipropósito, por lo tanto, las partes pueden plantear otras cuestiones procesales que deben resolverse en el momento por el juez.

Además, existen otras actuaciones procesales que derivan en actos orales como las dispuestas por los arts. 168 bis ó 412 del Código de Procedimiento Penal, por citar ejemplos. Y el panorama era más crítico para el Ministerio Público que debe realizar la instrucción de las causas, tomando declaraciones, entrevistando a los imputados, a las víctimas y otras medidas de prueba pensadas para una actividad presencial.

Si bien la aplicación WhatsApp® es una de las más usadas en el mundo —más de 2000 millones de usuarios (13) y casi 18 millones en Argentina— el desafío era como realizar la audiencia con las personas en encierro, quienes hasta ese momento no contaban con autorización para tener celulares propios en el calabozo y también, que la videollamada grupal quedara grabada para luego ser bajada al sistema de gestión del expediente.

Todo fue prueba y error. Se comenzó a utilizar la videollamada grupal de la aplicación, desde el teléfono oficial del juez a la cual se unían las partes y el personal policial en las estaciones policiales con teléfonos propios, llevando al imputado a una oficina dentro de la dependencia o, debido a la escasez de funcionarios policiales en relación con la sobrepoblación de personas en encierro que están alojadas, se le pasaba el teléfono dentro del calabozo.

Un primer paso dado. Lo que antes se hacía presencial ahora la reunión era virtual, pero faltaba algo importante: Que quedara registrado el audio y el video. Si bien algunos teléfonos considerados de alta gama poseen una función de grabar la pantalla, la gran mayoría no lo tiene, por lo tanto, se tomaba otro teléfono celular que captara lo que estaba pasando en el primero y filmara y tomara el audio.

El segundo paso era qué se hacía con el archivo una vez grabado. No podía bajarse directamente a los sistemas ya que el teléfono no era aceptado como periférico que permitiera enviar la grabación a la terminal del juez porque este no es el administrador del equipo sino la Delegación de Informática del Departamento Judicial. Por lo tanto, había que descargar el archivo en una computadora personal y grabarlo en un DVD debido a la cantidad de *megabytes* que ocupa.

Mientras este paliativo iba cobrando adeptos y las audiencias se llevaban a cabo, la SC Buenos Aires lograba, casi un mes después de la res. 386/20, dos hitos importantes: Los convenios con el Colegio Provincial de Magistrados

y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires y la Asociación Judicial Bonaerense para la modalidad de teletrabajo y la implementación del uso de tecnología de videoconferencias con el Servicio Penitenciario Provincial mediante la plataforma Microsoft TEAMS® (14).

Las prórrogas del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio por los decretos del Poder Ejecutivo nacional y provincial eran sucedidos por resoluciones de la SC Buenos Aires que iba adaptando el trabajo de los distintos organismos de los fueros.

El 27/04/2020 se dispone que, mediando petición de parte, los órganos judiciales podrán autorizar, en atención a las circunstancias y según su sana discreción, el uso de herramientas tecnológicas accesibles para la realización a distancia de actos procesales que de otro modo pudieran verse impedidos. También se podían hacer si la suspensión o postergación pudiera derivar en un grave perjuicio a derechos fundamentales (15).

El art. 7º de la res. 480/2020 prevé una situación fundamental: Las audiencias con niños, niñas y adolescentes prevista en los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3º, inc. B) de la ley 26.061 y 4º, inc. B) de la ley 13.298 y 707 del Cód. Civil y Comercial, o con personas con capacidad restringida. Se podían llevar a cabo, previo informe técnico-profesional debidamente fundado sobre su procedencia y establecida la pertinente factibilidad tecnológica.

Debe tenerse presente de que, decretada la situación de pandemia, se suspendieron todas las audiencias en Cámara de Observación o Gesell, por lo tanto, no podían declarar los menores sobre hechos de abuso sexual infantil de los cuales habían sido víctima o testigo. Es un acto presencial considerado un adelanto extraordinario de prueba que se filma y graba precisamente para que la niña, niño o adolescente tenga que concurrir en otras oportunidades a narrar los hechos y con ello ser revictimizado.

Si bien la resolución llegaba tarde a plasmar normativamente un uso ya extendido en varios juzgados de garantías, la inclusión de niños, niñas y adolescentes para que se llevaran a cabo las audiencias remotas era sumamente importante para impulsar causas complejas para la salud física y mental tanto de los menores como de sus familiares.

Ahora existían dos nuevos inconvenientes que sortear: El dictamen técnico-profesional que permitiera la entrevista con la niña, niño o adolescente en forma presencial en una sala junto con el psicólogo debido a las restricciones y recomendaciones del Ministerio de Salud y la forma en que las partes junto con el juez presenciarían la entrevista, harían las intervenciones pertinentes y la grabarían.

Si bien en una primera etapa los licenciados en psicología no estaban de acuerdo en estar en un recinto con el menor, además de cuestionar la pérdida de *rapport*; luego cedieron tomando las precauciones que se establecieron para la presencialidad como ser el distanciamiento a dos metros entre uno y otro, el uso de tapabocas y/o máscaras plásticas.

El segundo problema ya tenía un principio de solución. Las audiencias de flagrancia oficiaron de experiencia suficiente para decidir que lo que antes era situarse detrás de un vidrio espejado para observar la declaración del menor, ahora se trasladaba a la virtualidad a través de una pantalla de un celular con WhatsApp® y una videollamada grupal.

Esta era efectuada por personal de la fiscalía situado en la habitación contigua a donde se

desarrollaba la entrevista y colocando el teléfono con su cámara enfocando al declarante a través del vidrio. Luego que el menor responde el pliego de preguntas previsto, el psicólogo averigua con el personal de la fiscalía si hay otras preguntas que formular y el juez, unido a las partes en el grupo de WhatsApp® escucha las ampliaciones, dudas o confirmaciones que quieren realizar la fiscalía, la defensa, el particular damnificado, la asesoría de menores e incapaces; determina la pertinencia o no y se las trasmite al psicólogo.

### III. El inicio del expediente digitalizado

A partir del 01/06/2020 todo expediente que se inicia tiene que ser digitalizado en el ámbito de la SC Buenos Aires, pero, lamentablemente, ello no fue acompañado por el Ministerio Público, lo cual produce en el fuero penal un atraso en la tramitación de las causas y la permanencia de los expedientes mixtos. El culto al papel no es fácil de desarraigar en los agentes judiciales que de por sí son apegados a las tradiciones y a la formalidad.

Digo digitalizado y no digital porque el entorno en el cual se trabaja sea el sistema SIMP o Augusta, fue pensado para una causa papel, por lo tanto, subsisten formas que no se condicen con la pureza del concepto.

La res. 567/2020 del 05/06/2020 es particular para los fueros Penal y de Responsabilidad Penal Juvenil y a fin de seguir avanzando en el diagrama de la res. 480/2020, se explica que reviste “urgencia” las causas que mantenga a personas privadas de la libertad y, en consecuencia, las providencias que repercutan en la libertad o una medida de coerción menos gravosa (arts. 159, 163, 170 y cctes.), la cuestiones durante la ejecución de la pena (art. 498) o los actos irreproducibles (art. 274).

También se nombra a los debates orales y respecto de la realización de actos procesales donde no se encontraran personas privadas de su libertad, para avanzar en la tramitación de todos los procesos, en cualquiera de las instancias respectivas.

Si bien los debates orales siguen siendo difíciles de llevarse a cabo, en los juzgados de garantías el avance basado en la intuición y el sentido común halló un marco normativo superador al Código de Procedimiento Penal. Es verdad que las acordadas y resoluciones poseen una jerarquía inferior al Código de forma, pero en cierta medida y a mi entender, fue la forma de adaptarse a los tiempos y que el procedimiento penal sufrió una caída en desuetudo en muchas de sus reglas.

Pregúntense si con la firma digital del juez es necesario que el secretario firme que fue realizada ante él. ¿Cuál sería el objetivo de que cumpla una función de fedatario de una firma que posee un sistema más seguro que una firma ológrafa?

Tampoco tendría sentido en un expediente digitalizado que un juez firme digital un proveído delegando que se lleve a cabo por un funcionario un oficio y este al pie diga que lo cumplió; cuando en el sistema puede verse que está el oficio realizado y firmado también digital por el secretario o el auxiliar letrado y enviado por el Portal de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas!

A esto, súmenle que el proveído puede ser notificado directamente, prescindiendo del oficio si a donde quieren enviar el requerimiento o notificar lo que allí se dispuso posee domicilio electrónico.

Retomando el punto de las audiencias, ahora no solo que se podían realizar con los detenidos sino también con las personas en libertad y resolver la situación procesal de sus causas. Como dije antes, la aplicación es muy usada y conocida por las personas en nuestro país, por lo tanto, resultó más amigable y ahora se unían a las videollamadas sin reparos.

La SC Buenos Aires reconoce, en agosto de 2020, que los obstáculos se iban relativizando o sorteando y que los agentes judiciales, tanto de oficio o a pedido de parte, habían interpretado dinámicamente las reglas existentes, a fin de arbitrar soluciones que permitían avanzar con el procesamiento del conflicto en sus diferentes estadios (16).

### IV. El arribo del Microsoft TEAMS®

En una primera etapa se usó con las personas en encierro en el Servicio Penitenciario Provincial el Programa Microsoft TEAMS®. La segunda etapa fue la adquisición de la licencia por seis meses por parte de la SC Buenos Aires para realizar las audiencias virtuales que quedaban grabadas en un servidor de la prestataria pero que generaba un *link* para ser pegado en el acta que daba cuenta de su realización y el video quedaba “colgado” en una página de *streaming*.

Si bien lo que no convenía era la privacidad de que esos videos estuvieran alojados en un servidor externo, lo cierto es que ahora sí podía quedar alojado en el sistema en forma directa sin tener que hacer otra cosa más que apretar el botón “inicio de grabación”.

La dificultad se centra en que no es un programa conocido y los mayores inconvenientes y demoras es explicar la manera en que puede ingresar para participar en la audiencia los particulares que no son parte del Poder Judicial, aunque, como crítica, también algunos operadores siguen sin entender cómo funciona.

En esto fue muy importante lo dispuesto por la acordada 3975 en cuanto a que se informara un número de teléfono celular —como mencioné en uno de los párrafos de inicio— ya que el programa permite generar un enlace que puede remitirse por WhatsApp® para que pueda unirse a la audiencia que se lleva a cabo en el TEAMS®. También es necesario un correo electrónico.

Además, se dotó de una o dos cámaras por dependencia con micrófono incorporado y si bien el sistema de audio llegó un año después, lo cierto es que con unos auriculares con micrófono de aquellos que se usan en los celulares, se podía suplir ese faltante. Otros tenían equipos propios y alternaban su uso.

La SC Buenos Aires, en noviembre de 2020, publica la res. 1249/2020 que posee un anexo único donde está el protocolo para la realización de audiencias en los fueros Penal y de Responsabilidad Penal Juvenil con la asistencia física y/o remota de todos o algunos de sus intervinientes, centrado en los debates orales que habían quedado retrasados y sin solución en cómo suplir la presencialidad sin afectar las garantías del debido proceso.

Una vez vencida la licencia, la SC Buenos Aires decidió continuar con el programa, pero ahora los videos quedan alojados en un servidor propio y no de la prestataria, por lo tanto, el resguardo de la privacidad está, en cierto sentido, más seguro.

Para las cámaras de observación, la Procuración General adoptó el Programa Jitsi Meet® y ahora se llevan a cabo desde la plataforma del Ministerio Público, quedando como invitados a la reunión, con el correo oficial, los dependientes de Administración de Justicia.

### V. De necesidades, buenas prácticas de cumplir con la tutela judicial efectiva y el servicio de justicia

Varios puntos álgidos son el ancho de banda de Internet que es muy limitado y que no permite tener una conexión sostenida como también, tener una amplia cobertura de red para que la señal de los teléfonos celulares en los edificios de tribunales de cada departamento judicial no tenga “baches” de conectividad.

El uso de medios propios —computadoras, notebooks, tabletas o teléfonos inteligentes—, la

(11) Res. de Presidencia 12/2020.

(12) Ley 13.811 (BO. del 07/04/08).

(13) Blog oficial de la empresa.

(14) SPL 19/2020.

(15) Res. 480.

(16) Res. 816/2020.

Internet hogareña y el gasto de electricidad que ello insume como también el amoblamiento y sillones adecuados para permanecer varias horas sentado frente a un monitor.

Una acordada propia para el Fuero Penal en materia de presentaciones y notificaciones electrónicas o su incorporación en aquellas que se dicten sobre el tópicico, pero teniendo en consideración la especificidad de las dependencias.

Mientras estos reclamos se llevan a cabo por las representaciones gremiales, las audiencias se realizan en los juzgados de garantías en una tasa que supera el 90% de cumplimiento en el día y hora designada.

Se realizan utilizando el TEAMS© pero, si alguno de aquellos contratiempos enunciados sucede, las partes son sumadas por videollamadas de WhatsApp© o se provee de datos para tener Internet desde un *smartphone*. La meta es que no haya caída del servicio y que las situaciones procesales de las personas afectadas a una causa penal tengan una pronta y eficaz respuesta.

De alguna manera, estos esfuerzos quedan plasmados en el informe anual de gestión 2020-2021 elaborado por la SC Buenos Aires donde se determinó que se realizaron 153.158 audiencias virtuales y en particular 14.625 videoconferencias entre organismos judiciales y personas privadas de la libertad alojadas en el Servicio Penitenciario Bonaerense.

Este año, la reciente res. 924/2021 insta a profundizar la utilización de los medios tecnológicos y dar prioridad a la realización de las audiencias de manera total o parcialmente en forma remota, evitando conductas que produzcan dilaciones en el curso del proceso. Esto último tanto a los fiscales como a aquellos profesionales que ejerzan la defensa.

De allí que se pide colaboración a los Colegios de Abogados en la difusión y seguimiento de las medidas y se invita a la Procuración General a adoptar las medidas y mecanismos que faciliten el cumplimiento de la presente por parte de sus funcionarios.

#### VI. Las innovaciones perdurables y el nacimiento de una nueva Administración de Justicia Provincial

La SC Buenos Aires bien señala en el informe antes referido (17) que: “La emergencia ha sido un factor que obligó a imprimirle un ritmo muy acelerado a los cambios. Múltiples acciones y programas destinados a dar respuesta en la coyuntura fueron adoptados en este año. Pero, prácticamente en su totalidad, esas acciones y programas suponen transformaciones estructurales, generadoras de nuevos escenarios y de caminos abiertos para optimizar las prestaciones de la Administración de Justicia provincial”.

Y cierra con un párrafo propio de los sistemas de gestión basados en la mejora continua que implementara Japón con Deming (18) luego de la devastación que le había provocado la Segun-

da Guerra Mundial: “La crisis impone continuidad en las reformas, su evaluación y mejora, y la programación e implementación de aquellas que habrán de sucederlas”.

Estoy convencido de que un nuevo Poder Judicial en la Provincia de Buenos Aires se inició en marzo de 2020 y que no hay vuelta atrás. Lamento ser el transmisor de tan mala noticia para aquellos que siguen pensando en el papel, la presencialidad y en la fórmula mágica del “porque siempre se hizo así”.

¿Se necesitan ajustes? Seguro. ¿Se necesitan mayores inversiones en tecnología? También. ¿Se necesita un nuevo reglamento para administrar el teletrabajo de los operadores judiciales? Sí, en forma urgente.

Faltan muchas cosas, pero eso no puede paralizar un servicio esencial como es la justicia.

La SC Buenos Aires ha gestionado adecuadamente la crisis, aunque no ha reconocido los esfuerzos de magistrados, funcionarios y empleados como debe ser, que de una u otra medida han facilitado que el curso de esta pandemia no paralizara a uno de los poderes del Estado provincial como sí sucedió con el Poder Legislativo y el Poder Judicial de la Nación, por ejemplo.

Creo que la comunicación interna entre la SC Buenos Aires y los operadores judiciales ubicados en los 19 departamentos judiciales es un déficit que perdura y que no tuvo la misma velocidad de cambio. A ello le sumaría la falta de defensa ante ataques mediáticos que continúan hablando de estereotipos y privilegios y que no se encargan de reproducir los datos altamente positivos de una transición controlada, con ex-

periencias superadoras basadas en la inquietud de mantener vivo el principio constitucional de afianzar la justicia.

Termino con una historia que bien puede aplicarse para entender el momento y la forma en que los judiciales debemos seguir actuando.

En el año 1970, la misión del Apolo XIII para aterrizar en la Luna, durante un encendido del sistema de removido del oxígeno líquido de uno de los tanques produjo una explosión por el mal aislamiento de un cable, dejando sin oxígeno necesario a la tripulación. Tuvieron que trasladarse al módulo lunar que estaba diseñado para mantener a dos hombres en la superficie lunar durante dos días y ellos eran tres.

El centro de control de la misión improvisó varios procedimientos para mantenerlos vivos durante cuatro días en ese lugar y ganar tiempo para resolver su vuelta a tierra. La tripulación sufrió la falta de energía, frío, humedad y la escasez de falta de agua potable, pero lo más crítico fue adaptar los filtros del módulo de mando para que el sistema de eliminación de dióxido de carbono funcionara en el módulo lunar.

Para ello, primero los controladores de la misión improvisaron una solución y luego la tripulación la puso en práctica y funcionó. Ello se denomina trabajo en equipo.

Los tres regresaron con vida a la tierra.

¿Qué hubiera pasado si ante la dificultad se hubieran rendido?

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2127/2021

(17) Informe Anual de Gestión 2020/2021.

(18) DEMING, William Edwards (1900-1993) fue un esta-

dístico estadounidense, profesor universitario, consultor y difusor del concepto de calidad total.

## Nota a fallo

### Mediación prejudicial obligatoria

**Contrato de compraventa. Sometimiento voluntario al Subcentro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Validez.**

Corresponde dar curso a la demanda instaurada, toda vez que la decisión del juez que manifestó que solo resultan eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por autoridad de aplicación y designado a través de sorteo automático constituye un exceso ritual manifiesto que va en desmedro de lo pactado por las propias partes y lo edictado por la normativa aplicable al caso, ya que la ley 13.951 de Buenos Aires prevé la mediación voluntaria como una op-

ción a la cual pueden recurrir las partes en forma previa a la instancia de Mediación Obligatoria.

**CCiv. y Com., Mar del Plata, sala I, 10/06/2021. - Lerner, Mariana y otro/a c/ Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/79123/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en **Atención al Cliente**, <http://informaciónlegal.com.ar> o en **Preview**]

### Mediación prejudicial obligatoria

**Revocación de sentencia que admitió la validez de la mediación realizada ante escribanos públicos. Cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal.**

Lo resuelto por sentencia interlocutoria, en cuanto dejó sin efecto la resolución que ordenó una mediación prejudicial obligatoria otorgando validez a la mediación realizada ante notarios, extralimitó los efectos formales del decisorio y provocó indirectamente resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal (leyes 5177 y 13.951), situación sobre la cual el órgano jurisdic-

cional no tiene competencia. Por ende, corresponde de propio imperio dejar sin efecto el pronunciamiento y que los aquí firmantes nos apartemos de la causa por haber emitido opinión y, en salvaguarda de los principios constitucionales del debido proceso y del juez natural, disponer que el Tribunal se integre con magistrados hábiles para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

**CCiv. y Com., Mar del Plata, sala I, 18/06/2021. - Lerner, Mariana y otro/a c/ Nocerino, Pablo Luis s/ Materia a categorizar.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96547/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en **Atención al Cliente**, <http://informaciónlegal.com.ar> o en **Preview**]

## Mediación prejudicial obligatoria: Comentario al fallo “Lerner”



### María Jimena Cabanas

Abogada-mediadora. Secretaria del Juzgado Civil y Comercial N° 3 de Tandil.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Los antecedentes del caso.— III. La obligatoriedad de la mediación prejudicial. Sus diferencias con la mediación voluntaria. La autonomía de la voluntad de las partes respecto a la etapa de mediación.— IV. A modo de conclusión.

#### I. Introducción (\*)

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en fecha 10/06/2021, revocó la resolución de la instan-

cia de origen que había ordenado a las partes a acudir a la etapa de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951, puesto que la celebrada por ellas no había sido dirigida por un abogado habilitado al efecto por autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático, considerando la decisión un exceso ritual manifiesto en desmedro de lo pactado por las propias partes y lo edictado por la normativa aplicable al caso. A poco de ello, en fe-

cha 18/06/2021 y frente a la presentación en el expediente del Director General del Centro de Mediación Prejudicial y Voluntaria del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata, el mismo Tribunal —más allá de no admitir la presentación del referido bajo la invocación de la figura del *amicus curiae*— dejó de oficio sin efecto lo decidido, puesto que advirtió que había extralimitado los efectos formales del decisorio, provocando indirectamente

resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal, situación que no formaba parte del decisorio y sobre la cual, entendió, no tenía competencia.

#### II. Los antecedentes del caso

Las actrices, en fecha 22/10/2020 promovieron demanda de resolución de contrato de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Este trabajo ha sido recepcionado por la Editorial, el 22/07/2021, con información actualizada a ese momento.

compraventa y repetición de sumas abonadas, resultando el expediente radicado en el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 5 de Mar de Plata. En libelo inicial manifestaron que con fecha 3 de septiembre de 2020, habían iniciado la etapa de mediación previa obligatoria llevada a cabo por las notarias mediadoras Liliana Beatriz de las Mercedes Mayer y Teresita del Niño Jesús Magnin, integrantes del Subcentro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Delegación Mar del Plata, de acuerdo a lo pactado por las partes en la cláusula séptima del contrato de compraventa en cuya virtud reclaman pero, no habiendo arribado a una solución amigable, con fecha 22/09/2020 dieron por concluida la etapa, promoviendo el presente proceso.

Frente a ello, en fecha 15/12/2020 el Juez de grado entendió que a los fines de tener por transitada la instancia de mediación prejudicial obligatoria prevista en la ley 13.951 solo resultaban eficaces las mediaciones dirigidas por un abogado habilitado al efecto por la autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático, y toda vez que en la mediación ha sido llevada a cabo por escribanas, debía en forma previa, acudir a esta instancia.

Apelaron las actoras lo decidido, argumentando que el art. 1° de la ley 13.951 determina la existencia de dos tipos de instancia de mediaciones, una obligatoria y otra voluntaria, teniendo ambas el mismo fin, determinado como el acercamiento de las partes y la posibilidad de arribar a una resolución temprana del conflicto, y manteniendo los mismos principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y consentimiento informado, por lo que ambos institutos cumplen y agotan la causa fin por el cual fueron creados, que el art. 37 del dec. 43/2019, faculta a todos los Colegios Profesionales de la Provincia de Buenos Aires a crear Centros de Mediación Voluntaria sin establecer que las mediaciones deban ser llevadas a cabo por un abogado habilitado por la autoridad de aplicación y designado a través de un sorteo automático y que carece de razonabilidad concluir que solo son eficaces las mediaciones llevadas a cabo por un abogado, sin tomar en cuenta que la eficacia de la función de mediación es independiente de la profesión que ejerza el mediador; ya que no resuelve, no dictamina, no puede alegar sobre el derecho u obligación de cada parte, ni siquiera está facultado a dar una opinión sobre los derechos u obligaciones en conflicto, y en todo caso, la eficacia de la mediación estaría dada por la exigencia que requiera la autoridad de aplicación en la formación de mediadores pues entender lo contrario, no sería razonable que el legislador faculte a distintos colegios profesionales llevar a crear centros de mediaciones si solo tendrá eficacia y validez la mediación llevada a cabo por un abogado, lo que contradice el espíritu de la ley.

El Tribunal resolvió que lo decidido en la instancia de origen constituía un “exceso ritual manifiesto” ya que el proceso debía cumplir un fin servicial, cuidar ciertas exigencias de orden externo pero no para que los derechos se vean vulnerados sino, por el contrario, para que su realización resulte en todos los casos favorecida ya que de otro modo, tal orden deviene en ritualismo; una forma vacía de contenido ético a lo que se agrega el hecho de que la ley 13.951 prevé la Mediación Voluntaria como una opción a la que pueden recurrir las partes en forma previa a la instancia de mediación obligatoria, por lo que se consideró cumplido con la etapa previa obligatoria.

Ante lo decidido, se presentó el Director General del Centro de Mediación Prejudicial y Voluntaria del Colegio de Abogados Departamento Judicial Mar del Plata, invocando el carácter de

*amicus curiae*, argumentado que la resolución resultaba írrita, *contra legem*, al reconocer a la mediación voluntaria institucional como equivalente a la mediación previa prejudicial obligatoria y que el fallo constituía un ataque a las incumbencias del abogado, implicando una desinterpretación de una normativa que sin embargo, resultaba muy clara; que no obstante la posibilidad de acudir a una mediación voluntaria institucional —y si su resultado fuera un acuerdo, sería perfectamente válido, sin necesidad de homologación judicial— el procedimiento se encuentra regido por el reglamento del colegio profesional de que se trate siendo que, en el caso del Colegio de Escribanos no se prevé el patrocinio letrado obligatorio de los participantes.

Si bien el Tribunal de Alzada no admitió la presentación del mencionado puesto que consideró, no se encontraban reunidos los requisitos para ser admitido como *amicus curiae*, lo cierto es que dejó sin efecto de oficio el pronunciamiento, advirtiendo que había extralimitado los efectos formales del decisorio provocando indirectamente resolver sobre una cuestión de incumbencias profesionales delegadas por el legislador a un ente público no estatal, cuestión sobre la que carecía de competencia. Habiendo emitido opinión sus integrantes, resolvieron apartarse de la causa no existiendo a la fecha decisión respecto del recurso.

### III. La obligatoriedad de la mediación prejudicial. Sus diferencias con la mediación voluntaria. La autonomía de la voluntad de las partes respecto a la etapa de mediación

En efecto, el art. 2° de la ley 13.951 establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio —con las exclusiones que la misma norma prevé— con el objeto de promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto. La reglamentación del artículo dispone a su vez que la mediación previa se considerará cumplida cuando las partes hubieran participado de un procedimiento de mediación con intervención de un mediador judicial que reúna los requisitos establecidos en la reglamentación.

El art. 26 dispone que para ser mediador judicial se requerirá poseer título de abogado, tres años de ejercicio de la profesión, encontrarse matriculado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias establecidas reglamentariamente.

Lacónicamente, la ley regula en sus arts. 36 y 37 la mediación voluntaria, estableciendo que para ser mediador voluntario se requiere poseer título universitario de grado con una antigüedad mínima de tres años de ejercicio profesional, haber aprobado el plan de Estudios establecido por la Autoridad de Aplicación para todo tipo de Mediación y constituir dominio en la Provincia de Buenos Aires. La reglamentación resulta un poco más pormenorizada: Se autoriza a los colegios profesionales de la Provincia de Buenos Aires a crear Centro de Mediación con facultad de dictar su reglamento interno, confeccionar el Registro Provincial de Mediadores, mantener actualizados sus legajos, velar por el cumplimiento de los principios de la Mediación, confeccionar estadísticas e informar al Ministerio de Justicia y Seguridad acerca del funcionamiento del sistema, establece los requisitos que deben reunirse para ser incluido en el Registro Provincial de Mediadores, determina de qué manera deben confeccionarse los legajos que instrumenten cada mediación, prevé la designación de los mediadores por sorteo o por acuerdo de partes, el régimen de las notificaciones y comunicaciones, la confidencialidad de las audiencias, la necesidad de participar personalmente del

proceso y las causales de conclusión. También regula los efectos de la mediación respecto a la prescripción liberatoria, la retribución del mediador y causales de excusación y recusación, delegándose el control disciplinario en cada colegio profesional.

De las normas reseñadas surge claramente la diferencia entre la mediación judicial (o más precisamente prejudicial, aunque la ley utiliza ambos adjetivos al referirse a la obligatoria) y la voluntaria. Y no quedan dudas en cuanto a que primera resulta obligatoria para aquellos conflictos que la ley determina —con prescindencia del resultado de esta—, como condición de acceso al proceso judicial y en ese sentido, la resolución del Tribunal de Alzada que revocó la decisión del juez de primera instancia que consideró que la partes no habían cumplido con la etapa prevista en la ley al haber acudido únicamente a la mediación voluntaria resulta, como el tribunal advierte luego, *contra legem* y por tal motivo írrita, si la decisión no derivaba de la declaración de inconstitucionalidad de la norma que impone a la mediación judicial como etapa obligatoria previa al juicio —marginando a esos efectos a la voluntaria—, y no resulta ocioso destacar, para el caso, que conforme la doctrina elaborada por el Superior Tribunal Provincial, el grado de acierto, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la legislatura constituye un asunto sobre el cual no procede el escrutinio judicial; la declaración de inconstitucionalidad de las leyes importa una de las funciones más sensibles para cualquier tribunal de justicia, *ultima ratio* del orden jurídico y exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan tal declaración (1).

Hace ya varios años, en el caso “Baterías Sil-Dar”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los reparos constitucionales opuestos contra la obligatoriedad de la etapa, al establecer “el carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita —y en breve tiempo— la vía judicial” (2). También se ha dicho que este requisito, atípico en el instituto, deriva de la ley nacional y posee (como en aquella), una razón instrumental: El quiebre de la resistencia profesional a utilizar este método; por tal razón la obligatoriedad culmina con la presentación a la primera audiencia e intervención del mediador (3).

Por su parte, también existen pronunciamientos al respecto en la jurisdicción local, en uno de los más recientes, que abrevia de la doctrina precedentemente citada, se dijo que “la Ley de Mediación proporciona una herramienta útil para lograr la solución del conflicto, sin tener que transitar la etapa de judicialización de la cuestión y es una etapa relativamente rápida de cumplir por lo que no puede en absoluto considerarse incompatible con el acceso a la jurisdicción; puesto que la ley sólo exige la comparecencia a una audiencia, en la que bastará que cualquiera de las partes exprese su voluntad de dar por finalizado el trámite para que quede expedita la vía judicial”. Como se refiere en su exposición de motivos, esta norma “refleja una clara voluntad política de institucionalizar nuevos mecanismos alternativos para la resolución de disputas, que conlleven a paliar la sobrecarga de tareas, debido al volumen de demandas incoadas, que soporta el Poder Judicial. Este sistema en ningún caso altera el derecho que cada persona tiene de recurrir ante la justicia,

tampoco está destinado a sustituir la jurisdicción como una de las funciones esenciales del Estado. Solo se pretende un medio alternativo para resolver la situación de conflicto” (4).

Si bien en forma preliminar podría concluirse que la cuestión debatida se limita a la controversia respecto a la pertinencia de la obligatoriedad de la etapa de mediación previa a juicio y la constitucionalidad de la norma en este aspecto ha sido ya debatida y resuelta, en realidad, la apreciación de los jueces que integran la Alzada en la resolución revocada en punto a que la mediación voluntaria no constituye el cumplimiento de la etapa obligatoria y que de ello resulta un desmedro de lo pactado por las partes en cuanto a la autocomposición del conflicto, induce a indagar en otros aspectos de la norma, más precisamente, aquellos que categorizan diferenciadamente a la mediación “judicial” y a la voluntaria, circunscribiendo exclusivamente al cumplimiento de la primera, la condición para acceder al proceso judicial.

No es entonces la obligatoriedad de la Mediación Prejudicial lo que vulnera la autonomía de la voluntad de las partes, sino en todo caso el hecho de que deba celebrarse exclusivamente con un mediador abogado que tampoco puede ser designado por acuerdo de partes —a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos provinciales—, siendo su sorteo obligatorio, lo que sin duda contraría el objetivo declarado de la mediación de promover y de facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto, vedándole a los participantes de la disputa nada menos que a elegir la persona encargada de facilitar la comunicación entre ambas en pos de autocomponer el diferendo.

Respecto al primero de estos dos aspectos, es decir, el hecho de que el mediador deba contar con título de abogado, reconocidos autores en materia de mediación han señalado que “la mediación es una elaboración jurídica y, como tal, debe ser operada por abogados. Ello no implica un privilegio sino una responsabilidad, que exige entender que su práctica demanda de una alta especialidad y que debe asumirse como tal desde el momento mismo de la formación y entrenamiento para su ejercicio” (5).

Entre los diversos antecedentes de la ley 13.951 se encuentran proyectos en los que surgían las posturas encontradas en relación con la habilitación de las incumbencias profesionales autorizadas para llevar a cabo mediaciones; posiciones que finalmente se resolvieron en el texto definitivo de la ley que establece la mediación prejudicial, con carácter de obligatorio (con sus correspondientes excepciones) para lo cual es requisito habilitante ser abogado, debidamente capacitado (art. 26) inscripto en el Registro de Mediadores de la Provincia de Buenos Aires (arts. 25 a 30), previa aprobación del examen de admisión, regulándose a su vez —si bien en forma escueta, como se dijo— la Mediación Voluntaria (arts. 36 a 38), que puede ser llevada a cabo por profesionales de cualquier disciplina, capacitados en mediación y debidamente matriculados.

Y si bien comparto las posiciones que sostienen la intervención de un profesional abogado, ya que al menos en el caso de que la etapa culmine en un acuerdo entre las partes, este debe ser jurídicamente posible, por lo que la intervención del profesional del derecho resulta indispensable, considero que a fin de abastecer el aspecto jurídico del conflicto durante todo el proceso, resulta suficiente el asesoramiento letrado de las partes, ya que la participación de los abogados a lo largo de todo el proceso, es indispensable para la validez de la etapa (6).

Respecto al segundo de los aspectos señalados, esto es, la imposibilidad de designar mediador por acuerdo de partes, la limitación carece de toda razonabilidad. Si de lo que se trata es facilitar la comunicación entre las partes y que ellas sean protagonistas en la solución de su propia disputa, no se explica por qué la norma cercena la autonomía de su voluntad al

(1) SC Buenos Aires, “Oricchio, María Adela Isabel c/ Poder Judicial -Procuración General- s/ Pretensión Anulatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley”, 26/05/2021; SC Buenos Aires, “Garibaldi, Elvira Ángela contra Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso-administrativa”, 14/05/2021 entre muchos otros.

(2) CS, “Baterías...”, 27/09/2001, fallos 324:3184.

(3) LEZCANO, José María, “Mediación: una práctica profesional. Anotaciones a la ley de mediación bonaerense”, LLBA 2012 (octubre), 937.

(4) Cám. Civil y Com. de Azul, sala II, “Basile Víctor Fabian Cruz c/ Banco Hipotecario S.A. s/ materia a categorizar”.

(5) CALCATERRA, Rubén A., “Hacia la búsqueda de formas de integración de medios de administración de conflictos en el sistema de justicia de la Provincia de Buenos Aires”, LA LEY, 1998-C, 1134.

(6) Art. 13 del decreto reglamentario 2530/10, arts. 14, 15 y 17 de la ley 13.951.

vedárseles designar de común acuerdo al mediador, cuando el hecho de su designación consensuada desde ya importa arribar —al menos en ese tópico— a un acuerdo, lo que es dable alentar.

Por último, y aunque el fallo en comentario nada haya expresado al respecto, no puede dejar de advertirse que resultando únicamente la mediación “judicial” válida a los fines de promover el respectivo proceso, y en consecuencia irrelevante que las partes hayan acudido previamente a la mediación voluntaria, la norma no hace otra cosa que desalentar el instituto de la mediación voluntaria, al menos en aquellos casos donde el conflicto pueda derivar en la promoción de un litigio, puesto que no escapa a la apreciación más superficial la dilación en el tiempo y el considerable aumento de costos que implicaría acudir a ambas mediaciones. Basta para ello señalar que aun en el caso que las partes solo compare-

cieran a una audiencia, manifestando que no tienen voluntad para arribar a un acuerdo, o bien no comparecieran todas ellas, cerrándose la etapa por esta causal el mediador tiene derecho a cobrar del requirente —si el juicio no se inicia dentro de los sesenta días— el importe equivalente a nueve *jus* arancelarios, (o la menor cantidad que corresponda en función del importe del reclamo) a cuenta de lo que correspondiese si se iniciara posteriormente la acción (7), lo que en la actualidad importa la suma de \$ 25.542,00 (8).

Estas circunstancias ya han sido advertidas como reparos respecto al esquema casi idéntico previsto para la jurisdicción nacional por la ley 26.589, aclarándose que si bien la existencia de un sistema de mediación previa obligatoria no obsta a que las partes voluntariamente acudan a otro mediador para que los asista en la composición del conflicto, que puede perfectamente no ser abogado, para dar cumplimiento

al recaudo de haber acudido a la mediación antes de iniciar la demanda judicial, solo cuenta el paso ante los mediadores previstos en dicha ley, lo que obviamente resulta un desincentivo a utilizar otros instrumentos de aproximación voluntarios, por la duplicación de costos y de tiempos que genera (9).

#### IV. A modo de conclusión

La sintética fundamentación del fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, que consideró cumplida la etapa de mediación obligatoria con la mediación voluntaria a la que acudieran las apelantes —luego revocada por el propio tribunal— pone de manifiesto la necesidad de reforma de la Ley de Mediación 13.951 siempre con el objetivo de que ampliar los medios alternativos de resolución de conflictos, privilegiando cada vez más el protagonismo de las partes para la auto-composición de sus propias disputas y mejorar el uso y la difusión de las herramientas que la misma ley provee. Considero que ello importa revisar la necesidad de que el mediador a designarse deba contar con título de abogado, toda vez que el rol del mediador es el de faci-

litar el diálogo y acercar las posiciones, por lo que no aparece indispensable su formación forense y el aspecto jurídico de la contienda puede ser válidamente abordado y resuelto por los letrados de las partes.

Por otra parte, parece indispensable la posibilidad de que sean las propias partes quienes —si existe acuerdo en ese sentido— designen a la persona que habrá de llevar a cabo la mediación, ya que es un aspecto susceptible de consenso que resulta apropiado fomentar. Ya han transcurrido más de diez años desde la sanción de la ley 13.951 y muchas han sido las críticas iniciales y sobrevinientes a su contenido y la pertinencia de las normas que incluye y no ha sido aún objeto de las reformas que se le reclaman, a excepción del aspecto arancelario (10) por lo que se impone su revisión, en la inteligencia de que todas las instituciones humanas resultan perfectibles, en este caso con el objetivo de brindar a la sociedad más eficaces métodos de resolución de sus conflictos que permitan evitar el litigio judicial como única alternativa.

(7) Art. 27 del decreto 2530/10, reglamentario del art. 31 de la ley 13.951.

(8) Acuerdo 4012/21 SC Buenos Aires.

(9) GIANNINI, Leandro J., “Experiencia argentina en la mediación obligatoria”, LA LEY, 2014-A, 1.

(10) Véase dec. 43/2019.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2221/2021

## Actualidad

### Actualidad en Derecho Tributario



#### Mercedes Sastre

Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UCALP). Secretaria de la sala III del Tribunal Fiscal de Apelación de la Provincia de Buenos Aires. Profesora titular de “Derecho Tributario” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UDE). Integrante del Instituto de Derecho Tributario y Financiero del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.



#### Ezequiel Maltz

Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Especialista en Fiscalidad Internacional (Universidad de Santiago de Compostela, España). Coordinador de la asignatura “Regímenes Tributarios Provinciales y Municipales” de la Especialización en Derecho Tributario de la Universidad Austral. Auxiliar docente de Finanzas y Derecho Financiero, Cátedra II de la UNLP. Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y relator de la Comisión de Tribunales Fiscales de dicha Asociación.

#### I. Prescripción de tributos locales. Aplicación de las normas de fondo

*I.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Recuperación de Créditos S.R.L. apremio. Recurso extraordinario inaplicabilidad de ley”, 22/10/2020, CITA ONLINE: TR LALEY AR/JUR/62460/2020*

Se ratifica, por mayoría, la decisión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que, a su turno y por mayoría también en mayo de 2018, había declarado la inconstitucionalidad de la norma del Código Fiscal que dispone el modo en que debe computarse el plazo de prescripción para el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

La disidencia es manifestada por el Dr. Rosatti quien señaló que no debe suponerse que en el ordenamiento jurídico argentino exista una única relación jurídica y, por ende, solo un tipo de obligación, ni que la acción que se deriva de ella se extinga por un único plazo de prescripción. Agregó que resolver la cuestión exclusivamente por aplicación del derecho civil supondría colocar a esta rama del derecho en una posición de preeminencia que no encuentra sustento en la Constitución Nacional y que, llevada al extremo, culminaría por vaciar de competencias a las legislaturas locales en materia no delegada. En este sentido, señaló que la atribución del Congreso Nacional para el dictado de los Códigos Civil y Comercial procuró lograr la uniformidad normativa de estas ramas del derecho en todo el país, pero resulta excesivo interpretar que, además, buscó limitar facultades de derecho público de las que no se desprendieron en beneficio de la Nación.

En el considerando 6º de su voto sostuvo que “no se puede limitar el federalismo de la Cons-

titución con el unitarismo del Código Civil (Fallos: 243:98), habida cuenta de la preeminencia que tiene la Carta Fundamental sobre toda otra ley. Y ante la presencia de una facultad no delegada al gobierno nacional, si el código la hubiera rozado en forma tal que comportara una limitación, la inconstitucionalidad se hallaría en el Código Civil y no en la ley provincial que prescindiera de tal limitación”. En esa línea, decidió hacer lugar al recurso interpuesto por la Provincia de Buenos Aires y revocar la sentencia apelada.

Ahora bien, repasemos los extremos del pronunciamiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dictado en mayo de 2018.

El Dr. Soria consideró los extremos de la sentencia “Filcrosa” y analizó el impacto que el Código Civil y Comercial irrogaba sobre el caso, considerando que el cuerpo contiene normas respetuosas del despliegue de las potestades legislativas locales en el campo del derecho público (v.gr. arts. 240, 1764 a 1766, 1970, Cód. Civ. y Com.), y en materia de prescripción, los arts. 2532 y 2560. Así, concluyó que el Congreso de la Nación había valorado que normar el plazo de prescripción de los tributos provinciales es un asunto ajeno al derecho privado y a la cláusula de los códigos (art. 75, inc. 12, CN), inherente a los ordenamientos locales. Más que dar cuenta de un nuevo deslinde de competencias, consideró que se efectuó un reconocimiento de los límites de las potestades y, por contraste, del alcance de las que conciernen a las provincias. Y si bien es cierto que el Código Civil y Comercial no regía al momento en que acontecieron los hechos del litigio, aclaró que sus normas proporcionan un dato institucional de primer orden para discernir la validez constitucional de una cláusula legal incuestionablemente vigente entonces, de raigambre local por pertenecer al derecho público no delegado, como es el art. 133 del Código Fiscal

(t. o. 2004). En este contexto, señaló que esta normativa es aplicable no solo al plazo de prescripción sino a todo el instituto. Acompañó su razonamiento señalando que la ley 11.683, que regula los tributos nacionales, no ha recibido tacha alguna, por lo que no se advierte cómo debería ser distinto y más gravoso en relación con las provincias, cuando estas no delegaron en el Congreso la ordenación de dichas materias (arts. 1º, 75, 121 a 123, CN). Entendió que dar una lectura diferente a la cuestión importa socavar la coherencia y racionalidad del ordenamiento tributario, desmembrar su sistemática según la legislación local correspondiente y, en los hechos, una vía inapropiada de aplicación directa de normas de derecho privado, extrañas en principio al campo estrictamente impositivo, cuyo empleo solo procede por analogía, en presencia de algún “vacío” regulatorio (cfr. arg. CS, *in re* CAF 10877/2010/CA1-CS1, “Chevron Argentina SRL c/ EN - AFIP - DGI s/ resol. 98/09 - Dirección General Impositiva”, sent. de 19/05/2015, consid. sexto), camino que no debía seguirse en la especie por tratarse de un tópico que el dispositivo local trata de modo expreso y sin desmesuras, con adecuada proporción en función de los bienes jurídicos en presencia (art. 28, CN). Dijo que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121, CN.), en tanto que los que ellas delegaron al Estado nacional son acotados, definidos y expresos (art. 75, CN.) y que de allí que deba reconocerse en toda su dimensión la potestad de las provincias para disponer sus propias normas en materia de impuestos, pues aquella es inherente a su condición de entes preexistentes y autónomos.

La Dra. Kogan adhirió al voto del Dr. Soria sosteniendo que un nuevo estudio del régimen de la prescripción de los tributos locales, a la luz de los preceptos del nuevo Código Civil y Comercial (aprobado por la ley 26.994), la convenía de modificar su postura anterior que era coincidente con el precedente “Filcrosa” de la

Corte nacional y establecer que debían prevalecer las normas locales por sobre la legislación de fondo.

El Dr. Genoud en sentido contrario, repasó el antecedente “Filcrosa” advirtiendo que allí, la Corte nacional predicó con criterio general y desprendiéndose del solo aspecto del plazo, que la prescripción no era un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho. Asimismo, y como pauta informadora, agregó que del texto expreso del citado art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, derivaba la implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculaban con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza. Y si bien era cierto que los poderes de las provincias eran originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos (Fallos: 320:619, e.o.), también era claro que la facultad del Congreso nacional de dictar los códigos de fondo comprendía la de establecer las formalidades que fuesen necesarias para concretar los derechos que reglamentaba y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción (Fallos: 320:1344; v. 326:3899, consid. décimo segundo). Concluyó que esa solución respetaba las previsiones del art. 31 de la Constitución Nacional que imponía a las provincias, en ejercicio de su poder no delegado, adecuarse a las normas dictadas por el Congreso en ejecución de aquellos que sí lo habían sido. Analizado el nuevo texto del Código Civil y Comercial, sostuvo que la atribución conferida por el art. 2532 al legislador provincial, refería exclusivamente a la fijación del plazo de prescripción de los tributos locales y de allí que, en lo relativo a la forma de determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las obligaciones tributarias provinciales, cuestión debatida en autos, debía quedar incólume la doctrina sentada por esta Corte en la causa C. 81.253, “Cooperativa Pro-

visión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada”, sentencia de 30/05/2007.

El Dr. Pettigiani no encontró aplicable el Código Civil y Comercial por lo que votó por la tesis civilista que surge de los antecedentes de la Corte Nacional y local ya reseñados.

El Dr. Negri sostuvo que el art. 133 primer párrafo —segunda parte— del Código Fiscal resultaba inconstitucional, pues regulaba una materia reservada al Congreso de la Nación al establecer un *dies a quo* ajeno a lo dispuesto en la norma de fondo, transgrediendo los arts. 18, 31 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional (conf. causa A. 71.538, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Saranitte”, sent. de 16/08/2017).

El Dr. de Lazzari adhirió a lo manifestado por los Dres. Genoud, Pettigiani y Negri y advirtió que si bien el Código Civil y Comercial no resulta de aplicación al caso, sus efectos debían considerarse por tratarse de un dato institucional de primer orden. Y así, si por virtud del precedente “Filcrosa” y sucesivos de la Corte Suprema de la Nación, la Corte local fijó como doctrina legal que la materia de la prescripción de tributos era competencia propia del Congreso de la Nación y este último desdobló una parte de esa materia: la determinación de los plazos y reconoció en las provincias facultades de legislación, en todo lo restante continuaba vigente el criterio que remite al derecho común. Por ello, tratándose de un caso de inicio del cómputo de la prescripción, no correspondía la aplicación de las normas locales.

## II. Tasas por inspección de seguridad e higiene. Improcedencia

*II.1. Cámara de apelación en lo contencioso administrativo de San Martín. “Banco de servicios financieros S.A. c/ Municipalidad de Hurlingham s/ pretensión anulatoria”, 09/10/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/62462/2020*

La Cámara de San Martín intervino luego de que la Corte provincial hiciera lugar al recurso extraordinario de nulidad interpuesto por Banco Financiero, declarara nula la sentencia recurrida y ordenara el dictado de un nuevo pronunciamiento en el marco de la pretensión de la Municipalidad de Hurlingham por el pago de las tasas por habilitación e inspección de seguridad e higiene.

La Jueza de grado había rechazado la posición del Banco al considerar acreditada la configuración del hecho imponible respecto de la tasa por habilitación ya que tuvo por probada la existencia de una oficina en donde el banco ejercía actividad comercial dentro de un hipermercado en Villa Tesei y en relación con la cual la actora había solicitado habilitación. Asimismo, consideró procedente la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene.

El Banco apeló sosteniendo que carecía de un establecimiento, sitio o local destinado a ejercer el comercio, la industria o prestar servicios, en jurisdicción de la Municipalidad. Destacó que Banco Financiero S.A. no tenía presencia o espacio físico en el Carrefour de Villa Tesei; y que el *stand* le pertenece a INC.S.A. (Carrefour), que es contribuyente tanto de la tasa por habilitación como de la TISH.

Al momento de decidir, el Dr. Saulquin sostuvo que la Provincia de Buenos Aires confiere a los municipios suficientes potestades para disciplinar variados aspectos —incluido el tributario— referentes al desenvolvimiento de actividades comerciales, industriales y de servicios, siempre en el interés general de la comunidad local. Agregó que conforme la Constitución Provincial, integra el ámbito competencial de los municipios el dictado de “...ordenanzas y reglamentos” (art. 192 inc. 6º, Constitución Provincial) a quienes, por cierto, también se les han conferido potestades para crear tributos (arts. 192, inc. 5º y 193 inc. 2º, Constitución Provincial). Finalmente, que la tutela de la seguri-

dad e higiene de los establecimientos comporta un asunto de primordial interés local, cuya consecución, apropiada regulación y gestión incumbe a las municipalidades (arts. 190 y 191, Const. Pcial.).

Hizo alusión a la Ley Orgánica de las Municipalidades (dec.-ley 6769/1958 con múltiples reformas) que confirió a las comunas la potestad de crear tributos, mediante cláusulas, que al decir de la Suprema Corte, no revisten el carácter de enunciados taxativos (L.O.M., arts. 226 y 227; “Acuerdos y Sentencias”, 1957-V-116; 1958-III-337; 350 y 360; 1966-II-15; 1972-II-659; 1977-I-1131, I. 1992, “Aguas Argentinas”, sent. del 7/03/2005).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tasa, señaló que la Corte Suprema las ha caracterizado como una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de este por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en miras el interés general (Fallos: 251:50, 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251, 332:1503, entre otros). Advirtió que el Alto Tribunal tiene dicho que constituye un requisito fundamental de validez de las tasas que el cobro de dicho tributo debe corresponder siempre a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792 y M.1893, L.XLII, “Mexicana de Aviación S.A. de CV c/Estado Nacional”, sentencia del 26/08/2008, 332:1503, entre otros).

Sin embargo, advirtió que la Suprema Corte exhibía una posición diferente al considerar que el presupuesto de hecho adoptado por la ley para poder exigir la tasa consiste en la prestación *efectiva o potencial* de una actividad de interés público que afecte al obligado (cfr. SCBA B 51937 S 28/11-/995, Juez Rodríguez Villar (SD) “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Municipalidad de General San Martín s/ Demanda contencioso administrativa” DJBA 150, 97 - ED 166, 592 - AyS 1995 IV, 5181 1541 S 29/12/1998, Juez Hitters (SD) Bernal de Palacio, María Julia c/ Municipalidad de Rauch s/ Inconstitucionalidad ordenanza impositiva 1991 (promulgada por decreto 454/91) I 1588 S 07/03/2001 Amacri S.A. c/ Municipalidad de Ayacucho s/ Inconstitucionalidad Ordenanza 1416/1992; SCBA, B 56454 S 17/12/2003, Juez Roncoroni (SD), Pecom Energía SA c/ Municipalidad de La Matanza s/ Demanda contencioso administrativa” causa “Striebeck”, sent. del 03/12/2014; I 3505, “Conciencia Ciudadana de Campana ONG”, sent. del 04/05/2016).

Dicho esto, el magistrado analizó la normativa contenida en la Ordenanza Fiscal respecto de la tasa por habilitación de comercios e industrias (arts. 116 y cc) como así también los expedientes relativos a la habilitación. Entre ellos destacó una “Solicitud de Habilitación” presentada el 18/05/2006 por el Banco de Servicios Financieros SA en relación con el rubro “Oficina de Gestión Financiera para créditos de consumo” en el domicilio comercial de Avda. Vergara N° 1910/90 y 2002 de la localidad de Villa Tesei”. Destacó que el Banco voluntariamente dio inicio al procedimiento administrativo para la habilitación de la Oficina de Gestión Financiera, cuando pudo válidamente —en el caso de considerar que no correspondía realizar el trámite por no poseer local— oponerse a la solicitud de la Municipalidad de Hurlingham y señaló que la oposición no se produjo en el expediente administrativo hasta que fuera determinado por el Municipio el pago del tributo, una vez que en el marco del procedimiento administrativo voluntariamente iniciado por la actora, se emitiera el certificado de habilitación provisoria.

Así las cosas, teniendo en cuenta la tipificación del hecho imponible que efectúa la norma aplicable (“Tasa por Habilitación de Comercios e Industrias” que consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos exigibles para la habilitación de locales, establecimientos u oficinas destinadas a comercios), concluyó que no había duda que, en razón de la naturaleza comercial de la actividad realizada en el local en cuestión, el titular estaba obligado a pagarla (ver SCBA CAUSA B. 59.516, “Bank Boston N.A. c/ Municipalidad de Morón. Demanda contencioso administrativa” sent. del 18/12/2002).

El magistrado también encontró al Banco sujeto pasivo de la “Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene” (contemplada en el art. 132 de la Ordenanza Fiscal), pero trajo a colación el precedente de la Corte Nacional “Municipalidad de Concordia c/ Nación s/ Ejecución Fiscal” (CS, 26/03/2009), en ocasión de dilucidar si correspondía a Nación AFJP abonar la tasa por inspección de higiene, sanitaria, profilaxis y seguridad en una sucursal del Banco Nación sita en dicha localidad. El Alto Tribunal sostuvo allí que “...el Municipio no ha alegado, ni mucho menos demostrado, haber dividido el pago de la tasa correspondiente a los servicios brindados al inmueble y al personal del Banco de la Nación entre éste y la aquí ejecutada, en función de las prestaciones concretas e individualizadas que afirma haber efectuado a cada uno de ellos, ni tampoco haber devuelto la gabela percibida en exceso de la entidad financiera en pago por los servicios prestados a la accionada o, a todo evento, haber dado inicio de forma oficiosa a las actuaciones administrativas tendientes a tal fin —como sería su deber al advertir el pago de un tributo sin causa—, dada la obligación de obrar de manera leal, franca y pública que ha de presidir toda actuación estatal”.

Agregó que en este tipo de tasa, el servicio comunal que lleva inserto requiere un mínimo componente de individualización, a los fines de poder verificarse, aunque sea en forma anual, si los sujetos alcanzados satisfacen los recaudos normativos relativos a seguridad, salubridad e higiene para poder funcionar en sus respectivos locales y/o establecimientos sin riesgo hacia la comunidad (conf. CCALP CAUSA N° 18565 “Banco de Servicios Financieros SA C/ Municipalidad de Avellaneda s/pretensión anulatoria - otros juicios”. Sent. 12/04/2018).

Concluyó entonces que no podía reclamarse al Banco el pago de la Tasa por inspección, seguridad e higiene en tanto la Comuna no había demostrado que se hubiera dividido el pago de la tasa entre esa dependencia y Carrefour S.A.

## III. Art. 58 del Código Fiscal. Liquidación express. Improcedencia. Falta de configuración del hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos

*III.1. Juzgado en lo contencioso administrativo N° 1 de La Plata. “MYC S.H. y otros c/ ARBA S/ pretensión anulatoria — otros juicios”, 06/11/2020, CITA ONLINE: TR LALEY AR/JUR/62463/2020*

Los actores se presentaron solicitando se deje sin efecto la liquidación “Express” efectuada por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires en los términos de los arts. 58, 112 y 113 del Código Fiscal (t.o. 2011 y sus modificatorias) respecto de los ejercicios fiscales 8 a 12/2013, 1 a 12/2014, 1 a 07/2015 y 3 a 11/2016, correspondiente al Impuesto sobre los Ingresos Brutos por la suma total de \$156.545,10. Pidieron del mismo modo la declaración de inconstitucionalidad del art. 58 del Cód. Fiscal, en la medida que no existió un procedimiento administrativo determinativo de oficio tendiente a generar la deuda ni se respetó el derecho de defensa de la firma actora y sus responsables solidarias.

El magistrado interviniente recordó los extremos del art. 58 del Cód. Fiscal que fue cuestionado por las contribuyentes, y que establece: “En aquellos supuestos en que los contribuyen-

tes o responsables no ingresen uno o más de los anticipos fiscales liquidados por la Autoridad de Aplicación, ésta podrá requerirles el pago de los mismos por vía de apremio. Asimismo, en los casos de contribuyentes o responsables que liquiden el impuesto sobre la base de declaraciones juradas y omitan la presentación de las mismas por uno o más anticipos fiscales, cuando la Autoridad de Aplicación conozca por declaraciones o determinaciones de oficio, la medida en que les ha correspondido tributar en anticipos anteriores, podrá requerirles por vía de apremio el pago a cuenta del gravamen que en definitiva les sea debido abonar, de una suma equivalente a tantas veces el gravamen ingresado en la última oportunidad declarada o determinada, cuantos sean los anticipos por los cuales dejaron de presentar declaraciones. A tal fin el monto de la obligación tributaria del último anticipo impositivo o saldo de declaración jurada anual, declarado o determinado, podrá ser corregido mediante la aplicación de un coeficiente indicativo de la variación de precios ocurrida durante el término transcurrido entre el último anticipo fiscal declarado o determinado y los de cada uno de los anticipos no declarados. La Autoridad de Aplicación utilizará los índices de precios que resulten compatibles con la actividad desarrollada por el contribuyente o responsable. Previo a proceder a la vía de apremio, la Autoridad de Aplicación intimará a los contribuyentes para que dentro de los cinco (5) días abonen o regularicen el gravamen correspondiente con sus intereses, y presenten, en los casos en que corresponda, las declaraciones juradas originales o rectificativas...” Y luego concluyó que la Agencia de Recaudación de la Provincia emitió la resolución impugnada sin la debida intervención de la empresa actora vulnerando con ello elementales derechos de rango constitucional y supranacional (art. 18, CN; arts. 10, 11, 56 y 57 de la Constitución Provincial; art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que se subsumen en la genérica garantía del debido proceso adjetivo.

Recordó asimismo que la Cámara de Apelaciones del fuero había enfatizado que “El análisis del mecanismo de determinación de obligaciones tributarias establecido en los arts. 39 bis y 50 del Código Fiscal —texto según ley 13.405— y reglamentado por los arts. 4, 6 y 7 de la Disposición Normativa Serie B N° 12/06, utilizado por la Subsecretaría de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires para dictar un acto administrativo como el que se cuestiona en autos, denota que el mismo no contempla la intervención previa del interesado contribuyente, privándolo de ser oído, de ofrecer y de producir la prueba correspondiente y, en su caso, de desvirtuar las imputaciones que se le efectúen” y que “dicha circunstancia, por sí sola, es suficiente y obliga a reconocer que el procedimiento en crisis —conocido como de Liquidación Express— vulnera la garantía constitucional de defensa en juicio...” “en tanto es susceptible de generar, en relación a la parte interesada, un estado de indefensión de tal envergadura, que sólo le quedaría la posibilidad de pagar y más tarde discutir si, eventualmente, pudo o no tener razón, omitiendo el efectivo ejercicio del derecho de defensa en sede administrativa” (CCALP, Causa N° 3905, “B. O. R. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ medida cautelar autónoma o anticipada”, resolución del 05/12/2006).

De este modo, observó el vicio en la causa del acto recurrido toda vez que la firma había demostrado la falta de actividad durante los períodos reclamados, por lo cual no podía tenerse por configurado el hecho imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos (cese de actividad en fecha 30/03/13 conforme la resolución n° 0083/18 suscripta el día 15 de mayo de 2018 por el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Cañuelas, en el marco del expediente n° 4017-9767/2011 Alcance I y mediante la cual la Jefa de Gabinete del Municipio, por delegación de facultades del Departamento Ejecutivo Municipal, mediante Decreto n° 05/18, ...y acompañada como prueba documental, la Municipalidad de Cañuelas resuelve “Conceder la

BAJA RETROACTIVA al 30 de Marzo de 2013, del Comercio 'Venta de indumentaria anexo accesorios' ... Propietario: M Y C SH. CUIT: ...").

Por ello, en la medida que el acto administrativo cuestionado se encontraba viciado en su causa y en su objeto, declaró tanto su nulidad como la de los títulos ejecutivos dictados y ordenó que ARBA encauzara su pretensión a través del procedimiento de determinación de oficio.

#### IV. Tasas por inspección de seguridad e higiene. Cautelar

IV. *Cámara Contencioso Administrativo Federal, sala IV "Empresa de transporte de energía eléctrica por distribución troncal de la provincia de Buenos Aires: en ENRE y otro s/inc. apelación", 03/09/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/44870/2020*

TRANSBA promovió acción meramente declarativa de certeza contra el Estado Nacional, el Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE) y la Municipalidad de San Antonio de Areco (Provincia de Buenos Aires), con el objeto de que se estableciera certeza respecto de la situación provocada por la conducta de la Municipalidad y la omisión del Estado Nacional, en relación con la aplicación, determinación y exigibilidad de la tasa por inspección de seguridad e higiene por parte de la Municipalidad de San Antonio de Areco. Entre otras cosas, reclamó que se declarara que es facultad exclusiva del Estado Nacional regular, controlar y fiscalizar el servicio público de transporte de energía eléctrica que presta TRANSBA, sin que la Municipalidad pueda alterar los términos de dicho sistema regulatorio a través de la imposición de la tasa en cuestión; señaló que los municipios carecen de potestad para inspeccionar y habilitar las torres de transporte de electricidad y estaciones transformadoras, tarea que se encuentra a cargo del ENRE, por la que este último ya percibe, además, la tasa correspondiente. Recordó que el hecho que motivó la demanda fue la iniciación de un juicio de apremio en el que se le reclamaron los períodos fiscales 1/09 a 8/18 del tributo aludido, por un importe de \$3.997.783, más \$399.783 para responder a intereses y costas. Sobre dicha base, precisó que la cuestión federal involucrada giraba en torno a la potestad local para exigir el pago de la tasa cuestionada, cuya absoluta falta de prestación efectiva entorpece y dificulta el servicio público de transporte de energía eléctrica. En ese ámbito procesal, solicitó la concesión de una medida cautelar de no innovar, a fin de que la Municipalidad demandada se abstuviera de reclamar judicial o administrativamente la tasa citada y/o de adoptar cualquier medida administrativa que dificultara o entorpeciera la normal prestación del servicio público de transporte de energía eléctrica a cargo de TRANSBA, hasta tanto se dictase sentencia definitiva. Aclaró que la medida precautoria no era solicitada respecto de los períodos fiscales que se hallaban discutidos judicialmente ante los tribunales locales, sino que se pretendía evitar "que la comuna inicie nuevos juicios de apremio por los períodos fiscales ya devengados y que no se encuentran incluidos en los juicios de apremio ya iniciados", es decir, por los períodos fiscales 9/18 en adelante.

El juez de grado había desestimado la petición precautoria con fundamento en la ausencia de verosimilitud del derecho, por lo que TRANSBA dedujo recurso de apelación contra esa resolución. La Cámara hizo lugar al recurso. Para ello, en primer término deslindó los agravios exclusivamente referidos a la interferencia que la pretensión tributaria municipal podría producir al ejercicio de un servicio público de concesión federal, por tratarse de una cuestión susceptible de desplazar la competencia de la justicia provincial (arg. Dictamen de la Procuración General que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo propio, en competencia CS 49/2014 "Banco de Galicia y Buenos Aires SA e/GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos", resol. del 14/04/2015). Luego, advirtió

que la pretensión tributaria de la Municipalidad de San Antonio de Areco, aun circunscripta a los períodos fiscales no reclamados por vía de apremio, podía verosimilmente configurar una interferencia u obstaculización del servicio de transporte de energía eléctrica a cargo de la actora, en la medida en que ha sido el propio ente regulador quien ha invocado liminarmente la imposibilidad del automático traslado a la tarifa del tributo en cuestión (CS, arg. causa 1374/2016/1 "Central Puerto S.A. c/ Río Negro, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", resol. del 21/06/18). Esta cuestión, dijo, era suficiente para configurar el *fumus boni iuris* en punto a la interferencia aludida (esta Sala, arg. causa 24.535/2019/1/CA1 inc. apelación en autos "Servicios para el Transporte de Información c/ EN — ENACOM y otros s/ proceso de conocimiento", resol. del 10/12/2019; conf. también, Sala V, arg. causa 38697/17, "Telefónica Móviles Argentina SA", resol. del 06/03/2018; y Sala III, "TMA SA", resol. del 15/3/10; "AMX Argentina SA", resol. del 02/08/2011, y "AMX Argentina SA", resol. del 14/08/2012).

También admitió el cuestionamiento respecto de la omisión de una valoración del peligro en la demora, señalando que más allá de la suspensión de la obligación de pago por la interposición de un recurso contra el acto de determinación de oficio, conforme lo prevé la ordenanza fiscal de San Antonio de Areco (art. 61), el temperamento desplegado en el procedimiento por la deuda anterior al período fiscal 9/18, no permitía descartar la emisión de nuevos certificados de deuda por los períodos fiscales posteriores al 9/18 antes de que se dicte la sentencia definitiva en autos.

En lo que hacía al "perjuicio irreparable" argumentó que si bien es cierto que este requisito no se encontraba acabadamente acreditado, observó que los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallaban de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca de la valoración del daño irreversible, concepto vinculado a la conservación del derecho material en juego, siempre que se encuentre al menos configurado el peligro en la demora, noción esta última asociada a la eficacia del proceso.

Por ello, hizo lugar a la apelación concediendo la cautelar con un preciso alcance: Ordenar a la Municipalidad que se abstuviera de ejecutar la obligación impositiva por los períodos fiscales 9/18 en adelante, previo pago de una contracautela en dinero efectivo o mediante títulos o valores, bienes embargables o seguro de caución, a satisfacción del juzgado interviniente.

#### V. Incremento adicional de ingresos brutos en puertos bonaerenses. Competencia de la CS

V.1. *Dictamen de la Procuración General de la Nación. "Bunge Argentina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ medida cautelar", 28/09/2020.*

Mediante el art. 100 de la Ley Impositiva bonaerense para el año 2020, N° 15.170 se estableció con carácter extraordinario, un incremento en el impuesto sobre los ingresos brutos aplicable a las actividades comprendidas en los códigos 521020, 522010, 522020, 522092, 522099, 524210, 524290, 523011, 523019, 523031, 523032, 523039, 523090 del Nomenclador de Actividades del impuesto sobre los ingresos brutos (NAIIB), vinculado a la explotación de terminales portuarias ubicadas en puertos de la Provincia de Buenos Aires, a través de los siguientes importes que deberán abonarse en forma mensual, adicional al monto que resulte de la aplicación de la alícuota prevista para dichas actividades: 1) \$ 47 por cada tonelada o fracción superior a 500 kilogramos de mercadería cargada en buques durante el mes. 2) \$139 por cada tonelada o fracción superior a 500 kilogramos de mercadería descargada de buques durante el mes. 3) \$ 23 por cada tonelada o fracción superior a 500 kilogramos de mercadería removida durante el mes.

La actora impugnó la normativa y explicó que viene abonando el ISIB por la actividad de "Servicios de Almacenamiento y Depósito N.C.P." cuya alícuota fue fijada para el año 2019 y el año 2020 por la Provincia de Buenos Aires en el 4,5%, pero que en el año 2020, en virtud del art. 100 de la ley 15.170, se le ha sumado el Adicional, que se calcula en montos fijos por tonelada de mercadería cargada, descargada o removida.

Señala que la presentación se limita "a cuestionar tal Adicional que integra el ISIB", el cual liquidó y abonó, bajo protesto, por los períodos vencidos —enero, febrero, marzo, abril y mayo 2020— para evitar embargos y demás medidas coercitivas que pudieran afectar o paralizar el desarrollo de la actividad.

Entendió que la norma cuestionada fija un criterio vinculado al destino ulterior de la mercadería y no a la actividad portuaria en sí misma, toda vez que el Adicional no se aplica a aquellas que se encuentren "en tránsito, reembarque para trasbordo" (bajo regímenes especiales del Código Aduanero) ni "en tráfico" (que circulan dentro de una misma zona aduanera). En tales condiciones, estima que solo se grava a la carga, descarga o remoción de mercaderías que están siendo destinadas a la exportación o importación para consumo en los términos del Código Aduanero.

Por ello sostuvo que la Provincia de Buenos Aires carece de facultades para reglar en forma directa o indirecta el comercio internacional. Manifiesta que si bien la ley que establece el Adicional afirma recaer sobre las actividades de carga, descarga y remoción de mercaderías en el puerto, en realidad no hace otra cosa que gravar las operaciones de importación y exportación de mercaderías, es decir, el comercio internacional, lo cual más allá de la apariencia que la norma local le ha dado, este tributo es, en rigor, un "impuesto aduanero" de creación provincial, situación expresamente prohibida a las provincias.

El Juzgado Federal de Primera Instancia de San Nicolás N° 1 se declaró incompetente para conocer en la medida solicitada por considerar que el asunto era propio de la competencia originaria de la Corte, en tanto se encontraba demandada una provincia y la cuestión resultaba de contenido federal (art. 116 de la CN).

Mediante el Dictamen de la Procuración General se declaró la competencia originaria de la CS, debiendo esperar el fallo de la Corte al respecto.

#### VI. Prescripción de las facultades del fisco

VI.1. *Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata. "Fisco de la Pcia. de Bs. As. c/Frigorífico de la costa s/apremio", 10/09/2020, CITA ONLINE: TR LALEY AR/JUR/62465/2020*

En el presente apremio se discutió una vez más sobre la prescripción de las facultades de los fiscos locales para determinar tributos.

La Cámara consideró acertado el criterio propugnado por primera instancia en cuanto examinó la defensa de prescripción a la luz de las normas que al respecto contiene el derogado Código Civil en la medida que se demuestre que los preceptos regulatorios del Código Fiscal bonaerense de dicho instituto, resultan incompatibles con las directrices emanadas de la ley de fondo.

El letrado apoderado por la Fiscalía de Estado provincial planteó que a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria ley 27.077), el legislador provincial cuenta expresamente con la facultad de regular todos aquellos aspectos atinentes a la prescripción liberatoria de los tributos locales, circunstancia que —en su visión— autorizaría a dejar de aplicar la doctrina acuñada por el Superior Tribunal de la Nación en la causa "Filcro-

sa" e impondría juzgar la defensa en estudio a la luz de las directrices que emanan del Código Fiscal bonaerense.

Los jueces señalaron que no es posible pretender desbaratar la doctrina sentada por el Superior Tribunal Federal en la denominada causa "Filcro", echando mano a la nueva regulación civil y comercial que, si bien vigente en la actualidad, no está llamada a regir la relación jurídica a que este juicio se refiere, nacida, desarrollada y extinguida al amparo de la legislación civil anterior que, por ello, escapa a la vigencia de la ley actual (cfr. art. 7° de la ley 26.994).

Por ello desestima los argumentos por los cuales el Fisco asevera que correspondería otorgar primacía a las normas que en materia de prescripción contiene el Código Fiscal bonaerense por sobre las reglas que respecto de tal tópico contiene el Código Civil.

Por las razones señaladas, se analiza la prescripción planteada de acuerdo con las pautas que brinda el Código Civil, declarando la inconstitucionalidad de aquellas normas locales que extiendan indebidamente los plazos prescriptivos fijados por dicha legislación de fondo, haciendo lugar a la excepción de prescripción.

#### VII. Apelación de la Provincia de Bs. As. y CABA. "Sistematización en la carga de inspecciones y resoluciones determinativas"

VII.1. *Resolución de la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral N° 26/20, 17/09/20.*

La resolución N° 26/2020 se emitió a raíz de los recursos de apelación de la provincia de Buenos Aires y la CABA, interpuestos contra la RG 14/2019 de la Comisión Arbitral, referida a la interacción y comunicación entre fiscos actuantes.

Esta última RG 14/2019 dispuso que el Fisco que inicie un proceso de fiscalización a un contribuyente sujeto a las normas del Convenio Multilateral, deberá hacerlo saber al resto de las jurisdicciones adheridas, dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación al contribuyente de dicho inicio, a través del sitio informático creado a tales efectos por la Comisión Arbitral.

Agregó que el fisco actuante, dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes de concluida la tarea de fiscalización, deberá informar sus resultados en el sitio informático respectivo, completando información detallada.

Recordemos que el art. 31 del Convenio Multilateral establece que las jurisdicciones adheridas se comprometen a prestarse la colaboración necesaria a efectos de asegurar el correcto cumplimiento por parte de los contribuyentes de sus obligaciones fiscales. La colaboración se referirá especialmente a las tareas relativas a la información, recaudación y fiscalización del tributo.

La Ciudad de Buenos Aires, en su recurso, señaló que si bien la fuente de lo dispuesto en la resolución apelada se encontraría en los términos del art. 31 del Convenio Multilateral, la obligatoriedad de informar el resultado de las fiscalizaciones constituiría la apertura de una instancia previa ante la Comisión Arbitral sin la existencia del respectivo caso concreto.

Agrega que la información solicitada al momento del cierre de fiscalización puede ser alterada sustancialmente en instancias siguientes del procedimiento administrativo local, ya sea por el aporte de elementos probatorios por parte del contribuyente al momento de contestar la vista o por una modificación del criterio al momento del dictado de la resolución determinativa.

Por su parte la provincia de Buenos Aires, en su recurso, señaló que mediante los arts. 1° y 2° de la res. gral. 14/2019 se amplió el universo de situaciones comprendidas en el reque-

rimiento de información, ya que, a diferencia de su antecedente, no limitó la misma a supuestos en los que, como consecuencia de la determinación efectuada por un fisco, resulte afectada la distribución de los ingresos entre las jurisdicciones.

Afirmó que con el texto actual, la Comisión Arbitral avanza sobre aspectos que exceden su competencia al pretender involucrar en la comunicación a todo tipo de acto administrativo por el solo hecho de ser relativo a un contribuyente sujeto al Convenio Multilateral, aun

cuando versara sobre temas exclusivamente ajenos a la referida distribución y no afectara a esta última.

La Comisión Plenaria no encontró fundamentos para hacer lugar a los recursos inter-

puestos, confirmado la resolución general apelada.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/175/2021

## Actualidad en Derecho Laboral



### Emilio E. Romualdi

Doctor en Derecho (Universidad Kennedy). Profesor titular de posgrado en la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Kennedy y la Universidad Nacional de la Defensa (Instituto Aeronáutico y Espacial). Profesor titular de grado en la Universidad Católica Argentina de La Plata. Profesor visitante de la Università degli Studi di Cagliari y de la Universidad Externado de Bogotá Colombia. Juez en del Tribunal de Trabajo Nº 6 de San Isidro.

#### I. Empleado del Estado. Inclusión de trabajadores en la LCT. Acto expreso

SCBA, causa L. 126.220, "Báez, Víctor R. c. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón. Cobro de salarios", 29/03/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/11495/2021

En esta causa reitera la Corte que en virtud de lo dispuesto por el art. 2º, inc. "a" de la Ley de Contrato de Trabajo, solo se abre la posibilidad de su aplicación a los dependientes del Estado nacional, provincial o municipal, cuando por acto expreso se incluya a dichos trabajadores en la misma o en el régimen de convenciones colectivas del trabajo, por lo que, no encontrándose configurado en autos ese presupuesto de aplicación de la conforme la doctrina legal que ha elaborado en las causas L. 81.786, "Allaf", sentencia de 30/04/2003; L. 80.133; L. 90.779; L. 96.821; L. 90.633 y L. 101.038, cits.

#### II. Medida cautelar. Verosimilitud del derecho. Necesaria acreditación. Peligro en la demora. Configuración

SCBA, causa L. 122.189, "Sindicato Unificado de Trabajadores Educación Provincia Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo y otro/a. Amparo sindical", 23/03/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/11493/2021

En esta causa, en primer lugar, se señaló que resultaban atingentes las manifestaciones de la recurrente vinculadas a un supuesto conflicto de poderes. En su caso, se dijo, esa alegación debió plantearse de modo originario ante esta Suprema Corte y no mediante la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley articulada en el marco de un proceso judicial que se encuentra en trámite. En efecto, en materia de conflicto de poderes, la Corte posee competencia originaria y exclusiva, y es el único que tiene atribuida por la Constitución de la Provincia la jurisdicción para resolver estas cuestiones (art. 161, inc. 2º, Const. prov.; causas B. 71.067, "Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de La Plata", resol. de 04/08/2010; P. 111.237, "Actuaciones de oficio art. 25, inc. 3º, CPPBA", resol. de 30/03/2011 y P. 128.489, "Barric", resol. de 31/05/2017; e.o.).

Luego en cuanto a la sentencia recurrida se consideró propicio recordar que el otorgamiento de medidas cautelares no exige de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino tan solo de su verosimilitud, pues requerir un juicio de verdad no condice con la finalidad del instituto caute-

lar, que no es otra cosa que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético. Asimismo, la procedencia de este tipo de tutela urgente y provisoria demanda la concurrencia de una situación de peligro en la demora (causas Q. 70.810, "Unión de Docentes de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 17/12/2014 y L. 119.005, "Malizia", sent. de 02/03/2017).

Al respecto, siguiendo lo dicho por el distinguido doctor de Lázari en la última de las causas citadas se sostuvo que el indicado requisito del peligro en la demora importa la existencia de un riesgo que podría derivar en la frustración del derecho cuya tutela anticipada se procura. Reclama, pues, motivaciones de orden racional que autorizan a pensar o creer en la factibilidad del desbaratamiento. El simple capricho debe de quedar desterrado.

Luego, dicha anomalía es un instituto excepcional que no queda configurado cuando el criterio de los jueces puede calificarse de objetable, discutible o poco convincente, sino que se requiere algo más, el error grave, grosero y manifiesto que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias de la causa (causas L. 117.447, "Eyzaguirre", sent. de 29/04/2015; L. 117.581, "Cabrera", sent. de 20/05/2015 y L. 118.667, "Colombo", sent. de 15/06/2016; e.o.).

También ha declarado la Corte que la señalada falencia en las sentencias se caracteriza por inferencias o deducciones gravemente perturbadas por el error, que harían que la fundamentación de un fallo no existiera o fuera solo aparente (causa L. 119.005, cit.; e.o.).

En este contexto se analizó que el tribunal inferior en grado había hecho mérito de la prueba aportada consistente en publicaciones periodísticas en las cuales, según sostuvo, se anunció la cuantía de la sanción pecuniaria que habría de imponerse con motivo del supuesto incumplimiento de la conciliación obligatoria dispuesta por la autoridad administrativa provincial del trabajo.

Así las cosas, se consideró que, si bien es cierto que este no exige grado alguno de verdad o certeza respecto del presunto derecho, no lo es menos que no pudo juzgarse configurada la condición de verosímil a partir de un material probatorio que solo constituye un anuncio, como se indicó en el fallo, de una eventual y futura actividad sancionatoria por parte de la autoridad provincial competente. Máxime teniendo en cuenta que el órgano interviniente refirió que la supuesta cuantiosa multa gravitaría en una afectación concreta en el funcionamiento de la entidad gremial que acarrearía la imposibilidad de cumplir con su actividad, basándose,

al cabo, en hipotéticas, potenciales y subjetivas consideraciones que distan de constituir una conclusión razonada a tenor de los elementos de juicio tenidos en mira para así decidir.

En relación con el peligro en la demora sostuvo la Corte que no se desprendía en qué consistiría el peligro en la demora, que debió valorarse con la debida prudencia que debe acompañar el fundamento de toda decisión judicial. Ello así, teniendo en consideración que, como se indicó más arriba, dicha exigencia está orientada a la existencia de un riesgo que podría derivar en la frustración del derecho cuya tutela anticipada se procura, circunstancia que no se evidencia configurada —de modo concluyente— en el caso que se examina.

#### III. Constitucionalidad de los arts. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 55, ley 11.653. Necesaria bilateralidad y temporalidad del planteo a resolver. Tasa de interés

SCBA, causa L. 121.260, "Lazarte, Matías A. c. Servicios Especiales SA y otro/a. Despido", 12/04/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/11494/2021

En primer lugar, se reiteró que las limitaciones establecidas por los arts. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 55 de la ley 11.653, en cuanto al valor del litigio para la concesión del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, no vulneran derechos o garantías constitucionales desde que no obstan la deducción del recurso extraordinario previsto, sino que lo condicionan a un requisito formal, propio de la reglamentación legislativa, sin mengua de la defensa en juicio ni de la igualdad de las partes en litigio. Tampoco impiden a los litigantes ser oídos con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial (causas L. 76.638, "Valette", sent. de 02/05/2002; L. 83.142, "Polo", sent. de 04/07/2007 y L. 117.612, "Aranza", sent. de 17/09/2014).

Luego se sostuvo que no se podía ingresar en el análisis de la denunciada inconstitucionalidad de los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 y 4 y 5 de la ley 25.561, puesto que el planteo traído por la quejosa como una de las tantas motivaciones destinadas a justificar el daño que derivaría de la aplicación de la tasa de interés empleada por el tribunal de la instancia ordinaria, pretendía sustentarse en una tesis que colisiona con el criterio adoptado por la Corte en cuanto reiteradamente ha declarado la validez constitucional de aquellas normas que prohíben expresamente toda forma de actualización monetaria, indexación de precios o repotenciación de deudas (causas L. 105.189, "Portillo", sent. de 07/09/2011 y L. 107.840, "Cimadoro", sent. de

18/04/2012), sin que se aporten nuevos argumentos aptos para desvirtuar la aplicación de la citada doctrina.

A su turno, se desestimó el planteo afinchado en que el tribunal de origen debió aplicar la capitalización de intereses prevista en el art. 770 del Cód. Civ. y Com. dado que aquella pretensión que no fue llevada a conocimiento del tribunal de grado, deviniendo en una cuestión novedosa y, por ende, inatendible en la casación (causa L. 94.114, "Iturriaga", sent. de 29/12/2008; L. 120.815, "López", sent. de 13/10/2020; e.o.).

En ese orden, se advirtió que la petición concerniente a la aplicación de la citada norma legal, si bien no pudo integrar la pretensión liminar, pues no se encontraba vigente al momento de la interposición de la demanda el Código Civil y Comercial (conf. art. 7º, ley 26.994, modif. por ley 27.077); tampoco, durante el trámite del presente proceso, el interesado desplegó argumento o solicitud en ese sentido, para posibilitar —de ese modo— la bilateralidad del debate sobre el particular (art. 18, CN). Debido a lo expuesto, sin abrir juicio sobre las motivaciones que introducía el actor en esta instancia extraordinaria, se advirtió que la crítica constituía una cuestión novedosa y, por ello, no susceptible de ser abordada por la Corte.

Finalmente, en cuanto a la tasa a aplicar se ratificó que la Suprema Corte en la causa L. 118.587, "Trofe" (sent. de 15/06/2016), por mayoría ha precisado su doctrina en la temática abordada, la que aun sobreviniente a la interposición del recurso deducido no corresponde dejar de atender (causas L. 116.959, "Navarro", sent. de 20/08/2014; L. 117.272, "Gómez González", sent. de 24/06/2015 y L. 118.566, "Mauri", sent. de 26/10/2016). Así, y como se resolviera en la referida causa L. 118.587 y en otras sustancialmente análogas (art. 31 bis, ley 5827 y modif.), se aclaró que en la especie los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cód. Civil; 7º y 768, inc. "c", Cód. Civ. y Com.; 7º y 10, ley 23.928 y modif.), criterio que ha sido reiterado en los precedentes L. 118.858, "Pincini" (sent. de 26/10/2016); L. 119.905, "Galván" (resol. de 26/10/2016) y L. 119.422, "Clemente" (sent. de 31/10/2016); entre otros.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1363/2021

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

