

JA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:
LUIS DANIEL CROVI

Bs. As., 29/07/2020

2020 - III
fasc. 5

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261
RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulysin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzb
Diego Zentner

Penal

Mary Ana Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOCTRINA

El confinamiento parental durante las restricciones del COVID-19 y la licencia remunerada <i>Natalia Gimena de Diego - Julián A. de Diego</i>	3
La oponibilidad de la usucapión de inmueble determinado por el heredero aparente a la acción de petición de herencia <i>Jorgelina Guilisasti - José A. López Candiotti</i>	7

ACTUALIDADES

Actualidad en Seguridad Social 3/2020 <i>María Teresa Martín Yáñez</i>	21
---	----

JURISPRUDENCIA

DAÑO AMBIENTAL

Residuos peligrosos en napas subterráneas. Hidrocarburos. Ausencia de daño interjurisdiccional. Competencia del juez local	43
--	----

EXTRADICIÓN

Prescripción de la acción penal contra el extraditado. Cooperación Internacional en materia penal	47
---	----

MEDICINA PREPAGA

Medida cautelar. Aumento del valor de la cuota. Incremento del 62% por cumplir 36 años la afiliada. Verosimilitud del derecho y peligro en la demora	48
--	----

INFRACCIÓN ADUANERA

Importación de componentes de aire acondicionado. Distintos despachos de importación. Declaración de posiciones arancelarias distintas. Conformación de una unidad clasificatoria. Declaración aduanera inexacta. Perjuicio fiscal. Infracción prevista en el art. 954 inc. a) del Código Aduanero	50
--	----

NOTIFICACIONES EN PANDEMIA

Cuota alimentaria. Intimación a cumplirla. Notificación por WhatsApp	62
--	----

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Indemnizaciones. Incapacidad sobreviniente. Fórmulas matemáticas. Daño moral. Gastos médicos y farmacéuticos. Observaciones a la pericia sin fundamento científico	64
--	----

ABUSO DEL DERECHO

Modificación contractual. Empresa de telefonía. Obrar abusivo. Rescisión del contrato justificada.
Daños.....

71

ENFERMEDAD PROFESIONAL

Pérdida casi total de la audición. Determinación del grado de minusvalía. Depresión. Incapacidad psicológica. Responsabilidad de la ART. Reparación integral de perjuicio.....

95

AMPARO COLECTIVO DE SALUD

Insuficiencia renal crónica. Tratamiento de diálisis. Pandemia. Ausencia de conflicto entre las partes. Posibilidad de acudir al Poder Judicial. Requisito de antijuridicidad. Intromisión en la actividad del Poder Ejecutivo.....

100

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

El confinamiento parental durante las restricciones del COVID-19 y la licencia remunerada

Natalia Gimena de Diego^(*)

Julián A. de Diego^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. Licencia parental durante la cuarentena del COVID-19.— III. Síntesis del caso.

I. Introducción

El coronavirus COVID-19 ha generado una serie de recursos con el fin de proteger a los trabajadores bajo circunstancias especiales. Así tenemos los grupos de riesgo clasificados en enfermos bajo ciertas patologías, mujeres embarazadas, y personas de edad superior a 65 años, y también los que tengan a su cargo hijos en edad escolar que ahora están guardando la cuarentena en su domicilio por el cierre temporario de las escuelas.

Al respecto, el *art. 3 de la res. 207* dispone que “...mientras dure la suspensión de clase en las escuelas establecidas por la *res. 108/2020* del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, *se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora o persona adulta responsable a car-*

go cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente”.

Debemos destacar que, en el sector público, como en el Poder Judicial esta licencia es más amplia (1).

(1) CS, 16/03/2020, Acord. Nro. 4/2020, La Ley Online, AR/JUR/1640/2020: La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reunión extraordinaria acordó, en virtud del estado de emergencia declarado en relación con la Pandemia provocada por el Coronavirus (COVID-19): Declarar inhábiles los días 16 al 31 de marzo para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de la validez de los actos procesales cumplidos o que se cumplan. Prestación mínima del servicio de justicia durante ese plazo, debiendo cubrirse prioritariamente con los magistrados y/o funcionarios de las dependencias respectivas que no se encuentren dentro de los grupos de riesgo, licenciándose al resto del personal, con goce de haberes. Suspender la atención al público salvo para las actuaciones procesales en las que resulte indispensable la presencia de los letrados y/o las partes. Establecer que en los asuntos que no admitan demoras, las partes podrán solicitar habilitación de días y horas inhábiles. Licencia excepcional voluntaria, con goce de haberes, para todos aquellos magistrados, funcionarios que pertenecen a grupos más vulnerables al virus COVID-19, por un plazo inicial de 14 días corridos, sujeto a la evolución epidemiológica de la pandemia.-Licencia especial, goce de haberes, a los padres, madres, tutores o adoptantes a cargo de menores de edad mientras rija la suspensión de clases en establecimientos educativos de nivel secundario, primario y en guarderías o jardines maternos. A partir del 18 de marzo del 2020, todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital a través del IEJ, registrada en cada una de las causas —con excepción de las presen-

(*) Abogada (UCA) especializada en Derecho del Trabajo del Posgrado de la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y la Facultad de Derecho de la UCA. Es conferencista y profesora universitaria y coordinadora del Posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA. Es autora del Libro de Recursos Humanos junto a Leandro LANFRANCO de Editorial Errepar, 2da. edición.

(**) Abogado (UCA) y doctor en ciencias jurídicas. Es profesor Titular Ordinario de Derecho del Trabajo en las carreras de grado y posgrado de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Económicas de la UCA, y dirige el Posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA.

No aclara la norma si la inasistencia por ser justificada se la asimila a las licencias con goce de salarios de la LCT como puede ser la de las enfermedades y accidentes inculpables (art. 208 y cc. LCT) o las de las vacaciones (art. 155, LCT) o en la ley especial, la Incapacidad Laboral Temporal (ILT) de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Se plantea la duda, de si al referir a la justificación de la falta está ligado con el pago de salarios, o con la legitimidad de la ausencia sin goce de salarios.

La mayoría de las interpretaciones se refugian en el principio de la condición más beneficiosa, cuando de una norma surgen diversas interpretaciones. En efecto, el art. 9 (LCT) establece que en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. A su vez si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. (Art. sustituido por art. 1º de la Ley 26.428, BO 26/12/2008).

En síntesis, si la expresión utilizada por el legislador en el sentido de que *se considerará justificada la inasistencia del progenitor progenitora o persona adulta responsable a cargo cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente*, parece razonable interpretarlo como que justifica la ausencia, y a su vez, como efecto razonable, corresponde que sea remunerado.

Obsérvese que, en este último caso, no solo se brinda cobertura al padre o madre del niño o niños sino también al adulto responsable del cuidado del niño sin ser el progenitor, que inclusive puede no tener relación de parentesco de sangre o política.

taciones iniciales que no puedan ser objeto de ingreso digital—. Deberán estar firmadas electrónicamente por el presentante —Afectación inicial de \$40.000.000— del Fondo Anticíclico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para afrontar las medidas que demande la emergencia sanitaria en el ámbito del PJN.

En casos colaterales, se ha impuesto la atención de los hijos por lapsos independientes a los cónyuges o progenitores separados (2). Sin perjuicio de ello tenemos que analizar cada caso en particular (3).

Se trata, además, de una licencia por tiempo indeterminado aun cuando a la postre será determinable, y puede extenderse por un plazo relativamente prolongado, referido al regreso a la escolaridad presencia de los menores.

En los distintos ámbitos se ha desplegado idéntica protección a menudo ampliada a situaciones de hecho menos vulnerables, y garantizando siempre la percepción íntegra del salario (4).

(2) Juz. Nac. de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102, 23/04/2020, C., E. M. B. C. G., J. N. s/ Denuncia por violencia familiar, AR/JUR/13960/2020: En el contexto de emergencia sanitaria por coronavirus COVID-19, corresponde establecer que hasta que el niño retome la actividad escolar permanezca alternadamente una semana con cada progenitor, con fundamento en el interés superior del niño, el que permite interpretar en este caso concreto y específico que resulta de aplicación la excepción del art. 6, inc. 5 del dec. 297/2020, reglamentada por el art. 2, inc. a de la res. 132/2020, en cuanto el lugar más adecuado para que aquel cumpla el aislamiento obligatorio es alternadamente el domicilio de ambos progenitores.

(3) Juz. Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, 06/04/2020, L. G. O. c. G. M. D. L. A. s/ régimen comunicacional, RCCyC, 2020 (junio), 113, AR/JUR/8236/2020: El cuidado personal unilateral de su hija solicitado por el progenitor no conviviente en un contexto de aislamiento social obligatorio fundado en una pandemia debe rechazarse —en el caso, se ordenó garantizar el contacto entre ambos mediante el uso de medios de comunicación tecnológicos—, pues no se configura ninguna de las causales previstas en el art. 653 del Cód. Civ. y Com. para que proceda el supuesto de excepción, sobre todo teniendo en cuenta que el trato regular entre el actor y su hija al que alude el inc. a, se ve indiscutiblemente afectado por todo el contexto de emergencia sanitaria mencionado.

(4) CS de Santa Fe, 17/03/2020, Circ. Nro. 31/2020, La Ley Online, AR/JUR/1631/2020: En atención al cuidado y salud de la población que trasunta la situación de crisis pandémica generada por la enfermedad COVID-19, se dispone la suspensión de todas las audiencias fijadas durante el período establecido entre el 17 de marzo de 2020 y el 31 de marzo de 2020 inclusive, con excepción de aquellas que, a criterio de la Magistratura, podría provocar la vulneración o pérdida irreparable de derechos para alguna de las partes; o un perjuicio cuya magnitud justifique, por parte del titular del órgano jurisdiccional; también conceder licencia con goce de habe-

II. Licencia parental durante la cuarentena del COVID-19

En síntesis, y en el marco de la batería de medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo a través de decretos de necesidad y urgencia y de normas reglamentarias, tenemos una nueva forma de licencia parental por tiempo indeterminado, que en rigor, es más amplia que la correspondiente a los padres, ya que incluye a toda persona con hijos a cargo cuando el adulto es el único mayor de edad dentro del domicilio del trabajador o trabajadora, y tiene niños a cargo en edad escolar, con escolaridad presencial suspendida.

En el caso bajo análisis (5) habilitando la feria judicial (6) se solicita como medida cautelar a fin de reconocer la licencia laboral paga por todo el tiempo que deba asistir a sus hijos de 1 año y cuatro meses y nueve años y ocho meses, en su carácter de progenitora de dos hijos menores de edad, desempeñándose como cajera de un supermercado, (7) separada de su ex pareja y con vivienda y horarios que no permiten atender a los niños. A su vez, una persona contratada como auxiliar del régimen de trabajadoras de casas particulares está imposibilitada de concurrir por tener hijos en identidad de situaciones que la propia y por los riesgos de viaje. La reclamante informó de la situación por *email* a la empleadora, la que respondió que los supermercados son servicio esencial y por ende la intimó verbalmente a que se presente a trabajar. En virtud de este intercambio no se le abonó el

res en ese lapso de tiempo al agente judicial progenitor, progenitora, o responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente; asimismo se suspende el servicio de certificaciones que presta este Poder Judicial, exceptuando aquellos casos de urgencia que resulten debidamente acreditados.

(5) Exp. N° 10.178/2020, Autos: Spera, Jéssica L. c. INC SA s/ Medida cautelar, Buenos Aires, 15/05/2020.

(6) CNTrab. en las res. 6/2020, 9/2020 y ss., en consonancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada Nro. 6/2020 y siguientes que establece la habilitación de la feria extraordinaria al solo efecto de situaciones que no admitan demora en atención al carácter alimentario de todos los créditos en cuestión, enmarcada en las previsiones del art. 153 y conchs. del Cód. Penal Civ. y Com., por lo que resulta pertinente habilitar la feria.

(7) Art. 3 de la res. MTESS 207/2020.

mes de abril de 2020. Solicita la medida cautelar ya que la demora le generaría daños irreparables (8).

En materia de medidas cautelares, siempre se corre el riesgo del prejuzgamiento, dado que el criterio adoptado en la resolución respectiva puede coincidir con lo que se puede dictar en la sentencia definitiva (9).

Al hacer lugar a la medida cautelar de pago de la licencia parental en forma provisoria y hasta que se reanuden las clases y *ad referendum* de la sentencia que resuelva el fondo de la cuestión, también el juez fijó astreintes por cada día de demora por \$5.000 en el cumplimiento de lo dispuesto la resolución, es decir respeto por la licencia y pago de salarios mientras dure la misma y hasta la fecha de la reanudación de las actividades escolares.

III. Síntesis del caso

En definitiva, con la sentencia de fecha 15 de mayo, 2020, donde el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo de Feria se expidió sobre la licencia parental en el marco de una medida cautelar, que no trata el fondo de la cuestión:

1. Haciendo lugar a la medida cautelar de la trabajadora en la que solicita la *licencia paga desde el mes de abril, 2020*.

2. En efecto, funda su reclamo en el *art. 3 de la res. 207* dispone que “...mientras dure la suspensión de clase en las escuelas establecidas por la res. 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, *se considerará justificada la inasistencia del progenitor*, progenitora o persona adulta responsable a cargo cuya presencia en el hogar

(8) CNTrab., Sala V, “Marty, Guillermo E. c. Neumáticos General Argentina SAIC y ot.”, SD 13.186). “La comprobación del derecho debe ser efectuada en forma sumaria. (CNCiv., sala C, LA LEY, 1980-C, 825, 35.496-S) y no se exige que sea terminante (arts. 209, inc. 3, 210 incs. 3 y 4 y 211 Cód. Penal Civ. y Com.).

(9) Resulta innecesario y un dispendio jurisdiccional la remisión en vista al Ministerio Público, pues el mismo se ha expedido en sentido favorable en caso similar en los autos “Gómez Benítez Yéssica c. Walmart SR. s/ Medida Cautelar” (expte. Nro. 10089/2020).

resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente.

3. Refiere que se desempeña como cajera en una sucursal de un supermercado y que a partir de las medidas de aislamiento social dictadas en un primer momento mediante DNU 260/2020, res. MTESS 202/2020 y res. MTESS 207/2020 envía nota al correo electrónico de la gerencia de Recursos humanos de la Sucursal, *solicitando se le conceda la licencia laboral*.

4. Que ante el dictado del DNU 297/2020 *declarando la actividad de los supermercados carácter de esencial se la intimó verbalmente a que se presente a trabajar*. Frente a las negativas iniciales y manifestaciones evasivas de la demandada con fecha 30/03/2020 y del 02/04/2020 *intimó a que se diera cumplimiento a la normativa vigente otorgando la licencia laboral paga*; lo cual no ha tenido respuesta. En 05/05/2020 envía nueva carta documento intimando el pago del salario del mes de abril como así también la concesión de referida licencia.

5. En ningún momento se consideró despedida ni invocó la posible extinción del vínculo, ratificando la vigencia del contrato de trabajo, con prescindencia de la conducta asumida por la empleadora.

En suma, la sentencia estipula:

—Que la trabajadora alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control para disponer de la licencia paga por progenitor a cargo.

—Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable por hogar.

Así las cosas, se presenta la trabajadora con una medida cautelar para solicitar se ordene *el inmediato reconocimiento de licencia laboral paga* debido a ser progenitora de dos hijos menores de edad *como así también que se le abone el salario*.

—Aludiendo que se encuentra imposibilitada de asistir a su lugar de trabajo producto de la licencia mencionada y considerando que es la única progenitora responsable que puede estar al cuidado de sus hijos.

—La sentencia resuelve *hacer lugar a la medida cautelar de la trabajadora*, pues el mismo se ha expedido en sentido favorable en caso similar en los autos “Gómez Benítez, Yésica c. Walmart SRL s/ Medida Cautelar” (expte. Nro. 10.089/2020) “Hacer lugar a la medida cautelar solicitada e intimar a la demandada INC SA a fin de que dentro del plazo de 24 horas reconozca el goce de la licencia en el marco del art. 3 de la res. MTESS 207/2020 y abone el salario correspondiente al mes de abril de 2020 a la actora y los salarios que se devenguen en el futuro, hasta que se dicte res. del PEN que disponga lo contrario y/o se reanuden las actividades escolares habituales que conlleven al cumplimiento por parte de la actora del débito laboral bajo su dependencia, *bajo apercibimiento de aplicar \$ 5000 (pesos cinco mil) en concepto de astreintes diarios en caso de incumplimiento*”.

—Una vez más, dispone para su rápida ejecución la aplicación de astreintes diarios que ascienden a la suma de \$5000, para conminar a la empresa en la que cumpla con la sentencia [obligación de hacer].

La oponibilidad de la usucapión de inmueble determinado por el heredero aparente a la acción de petición de herencia

Jorgelina Guilisasti
José A. López Candiotti

Sumario: I. Introducción.— II. La usucapión en el Código Civil y Comercial.— III. La acción de petición de herencia y la usucapión como defensa. La problemática de análisis.— IV. La acción de petición de herencia, el derecho de aceptar o repudiar la herencia y la usucapión del heredero aparente.— V. Supuesto de pluralidad de herederos y el caso de heredero único.— VI. Conclusiones.

“Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase...”

RECASENS SICHES, “Tratado general de Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, tercera edición, México, 1965.

I. Introducción

El tema propuesto genera la necesidad de análisis profundo del instituto de la usucapión, por cuanto supone la tensión entre dos acciones que se confrontan y en cuanto a su finalidad resultan incompatibles.

Si bien la prescripción adquisitiva como modo excepcional de adquirir un derecho real se enfrenta a otras acciones que la contradicen por tener similitud de pretensiones (acción reivindicatoria), la propuesta de estudio presenta ribetes de especial consideración, en atención a ciertos pronunciamientos jurisprudenciales, y opiniones autorales.

Se advierte que ciertas corrientes del pensamiento autoral y judicial desdibujan la figura de la usucapión, y la función que la misma es llamada a cumplir en nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, la situación compleja se produce con el heredero aparente, frente a la acción

de petición de herencia iniciada por un heredero excluido, ahora con vocación hereditaria por haber obtenido el emplazamiento mediante una acción filiatoria, con pretensión de obtener la restitución de lo transmitido por el causante, en virtud de la acción de petición de herencia.

La tensión se produce entre la pretensión del heredero aparente que invoca su calidad de propietario por usucapión, en tanto deviene como tal ante una posesión ejercida en forma continua y aparente y por el plazo de ley, contra quien se presente en calidad de heredero reclamando su porción de la herencia.

II. La usucapión en el Código Civil y Comercial

No se pretende hacer un estudio profundo de las funciones que cumple la usucapión, pero si detenernos brevemente en la incidencia que ella tiene en la clamada búsqueda de seguridad jurídica que todo ordenamiento anhela en un estado de derecho.

La procura de tutela del mencionado principio trasciende de lo estrictamente jurídico "... que la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que, en un contexto de globalización, a igualdad de las demás variables que regula la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los países de alta juridicidad..." (1).

La visión más clásica sobre la seguridad jurídica se apoyó en distintos institutos: el rechazo de la eficacia excusatoria de la ignorancia de la ley, el principio de su no retroactividad, el respeto de los derechos adquiridos, la virtualidad de la cosa juzgada y la prescripción, tanto la liberatoria como la adquisitiva o usucapión, cuya vigencia se mantiene en la actualidad, dada su previsión expresa en el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.).

El instituto de la prescripción, tanto en su modalidad liberatoria como en la adquisitiva o usucapión, está directamente unido a la seguridad jurídica, pues las situaciones jurídicas adquieren firmeza luego del transcurso del tiempo y con los demás requisitos previstos por la ley (2).

La usucapión, en cualquiera de sus manifestaciones, se convierte en una causa originaria de adquisición de derechos reales, que ante las dudas que despierta una realidad fáctica extendida en el tiempo que no se corresponde con la realidad del derecho, concluye alumbrando una nueva situación jurídica en cabeza del usucapiente, para restablecer la deseable coincidencia entre los hechos y el derecho (3).

(1) OLIVERA, Julio H. G., "Globalización, crecimiento económico y bienes públicos", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XLIX, nro. 42, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 309 y ss.; la cita consta en la p. 313.

(2) ALTERINI, Jorge H., "La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles", LA LEY del 02/07/2008.

(3) ALTERINI, Jorge H. - CORNA, Pablo M. - ANGELANI, Elsa B. - VÁZQUEZ, Gabriela A., "Teoría general de las ineficacias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.

La prescripción adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la "...transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo" (4).

Con la seguridad jurídica clásica coexiste la protección de la apariencia en beneficio de quien confíe en ella de buena fe, resguardo reafirmado en el mundo contemporáneo, con fundamento en las necesidades del tráfico. Se trata de la llamada seguridad dinámica o de tráfico, por contraposición a la clásica seguridad jurídica, a la que se califica como estática.

Desde hace un tiempo se ha advertido la problemática de los accesos como una forma de incluir a los excluidos, que debe ser atendida por el ordenamiento jurídico (5).

La cuestión se construye a modo de paradigma, prestando más atención, ya no al propietario de la cosa, sino a quien la posee, evidenciándose así que el derecho vigente no es un espectador de lo dado, sino un participante activo de las relaciones humanas.

El Cód. Civ. y Com. amplía el umbral de entrada al Derecho (6), haciendo propio el compromiso asumido por el derecho patrimonial en la Constitución Nacional de 1994, consolidando la constitucionalización del derecho privado, lo que conlleva a extender su ámbito de tutela, dejando rezagada la visión liberal que inspiró a la era de codificación de los códigos decimonónicos, para dotar al vigente de una visión más social y amplia.

Sostenemos que la usucapión es uno de los pilares para la realización de la seguridad jurídica. Esta finalidad es sostenida por el Cód. Civ. y Com., con un plexo normativo que atiende a la problemática de los accesos, siendo prueba de esta premisa la previsión de presunciones que facilitan la compleja y difícil prueba de la

(4) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la filosofía del derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 41.

(5) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 277.

(6) *Ibidem*, p. 280.

posesión: presunción de posesión (art. 1911), presunción de legitimación (art. 1916), presunción de fecha de inicio cuando es fundada en título (art. 1914), presunción de continuidad (art. 1930).

En este escenario, la usucapión juega una función social muy marcada, que altera la situación jurídica de quien es propietario de la cosa, en favor de quien la ha aprovechado activamente, siendo ello considerado especialmente por el ordenamiento jurídico, al punto de reconocer en este último la consolidación de un derecho. Este fenómeno solo es posible de ser entendido, si se parte de la profunda función social que el instituto de la usucapión cumple.

Esta aproximación, anticipa nuestra postura en relación con el instituto que es objeto de estudio, sosteniendo que bien entendida la usucapión resulta un pilar básico de nuestro ordenamiento jurídico.

III. La acción de petición de herencia y la usucapión como defensa. La problemática de análisis

Si bien existe consenso en que la acción de petición de herencia es imprescriptible, esto no obsta a la posibilidad de adquisición de bienes determinados mediante la usucapión, como lo establece en forma expresa el art. 2311 Cód. Civ. y Com. (7).

Durante la vigencia del Código Civil, se sostenía que la acción de petición de herencia es en sí misma imprescriptible, por más que el heredero tenga un plazo —el del art. 3313, Cód. Civil— para optar entre la aceptación y la renuncia. Pero “esta imprescriptibilidad deja a salvo la posibilidad de la usucapión respecto de los bienes singulares de la herencia en favor de los poseedores de dichos bienes. En otras palabras, la acción de petición de herencia es imprescriptible, pero dicha acción no puede prosperar cuando se produce la prescripción adquisitiva de los bienes que en ella se reclama. En ese caso, el actor ha dejado de ser propietario de esos bienes,

porque ya han sido adquiridos por otro por medio de la usucapión” (8).

Por lo tanto, en principio, la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia se encuentra vinculada con la caducidad del derecho de aceptar o repudiar la herencia.

El meollo del asunto, radica en que se ha admitido la posibilidad de oponer la acción de petición de herencia al heredero aparente, a pesar de haber sido poseedor durante el plazo de prescripción larga, lo que, de sostenerse sin reparos, hace tambalear la finalidad que la misma tiene en nuestro sistema jurídico, lo que genera situaciones de profunda incertidumbre.

En tal sentido se ha establecido que “... se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y, consecuentemente, se hace lugar a la acción de petición de herencia ejercida por la parte actora no solo respecto de los codemandados H. A. M. y S. G., sino también de los codemandados P. O. M., J. M. M., N. E. M., A. M. M., M. T. M. de G. y/o E. E. M., respecto de quienes corresponde rechazar la defensa de prescripción adquisitiva opuesta...” (9).

La discusión de esta causa, que culminó en la casación de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, se suscitó durante la vigencia del Código Civil (Cód. Civil) derogado. Cabe recordar que el art. 3313 del Cód. Civil disponía: “El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió”, sin indicar la consecuencia jurídica generada por la falta de aceptación (10).

(8) PÉREZ LASALA - MEDINA, “Acciones judiciales en el derecho sucesorio”, 1992, p. 51.

(9) SCBA, “A., N. M. c. S. J., A. Sucesión. Reconocimiento de paternidad y petición de herencia”, 05/03/2014.

(10) Frente a esta previsión se enfrentaban tres posturas: a) la que sostenía que el vencimiento del plazo de veinte años hace que lo que se pierda es el derecho a renunciar, con lo que el sucesible queda como aceptante; b) la que consideraba que quien ha dejado transcurrir dicho tiempo sin efectuar ningún acto de aceptación expresa o tácita de la herencia, es porque no tiene interés en ella, por tanto, debe ser tenido por renunciante y lo que pierde es el derecho de aceptar; y c) la que interpreta que debe verse si el silencioso está frente a otros herederos que han aceptado, situación en que se lo considerará re-

(7) Art. 2311 Cód. Civ. y Com.: Imprescriptibilidad. La petición de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a cosas singulares.

Actualmente, el supuesto encuentra respaldo normativo en el art. 2288 del Cód. Civ. y Com., que establece: “Caducidad del derecho de opción. El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante...”

Como se advierte, el Cód. Civ. y Com. considera renunciante al heredero que no ejerce el derecho de opción, pero reduciendo el plazo de veinte años: quien ha dejado transcurrir diez años desde la apertura de la sucesión sin efectuar ningún acto de aceptación expresa o tácita de la herencia es porque no tiene interés en ella, por tanto, debe ser tenido por renunciante. Lo que pierde es el derecho de aceptar.

La nueva ley viene a poner coto a una discusión de larga data referida a la consecuencia del silencio del heredero en relación con el derecho de opción. Por otra parte, determina la naturaleza del plazo, que es de caducidad.

Sin perjuicio de la solución actual, la postura doctrinaria mayoritaria, durante la vigencia del Código Civil sostenía que la renuncia solo podría presumirse en el caso de que el llamado a suceder guardare silencio y existieran otros herederos que habían aceptado. La solución se postulaba coherente desde la óptica del heredero aceptante que durante ese plazo había asumido las obligaciones derivadas de su condición de tal, por lo que no resultaba justo ni equitativo verse luego obligado a compartir la herencia con quien no habría demostrado interés alguno en ella (11).

En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que “[e]l heredero que ha dejado transcurrir el plazo de veinte años sin haber hecho uso del derecho de opción, es considerado renunciante si en el ínterin otros u otros herederos aceptaron la herencia (art. 3313, 3314,

nunciante y lo que pierde es el derecho de aceptar; pero si eso no ocurre será considerado aceptante y lo que pierde es el derecho a renunciar (LLAMBIÁS, J. J. - MÉNDEZ COSTA, M. J., “Código Civil anotado”, Ed. Abeledo Perrot, 1988, t. V-C, ps. 114 y ss.).

(11) AZPIRI, Jorge O., “Derecho sucesorio”, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2006, p. 192.

3315 y cc. del CC)” (12) y que “[l]a interpretación prevaleciente del art. 3313 del Código Civil con fundamento especialmente en su nota, establece que el transcurso de veinte años sin haberse efectuado la opción entre aceptar o repudiar la herencia provoca el emplazamiento en el estado de aceptante, salvo cuando otros herederos hubieran ya aceptado la herencia, supuesto en el cual el silencio de quien se ha abstenido, equivale a una renuncia por su parte y pierde la facultad de aceptar...” (13).

En el contexto actual, el hijo que toma conocimiento de quien fue su padre o madre pasados diez años de la muerte de alguno de ellos podrá demandar para obtener el emplazamiento en su estado, más no su condición de heredero (14).

El plazo de caducidad comienza con la apertura de la sucesión, es decir, con la muerte. Así lo determina el art. 2288 Cód. Civ. y Com., excepto el caso de exclusión del heredero (15). Esta única excepción legal al cómputo del plazo de caducidad ha sido analizada por Medina y Rolleri, por las consecuencias que acarrea, entre otros casos, en los supuestos de acciones de filiación o de petición de herencia promovidas luego de los 10 años (16).

De lo expuesto surge el primer interrogante: *¿Que incidencia tiene la vigencia del derecho de aceptar o repudiar la herencia respecto de la usucapión del heredero aparente?*

(12) CCiv. Fam. y Suc. Tucumán, 02/06/1983, “Godoy Mariano R. y otros c. Suc. de Benjamin S. Godoy”, JA 1984-I.

(13) CNCiv., sala E, 26/06/1983, “Irigoyen Pedro y otros c. Azpiri María Luisa y otros”, JA 1984-II-283.

(14) FLAMMÁ, Maximiliano, en RIVERA - MEDINA, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VI, ps. 53.

(15) Art. 2288 Cód. Civ. y Com.: Caducidad del derecho de opción. El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante. El plazo para las personas llamadas a suceder en defecto de un heredero preferente que acepta la herencia y luego es excluido de esta, corre a partir de la exclusión.

(16) Los autores destacan que, en ambos casos, los herederos no podrían ejercer el derecho de opción en virtud de la redacción del texto legal (MEDINA, G. - ROLLERI, G., “Derecho de las sucesiones”, 2017, p. 120 y ss.).

Para delinear con mayor claridad, la pregunta que nos moviliza: el extremo de estar latente la posibilidad de repudiar o aceptar la herencia, ¿resulta una “amenaza” para el poseedor en trance de usucapir?

Entendemos que todo dependerá de la realización de algún acto con virtualidad suficiente para producir la interrupción de la prescripción en curso y que tal acto suceda antes de haber transcurrido el plazo legalmente previsto.

Se sujeta, entonces, la viabilidad de la acción de petición de herencia a la condición de que no se haya operado la caducidad de aceptar o repudiar la herencia. Luego se debe resolver una situación que torna más compleja la cuestión, si el plazo de caducidad establecido en el art. 2288 comienza con la muerte del causante, o si el mismo es susceptible de dispensarse en casos especiales (ignorancia del hijo sobre la paternidad biológica), y luego, si esto incide en la usucapión del heredero aparente sobre bienes determinados, particularmente sobre inmuebles.

Profundizando en el razonamiento, cabe plantear lo que sucede si no se ha dado inicio al trámite sucesorio, pero, sin embargo, en caso de pluralidad de herederos, en los hechos se han distribuido bienes en especie, ejerciendo una posesión efectiva sobre cada cosa determinada. En este supuesto, aun cuando jurídicamente se mantiene la indivisión hereditaria, hay entre los coherederos un acuerdo sobre la adjudicación en especie de los bienes relictos, sin contradicción alguna durante el plazo para dar por operada la usucapión larga.

Por otra parte, se presenta el caso en que no se ha promovido trámite sucesorio alguno y estamos frente a un único heredero poseedor efectivo del o los bienes heredados.

Se debe considerar también si, habiéndose promovido el proceso sucesorio y concluido por partición, esta puede funcionar como justo título, y en su caso habilitar la defensa de usucapión breve, si, además, existe buena fe del heredero aparente.

Finalmente es de interés el supuesto en el que, el poseedor de la cosa, no sea el heredero aparente, sino un tercero respecto del cual se inicia-

ría la acción con efectos reipersecutorios. Este supuesto, sin embargo, no se encuentra comprendido en este trabajo.

IV. La acción de petición de herencia, el derecho de aceptar o repudiar la herencia y la usucapión del heredero aparente

Los conflictos que giran en torno a las acciones en juego, suelen darse cuando el heredero excluido, inicia las acciones tendientes a su cometido (acción de filiación, petición de herencia) habiendo transcurrido el plazo de caducidad previsto para aceptar o repudiar la herencia.

El legislador no ha sido claro al coexistir, por un lado, el plazo previsto para aceptar o repudiar la herencia y por el otro, la proclamada imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia (17).

La cuestión a resolver es si el plazo de caducidad para ejercer el derecho de opción, frustra la posibilidad de iniciar la acción de petición.

En el sentido afirmativo, durante la vigencia del Cód. Civil se sostuvo: “Corresponde confirmar la sentencia que admitió la excepción de prescripción y por ende rechazó la demanda de petición de herencia, ya que, si bien la acción de filiación que la actora debía entablar puede interrumpir el plazo de prescripción de la aquella acción porque el reconocimiento de la calidad de hijo es necesaria para actuar los derechos hereditarios, dicha acción debe iniciarse antes del vencimiento del plazo de prescripción de veinte años previsto en el art. 3313 del Cód. Civil” (18). Esta postura consideraba, bajo el código derogado, que la prescriptibilidad de la petición de herencia se vinculaba con la opción que prevé la norma señalada (19).

(17) La imprescriptibilidad también caracteriza a las acciones de filiación (art. 712 Cód. Civ. y Com.). Para el hijo, además, estas acciones tampoco caducan, por lo que puede promoverlas durante toda su vida (arts. 582, 588, 590 y 593 Cód. Civ. y Com.).

(18) C2ªCiv. y Com. La Plata, sala II, 18/10/2005, “A., N. M. c. S. J., A.”, LLBA 2006-522.

(19) Durante la vigencia del Cód. Civil se planteó la discusión sobre la prescriptibilidad de la acción de petición de herencia. Autores como Quinteros la relacio-

Tampoco resulta sencillo determinar desde cuándo se comienza a contar el plazo de caducidad. En el caso de herederos con vocación inequívoca no hay lugar a dudas que se computa desde la apertura de la sucesión, pero cuando se trata de un heredero excluido que desconoce su vocación o no se encuentra emplazado para acreditarla, la cuestión es más compleja.

Si bien la ley dice que el plazo corre desde la apertura de la sucesión (muerte del causante) se ha argumentado que, si antes de ser considerado heredero es imposible reclamar, la acción nace a partir de obtener tal condición.

Esta postura ha tenido adhesión autoral (20) y jurisprudencial: “El inicio de la prescripción se remonta al momento en que el crédito existe y puede ser exigido por una pretensión demandable (art. 3956, Cód. Civ.). A la inversa, no corre en relación con los derechos o acciones que aún no hayan nacido (...). Si el nacimiento de la acción se produjera en el momento en que existe una posesión adversa de otro heredero, en casos como el aquí debatido no podría soslayarse que el ejercicio de petición hereditaria se encontraba subordinado a la sentencia que emplazara a la actora en el estado de hija del causante (art. 247 del Cód. Civ.), puesto que, sin ese título, carecería de aptitud para hacer valer su derecho a la herencia de su padre. Esta particularidad, a la vez, habría impedido disociar el punto de partida de la eventual prescripción de la determinación del estado de hija extramatrimonial. Corolario: recién con la filiación establecida judicialmente habría sido pertinente el inicio de la prescripción aludida (...)” (21).

El fallo citado, solo considera la situación del legitimado de la acción de petición de herencia

naban con el plazo para ejercer el derecho de opción (RÉBORA, Juan Carlos, “Derecho de las sucesiones”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I, p. 380, en especial nota nro. 1432).

(20) ZANONNI, Eduardo A., “Derecho civil. Derecho de las sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, 4ª ed., t. I, p. 93: “Solo quien es titular de la vocación hereditaria posee el derecho de consolidar o revocar dicho llamamiento respecto de la herencia, mediante la aceptación o renuncia de la misma...”

(21) Fallo citado en nota nro. 9 (“A., N. M. c. S. J., A.”).

en relación con el cómputo del plazo de la caducidad del derecho de aceptar o repudiar la herencia, y la dispensa del actor, ante la falta de emplazamiento, sosteniéndose que no es posible que transcurra plazo de prescripción de una acción sobre un derecho que aún no se tiene. Sin embargo, no se contempla la situación del heredero aparente que se ha comportado en los hechos como un poseedor, realizando actos posesorios por el plazo de ley.

Siguiendo esta última postura, recién con la filiación establecida judicialmente habría sido pertinente el inicio de cualquier plazo para el ejercicio de una acción. A ello cabe añadir que, *cuando el ejercicio de la acción se encuentra condicionado al previo reclamo y obtención del emplazamiento en el estado filial cabe dispensar la prescripción cumplida en los términos autorizados por el art. 3980 del Cód. Civil* (22).

En este sentido se sostuvo, que *el art. 3980 del Cód. Civil no establece una causa de suspensión o interrupción del curso de la prescripción, sino una liberación o dispensa de la ya cumplida durante el lapso que duró el impedimento para obrar* (23).

Entendemos que tal criterio atenta contra la seguridad jurídica, por dejar en suspenso la posible consolidación de la usucapión del heredero aparente, quien solo podrá perfeccionar tal estado de hecho cuando el heredero excluido logre, con la sentencia de la acción de filiación, obtener tal condición. En tal caso, la incertidumbre sería total, ya que todo dependería de la acción de un tercero ajeno a la relación de poder ejercida por el poseedor en vías de usucapir.

La usucapión de inmuebles, en lo que al particular efecto referimos, solo distingue al poseedor según tenga justo título y buena fe, o mala fe, para exigir 10 y 20 años de posesión continua y aparente respectivamente (art. 1897, 1898, 1899, 1900, 1902 del Cód. Civ. y Com.), no existe norma alguna que permita dar a la posesión del he-

(22) CS, “P. F., K. C. S. c. Pcia. de Mendoza y otros” (CS, Fallos 329:1862).

(23) Trib. Civ. Com. Lab. y Minería General Pico, 08/04/2008, “Z., R. A. c. P. de Z., A. y otro”, LLPatagonia 2008 (agosto), p. 374.

redero aparente un tratamiento distinto a la de cualquier poseedor.

La usucapión es un modo excepcional de adquirir un derecho real de contenido posesorio, susceptible de hacerse valer por vía de acción o excepción, en cualquiera de sus especies (breve o larga).

Como tal, el plexo de normas pone énfasis en la calidad de poseedor en los términos y alcances del art. 1909, y con los requisitos del 1899 del Cód. Civ. y Com., sin distinguir si el poseedor es un heredero aparente o no.

El criterio que se reprocha desvía los alcances de la ley, genera en paralelo una prescripción distinta, la que es ejercida por el heredero aparente, que se consolida cuando el que fue excluido ha adquirido su condición de tal, luego de transcurrido el plazo de caducidad de diez años (art. 2388), el que correría desde que se detenta la calidad de heredero.

En consecuencia, consideramos inadmisibles que con la promoción del juicio de filiación luego del plazo legal, la parte obtuviera “una prolongación adicional”, perjudicando en el poseedor en curso de usucapir la cosa.

Por otra parte, si la parte demandada no fuera heredera del causante, podría igualmente haber opuesto a la demanda del actor la prescripción adquisitiva ganada por la posesión de veinte años (24).

(24) Durante la vigencia del Cód. Civil se ha sostenido que “la prescripción de veinte años aludida por la parte final del art. 3460 es, a nuestro juicio, la de igual plazo señalada por el citado art. 4015. No se trata, entonces, de la prescriptibilidad de la acción de partición a los veinte años como un término de prescripción liberatoria, sino de la extinción de dicha acción como consecuencia de haberse consumado la adquisición por el heredero de la prescripción adquisitiva sobre el bien determinado. Es la misma situación que se presenta frente a la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria cuando el demandado por reivindicación opone como defensa la adquisición del dominio por prescripción. El dominio no se extingue por el no uso (art. 2510) ni la acción reivindicatoria se torna prescriptible (art. 4019, inc. 1º). Simplemente sucede que tanto el primero como la segunda se extinguen, no por la inacción del dueño, sino por el accionar positivo del poseedor que, al cabo de los veinte años, consuma la adquisición, al tiempo que, con ello, provoca la extinción del dominio anterior y consigue, asimismo, la de la

Es importante para nuestra postura lo expuesto en su voto por el Dr. Fayt: “[L]a circunstancia de que la acción de filiación pueda ser promovida por el hijo en todo tiempo, no propaga esa característica a la acción ejercida en el sub lite, que por perseguir la tutela de un derecho creditario, de inequívoco contenido patrimonial, se extingue por el transcurso del tiempo con arreglo a los principios que caracterizan al instituto de la prescripción (...) de aceptarse la postura sostenida por la demandante, el *dies a quo* de la prescripción correspondiente a esta acción rescabitoria quedaría librado a la discrecionalidad del damnificado que con el sencillo recurso de prolongar a su mero arbitrio (...) la presentación de la demanda de reclamación de la filiación (...) dispondría en puramente potestativa del curso de la prescripción de la acción por los daños y perjuicios (...) y (...) convertiría en imprescriptible una acción que por voluntad expresa del legislador está inequívocamente alcanzada por dicho instituto (...) con grave afectación de la seguridad jurídica, cuya raigambre constitucional esta Corte ha sostenido con énfasis y reiteración” (25).

La usucapión se concibe como defensa frente a la acción de petición de herencia, cuando es promovida por el heredero, aunque esta acción sea imprescriptible y sea promovida luego de transcurridos los 10 años previstos para el ejercicio del derecho de opción. Lo sostenido no enerva la necesidad del heredero aparente de probar su posesión hábil por el plazo de ley.

En tal sentido el Cód. Civ. y Com. expresa en su art. 2311: “La petición de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a cosas singulares” (26).

acción que lo protegía (...). La prescripción es un modo de adquisición originario de la propiedad, no deriva del causante y es independiente del carácter de sucesor universal”. AREÁN Beatriz, en BUERES - HIGHTON, “Código Civil”, Ed. Hammurabi, t. 6B, ps. 799-800.

(25) CS, LA LEY 2006-F, 605.

(26) Pérez Lasala sostiene que la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia “deja a salvo la posibilidad de usucapión respecto de las cosas singulares de la herencia a favor de los poseedores de dichos bienes”. Este autor agrega que la primera de las acciones es imprescriptible, “pero no puede prosperar cuando se pro-

El inicio del plazo de usucapión comienza desde que es posible sostener la posesión de cosa singular, lo que sucede: en caso de heredero único, desde la muerte del causante, y ante la efectiva realización de actos materiales sobre cosa determinada (art. 1928) (27).

Conforme al Cód. Civ. y Com., el heredero continúa la persona del causante, sucede al *de cuius* desde el mismo momento de la muerte no solo en la propiedad, sino también en la posesión de las cosas que componen el acervo hereditario, como lo dispone el art. 2280 Cód. Civ. y Com., independientemente de su investidura.

No obstante lo afirmado, vale advertir que la llamada posesión hereditaria se adquiere por modo o forma distinta de la posesión ordinaria, así como su ejercicio también es disímil, sin embargo, los efectos de una y otra son idénticos, pues la posesión hereditaria se refleja sobre los objetos que ella contenga (28).

La posesión sobre los bienes relictos, que comprende la posesión ordinaria sobre los bienes determinados que componen el acervo, se adquiere automáticamente o por declaratoria de herederos, siempre que dicha posesión no sea excluida o controvertida por una posesión material u ordinaria sobre tales bienes, individualmente considerados.

duce la prescripción adquisitiva de los bienes que en ella se reclama”, ya que “el actor ha dejado de ser propietario de esos bienes, porque ya han sido adquiridos por medio de la usucapión” (PÉREZ LASALA, J. L., “Tratado de sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, t. I, p. 961).

(27) “Es procedente admitir la defensa de prescripción adquisitiva de la parte indivisa de un inmueble que correspondía al actor como hijo del causante, opuesta en un juicio de petición de herencia, toda vez que la cónyuge superviviente se convirtió en propietaria de la totalidad del bien por posesión pacífica e ininterrumpida que ejerció desde el deceso y por más de veinte años, mientras que aquel no puede ser dispensado de la prescripción cumplida porque no demandó en el plazo de tres meses de cesado su impedimento para obrar”. Trib. Civ. Com. Lab. y Minería General Pico, 08/04/2008, “Z., R. A c. P. de Z., A. y otro”, LLPatagonia 2008 (agosto), p. 374.

(28) Conf. CÓRDOBA, Marcos, “Derechos del heredero. La posesión hereditaria”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998.

V. Supuesto de pluralidad de herederos y el caso de heredero único

En caso de pluralidad de herederos y ante la existencia de indivisión hereditaria, rige lo dispuesto en el art. 1912: “El objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada. Se ejerce por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa”.

La existencia de más de un heredero, supone, mientras el patrimonio relicto permanezca en estado de indivisión, un supuesto de comunidad hereditaria, siendo aplicable al caso, las reglas del condominio, de la coposesión y en subsidio de las normas del derecho sucesorio.

Cada uno de los coposesores tiene una parte ideal, abstracta, de modo que no es posible que cada uno de ellos ejerza la posesión sobre una parte concreta, determinada de la cosa, salvo pacto en contrario (29).

Debe descartarse la errónea concepción de que la posesión se ejerce sobre partes ideales. En los supuestos de comunidad, el objeto de la posesión es la cosa integra.

De tal modo, dado el estado de indivisión de los bienes hereditarios, y no siendo en tal caso susceptible de determinarse el ejercicio de la posesión sobre una parte o cosa singular, no sería posible el ejercicio de la misma con habilitad jurídica suficiente para usucapir, por lo que la acción de petición debería prosperar, habida cuenta de lo apuntado.

Para la admisión de la prescripción del coheredero que pretenda oponerla, se debe acreditar la posesión de bienes determinados y haber intervenido el título con relación a sus comuneros (30), aduciendo la calidad de poseedor exclusivo, para oponerla al actor de la acción de petición de herencia y a los demás coherederos.

(29) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 122.

(30) ALTERINI, J. H., “Código Civil y Comercial de la Nación. Tratado exegético”, Ed. La Ley, 2015, t. XI, p. 218; IGLESIAS, M., “Derecho de las Familias las Sucesiones”, Ed. La Ley, 2018, ps. 822-823.

El estado de indivisión comunitaria, supone, en principio, la imposibilidad de poseer la cosa determinada, salvo prueba (compleja) en contrario, implicando en tal caso la necesidad de acreditar la variación del título de la posesión.

En este sentido la doctrina considera que es dable exigir en tales casos que el coheredero que pretende usucapir un bien del acervo hereditario, no le basta para ello con la posesión legalmente deferida (pro herede), sino una exclusiva y excluyente (31).

Por su parte, la sala E de la Cámara Nacional, ha sostenido que "se ha declarado que los actos de posesión exclusiva que ejerce el condómino sobre el inmueble común han de ser inequívocos, de modo que debe descartarse la hipótesis de un mero reparto de uso" (32).

Esta corriente implica sostener que, para que sea operativa la interversión del título del coheredero, es necesaria la realización de actos exteriores excluyentes, es decir, que avancen sobre el derecho ajeno, privando al poseedor de disponer de la cosa; de manera que el excluido se vea en la necesidad de oponerse para impedir la usucapción (33).

En el caso, no estamos de acuerdo con esta corriente del pensamiento. Implica la creación dogmática de una especie de actos posesorios. Por un lado, aquellos previstos en el art. 1928 del Cód. Civ. y Com., que siendo además ostensibles y continuos se reputan hábiles para usucapir (art. 1900 del Cód. Civ. y Com.), mientras que, en caso de actos posesorios contra un coposeedor, se requiere, además, que sean exclusivos y excluyentes, sin que exista norma que si lo disponga.

En tal sentido se ha establecido que "[e]n el marco de una demanda de usucapción entre co-

herederos (como en el caso), o entre condóminos (caso análogo), se requiere mucho más que la prueba de la realización de actos posesorios que evidencien una posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, como exige el art. 4015, Código Civil. En efecto, en estas especiales hipótesis es menester la acreditación por parte del actor de la interversión de su título de coposeedor por el de único poseedor, mediante la realización de actos inequívocos de exclusión de los demás coherederos o condóminos de la relación real con la cosa..." y que "[l]a prescripción adquisitiva en caso de condóminos o de coherederos resulta sumamente dificultosa, por cuanto la prueba de la posesión debe estar acompañada inexorablemente de la prueba de la interversión del título. Es decir que, no se trata simplemente de probar la posesión apta para usucapir que emerge del art. 4015, Código Civil..." (34).

Resulta atendible que, en caso de pretensión de usucapción de una cosa sometida a condominio, se deba agudizar el rigor probatorio en cabeza del actor. Pero exigir que sus actos sean excluyentes, entendiendo con ello una privación de la posesión del resto de los comuneros, es sujetar tal cualidad de los actos exigidos, a una actuar positivo de los accionados, puesto que para excluir habría que primero pretender avanzar sobre la posesión dada. La usucapción está fundada entre otros motivos, en la pasividad o quietud de quien se perjudica con el paso del tiempo, lo que aplica para el condómino que nada hace frente actos posesorios unilaterales y exclusivos de su condómino.

Una solución en tal sentido, implica poner en cabeza del poseedor usucapiente en estado de absoluta imposibilidad jurídica, pues para poder excluir a su comunero, este debe pretender retomar la posesión negada por aquel, y puede que ello nunca suceda, en tal caso nunca podría haberse dado la exclusión exigida, tornando la usucapción por parte del coposeedor contra sus pares, como un mero supuesto de laboratorio.

(31) Conf. MEDINA, Graciela, en "Código Civil comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 511.

(32) CNCiv., sala E, 22/07/2018, en "Fernández c. Sculcos s/ prescripción adquisitiva".

(33) HADAD, Andrés O., "Interversión del título. Condómino que pretende usucapir la parte indivisa perteneciente a su condómina", RC D 1123/2019, <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2053212/>.

(34) CCiv. y Com., Buenos Aires, sala II, 29/06/2017, "Torres y Alderete, Anastasio Joaquín s/ incidente de prescripción de acción de partición Azul", Rubinzal Online; 61889 RC J 4594/17.

Si en los hechos suceden actos inequívocos, que permiten definir situaciones de facto mantenidas en el tiempo, puede oponerse la prescripción adquisitiva por el heredero que, además, haya ejercido una posesión continua y aparente. En esencia, la posesión es regulada por el ordenamiento como un hecho, y como tal debe ser analizada. Sostener lo contrario sería desnaturalizar la posesión y la función que ella pretende cumplir.

Este razonamiento es compatible con nuestra costumbre jurídica, en donde los herederos suelen ser reticentes a dar curso legal a la transmisión de los bienes por causa de muerte, a veces por acuerdo entre partes con adjudicaciones en especie de los bienes recibidos por herencia, otras por imposibilidad económica de asumir los costos que el trámite implica. Nada de esto permite postergar la realidad circundante y sus efectos jurídicos de quienes detentan los bienes particulares en forma exclusiva, al inicio y fin del trámite sucesorio.

La usucapión de inmuebles durante el período de indivisión, siempre exigirá el plazo de 20 años como lo establece el art. 1899 del Cód. Civ. y Com.

Por último, entendemos que, si los herederos han concluido con el proceso sucesorio, han realizado la partición y obtenido la adjudicación de los bienes, la hijuela que así lo establece operará como justo título en los términos del art. 1902 del Cód. Civ. y Com., en el caso de darse la buena fe, más la posesión por el plazo legal del inmueble adjudicado [10 años], habilitará al heredero aparente a invocar frente al heredero que venció en la acción de petición de herencia, la usucapión breve.

La adjudicación realizada mediante la partición llevada a cabo en las respectivas hijuelas de cada heredero implica la culminación del estado de indivisión, constituyendo un acto jurídico complejo con aptitud suficiente para transmitir el dominio.

Asimismo, resulta revestido de las formas legales, adecuándose así a la calificación que hace el art. 1902 del Cód. Civ. y Com. sobre justo título, que será tal ante la existencia de un heredero

excluido emplazado mediante sentencia recaída en acción de filiación.

Cuando la herencia solo es deferida a un solo heredero, que de los hechos será aparente ante la pretensión de un heredero excluido, la situación con los bienes transmitidos es distinta.

En tal supuesto es jurídicamente posible que el heredero se encuentre en posesión de los bienes individualmente considerados, no siendo posible diferenciar si lo hace en calidad de heredero o poseedor, en tanto como continuador de la persona del causante tanto en la propiedad como en la posesión, confundiéndose ambas figuras.

El heredero excluido, lo será primero por no detentar la filiación reconocida, puesto que es el único caso que habilita a suponer que los bienes del causante fueron deferidos a un solo heredero y luego, emplazado que sea en tal carácter por la acción de filiación, ante la negativa de entrega del patrimonio relictivo, siendo necesario el inicio de la acción de petición de herencia.

El éxito de la misma dependerá, conforme el criterio que venimos sosteniendo, si es instada con anterioridad a que transcurra el plazo para que el heredero único aparente pueda ser considerado adquirente mediante usucapión.

Si la defensa se sustenta en la adquisición larga, la misma tendrá inicio desde la muerte del causante, y cuando se hubiera cumplido en plazo de 20 años de una posesión continua y aparente, sin que ello requiera inicio de trámite sucesorio alguno.

En caso de existir juicio sucesorio en el caso de único heredero no hay partición, bastando con la inscripción de dominio del o los bienes heredados, de modo que esta inscripción valdrá como justo título, habilitando la usucapión breve como defensa ante la petición de herencia del excluido, si además es de buena fe.

VI. Conclusiones

En virtud de lo expuesto sostenemos lo siguiente:

— La acción de petición de herencia no puede ser oponible a la usucapión de bienes singulares por parte del heredero aparente cuando aque-

lla se interpone con posterioridad a la consolidación de la relación de poder. El cumplimiento del plazo para ejercer el derecho de opción de la herencia no dispensa el cómputo del plazo de usucapión del heredero aparente.

— En cuanto a los efectos, el Cód. Civ. y Com. no diferencia la posesión según sea ejercida por el heredero aparente o un tercero.

— La posesión continua y ostensible, sin oposición alguna, de bienes determinados entre los coherederos, por el plazo de 20 años, es oponible a la acción de petición de herencia, siempre que se haya operado la interversión del título.

— La falta de inicio de trámite sucesorio no altera la usucapión ejercida por el heredero aparente cuando la misma recae sobre bienes singulares.

— El inicio de trámites sucesorios no es una conducta que debe valorarse a los fines de dilucidar sobre la voluntad del heredero de compor-

tarse como dueño y señor de la cosa, como así tampoco respecto a la existencia o no de actos posesorios.

— La existencia de pluralidad de herederos torna a los bienes en estado de indivisión, no susceptibles de ser poseídos en forma exclusiva, de modo que la acción de petición de herencia es oponible a los herederos aparentes. En caso de que algún coheredero invoque su calidad de poseedor de bienes determinados, deberá probar la interversión de su título para oponer tal calidad al actor y al resto de los coherederos.

— La adjudicación por la partición de bienes, implica justo título para el heredero aparente, pudiendo oponer usucapión breve, si es de buena fe y cumple con el plazo legal, ante la acción de petición de herencia del excluido.

— Cuando el heredero aparente es el único llamado a suceder, el inicio del plazo de usucapión ante la acción de petición de herencia, se cuenta desde el fallecimiento del causante.

Thomson Reuters

ACTUALIDADES

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Actualidad en Seguridad Social 3/2020

María Teresa Martín Yáñez

Sumario: I. Legislación.— II. Jurisprudencia.

I. Legislación

I.1. Asignaciones familiares. Trámites. "Atención virtual"

— Res. ANSeS 201/2020 (BO del 30/04/2020)

Mediante esta resolución, la ANSeS dispone que mientras dure el aislamiento social dispuesto por el dec. 297/2020 **(1)** en el marco de la pandemia de Coronavirus, los trámites referentes a la Asignación Familiar por Maternidad y Asignación Familiar por Maternidad Down, que deban realizarse, se efectuarán mediante el sistema de "Atención Virtual" **(2)**, mediante la recepción y remisión por medios electrónicos de las solicitudes y documentación correspondientes.

I.2. Discapacidad

I.2.a. Certificado único

— Res. AND 106/2020 (BO del 01/05/2020)

La Agencia Nacional de Discapacidad aprueba mediante esta norma, las "Recomendaciones para el procedimiento para la evaluación y certificación no presencial del Certificado Único de Discapacidad (CUD)", el que detalla en su Anexo I, en función de las cuales determina que, cuando se requiera la evaluación de la discapacidad por la Junta correspondiente al domicilio del solicitante —sea para expedir por primera vez el certificado, o cuando este se hubiera vencido o

extraviado—, se recomienda, previo envío de la documentación necesaria, la evaluación en forma virtual a través de videoconferencia, y solo en el caso de que el solicitante no tenga acceso a un dispositivo con cámara y micrófono, sea por computadora o teléfono celular se podrá requerir la evaluación presencial.

Asimismo, en el citado Anexo se detalla el procedimiento a seguir por la Junta evaluadora en ambos casos, así como los recaudos que deberá tomar para implementar la atención en presencial en sede.

I.2.b. Derechos

I.2.b.1. Circulación

— Res. AND 77/2020 (BO del 13/04/2020) y res. AND 79/2020 (BO del 14/04/2020)

Como se recordará, mediante el dec. 297/2020 **(3)**, se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio para todas las personas desde el 20 al 31 de marzo inclusive, el que luego fuera sucesivamente prorrogado.

Dicha norma establecía acotadas excepciones, facultando al Jefe de Gabinete de Ministros a ampliarla, cuando ello fuera conveniente, lo cual se llevó a cabo mediante la Decisión Administrativa 490/2020 (lo que, entre otras excepciones autorizó la circulación de personas con discapacidad, así como las que padecen trastorno autista, para realizar salidas en las cercanías de su residencia, acompañadas con un familiar).

(1) BO del 20/03/2020.

(2) Implementada por res. ANSeS 94/2020. Ver más adelante I.4.c. Procedimientos administrativos.

(3) BO del 20/03/2020.

En función de ello, la Agencia Nacional de Discapacidad dicta la presente resolución, que casi inmediatamente modifica con la res. AND 79/2020, estableciendo los requisitos que deberán cumplimentarse para ejercer el derecho a realizar este tipo de salidas, disponiendo en primer lugar que los beneficiarios solo podrán realizarlas cuando no tengan síntomas compatibles con COVID-19, sean menores de sesenta años de edad, no sufran de enfermedades crónicas respiratorias, enfermedades cardíacas, inmunodeficiencias, diabetes o estén embarazadas.

No estando comprendida en ninguna de las situaciones precedentemente enumeradas, los beneficiarios podrán salir a la vía pública con un acompañante, dentro de un radio de 500 m de su residencia y determinado los días de la semana en que podrá hacerlo en función del último número de terminación de su documento de identidad, debiendo, además, portar el Certificado Único de Discapacidad que acredite su condición.

I.2.b.2. Pensiones. Mayoría de edad. Percepción

— Res. AND 93/2020 (BO del 24/04/2020)

Mediante esta resolución, la Agencia Nacional de Discapacidad intenta zanjar los cuestionamientos producidos por el pago de las prestaciones no contributivas por invalidez a las personas afectada de discapacidad, que durante su minoría de edad se realizaba a los padres tutores o guardadores, y que al cumplir los menores la edad de 18 años requería una serie de condicionamientos a fin de realizarlos.

Para ello dispone en primer lugar que, los titulares en esas condiciones de una Pensión No Contributiva por Invalidez, pueden percibir por sí mismos la prestación, a partir del día que cumplen los dieciocho [18] años de edad o desde la fecha en que fueran emancipados. A tales fines se comunicará con una antelación de tres [3] meses, el cese de la autorización al padre, tutor o guardador, carta certificada con imposición de contenido.

Igualmente, la ANSeS comunicará a las entidades pagadoras para que proceda a pago directo a las personas en esa situación.

También establece el procedimiento a seguir por el interesado mayor de edad para la obtención de la Pensión No Contributiva por Invalidez, disponiendo que se efectúe a través de la Ventanilla Única de ANSeS, por sí mismo, o por sus apoyos extrajudiciales.

En el caso de que el titular tenga restringida su capacidad jurídica por aplicación de lo dispuesto por el art. 32 del Cód. Civ. y Com., se requerirá la firma de las personas que el Juez interviniente haya designado para su representación, así como copia o testimonio del oficio judicial certificado por el juzgado actuante.

Finalmente dispone que excepcionalmente, ante la absoluta imposibilidad del titular para comunicarse y expresar su voluntad por cualquier modo, y si el sistema de apoyo resultare ineficaz, la Dirección Nacional de Apoyos y Asignaciones Económicas de la ANDS notificará a la Defensoría Federal de Menores e Incapaces de la jurisdicción del domicilio de la persona con discapacidad, para que determine el curso a seguir, conforme al art. 32 *in fine* del Cód. Civ. y Com.

I.3. Prestaciones no contributivas

I.3.a. Ingreso familiar de emergencia

— Dec. 310/2020 (BO del 24/03/2020)

Instituye, con alcance nacional, una prestación monetaria no contributiva de “carácter excepcional”, denominada “Ingreso Familiar de Emergencia”, a favor de las personas desocupadas que se desempeñen en la economía informal, monotributistas categorías “A” y “B”, monotributistas sociales y trabajadores de casas particulares, afectadas por la situación de emergencia sanitaria.

Para ello los interesados deberán acreditar ser argentino nativo o naturalizado con residencia de dos años como mínimo, tener entre 18 y 65 años de edad, carecer de otros ingresos —tanto ellos como su grupo familiar—, provenientes de trabajo en relación de dependencia, o desempeño como monotributistas categoría c o superior o trabajador autónomo, así como no percibir prestación por desempleo, cualquier tipo de prestación previsional o retiros o planes socia-

les. Queda exceptuada de esta limitación la percepción de la Asignación Universal por Hijo o Embarazo o Progresar.

El monto de esta prestación, que deberá ser solicitada por los interesados ante la ANSeS, asciende a la suma de \$10.000 y será percibida por uno solo de los integrantes del grupo familiar, abonándose por única vez en el mes de abril de 2020.

La ANSeS, a fin determinar la procedencia pago del beneficio, realizará evaluaciones socio-económicas y patrimoniales a fin de verificar la situación de real necesidad del solicitante y su grupo familiar.

— Res. SSS 8/2020 (BO del 31/03/2020)

En uso de las facultades que le atribuyera el dec. 3410/2020 (4) precedentemente comentado, la Secretaría de Seguridad Social aprobó una serie de disposiciones complementarias y aclaratorias para su aplicación, facultando a su vez a la ANSeS a dictar las normas necesarias para su implementación, así como a liquidar y abonar el Ingreso Familiar Obligatorio con anterioridad al 1º de abril de 2020 cuando ello sea operativamente posible.

En consecuencia detalla en su Anexo diversas disposiciones entre las que cabe señalar —más allá de reiterar los recaudos para acceder a este beneficio establecidos en el decreto—, que su percepción no es incompatible con el cobro de la Asignación Universal por Hijos por Embarazo para Protección Social, ni con las asignaciones familiares correspondientes a los monotributistas y a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial para el Personal de Casas Particulares y el programa Progresar, determinando, asimismo, que el monto de este beneficio no será tomado en cuenta para el cálculo del Ingreso del Grupo Familiar al efecto del cobro de las asignaciones.

En cuanto al Grupo Familiar define a este como el integrado por el solicitante, su cónyuge o conviviente, y sus hijos menores de 18 años o incapacitados sin límites de edad.

(4) Conforme art. 6º norma citada.

Fija también las pautas a tener en cuenta en la evaluación socio económica y patrimonial, estableciendo determinados supuestos atinentes al solicitante o a algún miembro de su grupo familiar, que indican la inexistencia de un real estado de necesidad que habiliten el cobro de este beneficio, tales como la percepción de una suma de ingresos en los últimos 6 meses cuyo promedio mensual supere en dos veces el monto del Salario Mínimo Vital y Móvil, o haber obtenido o disponer de rentas financieras por una monto superior a \$66.1917 para el periodo fiscal 2018, entre otros.

Asimismo, establece que la ANSeS notificará al solicitante los resultados de la evaluación y en caso de denegatoria, la circunstancia por la cual se lo excluye del beneficio, y procederá al acuerdo y pago de la prestación cuando así correspondiere, abonándola preferentemente a la solicitante mujer cuando haya sido peticionada por más de un miembro del grupo familiar.

Finalmente dispone que la ANSeS efectuará los controles necesarios y supervisará las solicitudes interpuestas, estableciendo expresamente que en el caso que se verifique la percepción de sumas indebidas, deberá proceder a su recupero.

— Res. ANSeS 84/2020 (BO del 06/04/2020)

Conforme a ello a su vez la ANSeS establece una serie de disposiciones operativas para el acuerdo, pago, control supervisión y recupero de pagos indebidos del Ingreso Familiar de Emergencia, que detalla en el Anexo de su resolución, y que básicamente reitera lo dispuesto por la res. 8/2020 de la Secretaría de Seguridad Social, agregando la creación de un sitio Web disponible dentro de su página para la tramitación del beneficio.

Cabe señalar que en el texto de la norma dispone expresamente que el Ingreso Familiar de Emergencia no será objeto de descuento alguno ni computable para ningún otro concepto.

— Res. ANSeS 97/2020 (BO del 27/04/2020)

Mediante esta resolución, la ANSeS completa la anterior aclarando que el resultado de las evaluaciones estará disponible en la página web creada a dichos efectos y a fin de acceder

al cobro del beneficio los solicitantes, deberán realizar a través de ella lo carga de los datos necesarios utilizando la Clave de Seguridad Social, que en el caso de no poseerla podrá ser creada en ese momento, detallando, además, los diversos medios de pago que podrán ser utilizados: transferencia bancaria, extracción por cajero automático, cobro en Correo Argentino o acreditación en cuenta DNI del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

I.4. Previsión social

I.4.a. Aportes y contribuciones

I.4.a.1. Monotributo. Exclusión de pleno derecho

— *Res. gral. AFIP 4687 (BO del 4687/2020)*

A fin de morigerar el impacto económico producido por el aislamiento social preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020 **(5)** para afrontar la pandemia de coronavirus —de consecuencias negativas para los pequeños contribuyentes adheridos al Régimen de Monotributo—, la AFIP mediante esta resolución procedió a suspender hasta el 1º de abril de 2020 la exclusión de pleno derecho de dicho régimen establecida por la res. gral. AFIP 4309 **(6)** para aquellos casos en que los ingresos y situación económica de quienes hubieran adherido a dicho régimen, superen los límites establecidos para ampararse en este, tal como lo prevé la ley 24.977 **(7)** conforme a los parámetros establecidos en el art. 20 de su Anexo.

— *Res. gral. 4704/2020 (BO del 28/04/2020)*

Concordantemente con la prórroga del aislamiento social preventivo y obligatorio establecida en los decs. 325/2020 y 355/2020 **(8)**, la AFIP a su vez procede a mantener la suspensión del sistema de exclusiones del régimen de monotributo hasta el 02/05/2020.

(5) BO del 20/03/2020.

(6) BO del 19/09/2018.

(7) Régimen Simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo) BO del 06/07/1998.

(8) BO del 01/03/2020 y BO del 31/04/2020 respectivamente.

I.4.a.2. Contribuciones. Reducción

— *Dec. 300/2020 (BO del 20/03/2020)*

Dentro del marco de las medidas tomadas para enfrentar la pandemia del coronavirus y en apoyo de los establecimientos de salud, este decreto establece una reducción del 95% de la alícuota para el cálculo de las contribuciones con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino, prevista en el art. 19 de la ley 27.541 **(9)**, con respecto a los empleadores pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud, que identifica en su Anexo y que básicamente corresponden a Obras Sociales, entidades de medicina prepaga, mutuales de salud, y Servicios de hospitales entre otros **(10)**.

— *Res. gral. AFIP 4694/2020 (BO del 09/04/2020)*

Conforme a lo dispuesto por el dec. 300/2020 precedentemente reseñado, sobre la reducción de contribuciones a favor de los empleadores de servicios, establecimientos o instituciones de salud, la AFIP establece el procedimiento para aplicar dicho beneficio por los períodos devengados de los meses de marzo, abril y mayo de 2020, incorporando al sistema “Declaración en Línea” de la res. gral. AFIP 3960 y en programa aplicativo SICOSS, nuevos códigos de actividad, los que detalla, para identificar a los trabajadores de salud alcanzados por la reducción de la alícuota.

— *Dec. 332/2020 (BO del 01/04/2020)*

También mediante este decreto se establece similar beneficio de reducción de contribuciones dentro del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, disponiendo la reducción del 95% de las contribuciones patronales con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino devengadas durante el mes de abril de 2020 **(11)**, así como la postergación de los vencimientos para su pago.

(9) BO del 23/12/2019.

(10) La nómina completa resulta del Clasificador de Actividades Económica (CLAE) Res. gral. AFIP 3573 (BO del 19/12/2013).

(11) Conforme art. 6º, inc. b), dec. 332/2020.

— *Res. gral. AFIP 4711/2020 (BO del 11/05/2020)*

Consecuentemente también la AFIP dispone el procedimiento a seguir para hacer efectivos dichos beneficios, determinando que, a los efectos de la reducción de contribuciones, deberá utilizarse la versión del aplicativo SICOSS que aprueba, incorporándose las novedades al sistema Declaración en Línea de la res. gral. AFIP 3960 en forma automática.

En cuanto al beneficio de postergación de pago de las contribuciones patronales para aquellos empleadores no alcanzados por el régimen de reducción, establece para su realización fechas escalonadas desde el 15 al 17/07/2020 inclusive, de acuerdo con la terminación del CUIT de los beneficiarios.

— *Res. gral. AFIP 4712/2020 (BO del 11/05/2020)*

Asimismo, mediante esta resolución general, la AFIP prorroga el vencimiento de la presentación y pago de aportes y contribuciones con destino al SIPA, correspondiente al período devengado abril de 2020, estableciendo un cronograma para el mes de mayo del 18 al 20 inclusive en función de la terminación del CUIT de los beneficiarios.

Aclara concretamente que los empleadores incluidos dentro de la postergación del pago de contribuciones conforme a la res. gral. AFIP 4711 precedentemente reseñada, deberán ajustar sus pagos a lo allí dispuesto.

— *Res. gral. AFIP 4716/2020 (BO del 14/05/2020)*

De igual manera, con respecto a los beneficios de postergación o reducción de contribuciones y pago de salario complementario establecidos para los empleadores dentro del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, conforme a los incs. a) y b) del art. 2º del dec. 332/2020, la AFIP dispone que podrán acceder al servicio Web de dicho programa para su obtención con respecto a los salarios y contribuciones devengados durante el mes de mayo de 2020.

I.4.b. Haberes

I.4.b.1. Subsidio extraordinario

— *Dec. 309/2020 (BO del 24/03/2020)*

Implementado a fin de paliar las necesidades de los sectores más vulnerables de la sociedad

ante el impacto de la pandemia del coronavirus, el Poder Ejecutivo nacional, mediante este decreto de necesidad y urgencia dispone el pago de un subsidio extraordinario en el mes de abril de 2020 por un monto de \$3000.

Este beneficio se otorga a los titulares de prestaciones previsionales de la ley 24.241, a condición de que perciban un solo beneficio y que este no exceda el monto del haber mínimo garantizado vigente. En los casos que el monto superara dicho límite, se abonará solamente la cantidad necesaria para que alcance a percibir en total la suma de \$18.891,49.

Este subsidio se otorgará también a los beneficiarios de la Pensión Universal para el Adulto mayor, y de las pensiones no contributivas por vejez, invalidez, madres de siete hijos y a las demás pensiones graciables cuyo pago está a cargo de la ANSeS.

También dispone el acuerdo de un subsidio extraordinario por única vez a los titulares de las Asignaciones Universales por Hijo y por Embarazo para Protección Social por un monto equivalente a las sumas puestas al pago para tales prestaciones en el mes de marzo 2020.

Expresamente aclara que estos subsidios no se verán afectados por descuento alguno, así como tampoco, serán computables para ningún otro concepto.

I.4.c. Procedimientos administrativos

I.4.c.1. AFIP. Feria fiscal extraordinaria

— *Res. gral. AFIP 4682/2020 (BO del 18/03/2020)*

También dentro del marco de las medidas requeridas por la emergencia pública y económica producida por la pandemia del coronavirus, la AFIP dispuso un período de feria fiscal extraordinario, durante el cual no se computan los plazos establecidos en los distintos procedimientos establecidos para la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos a su cargo, entre los que se cuentan —en lo que aquí interesa—, los recursos de la seguridad social.

Cabe señalar que conforme a la res. gral. AFIP 1983 (12), durante los períodos anuales coincidentes con el receso o feria del Poder Judicial de la Nación se decreta la feria fiscal, suspendiéndose el cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos.

En consecuencia, y dado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la Acordada 4/2020 (13) declarando inhábiles los días 16 al 31 de marzo inclusive, de 2020, la AFIP adopta similar criterio declarando la feria fiscal por dicho período, que luego y en virtud de las subsiguientes prórrogas establecidas por la Corte Suprema (14), prorrogó a su vez mediante las siguientes resoluciones generales:

- Res. gral. AFIP 4692/2020 (BO del 02/04/2020): Feria Fiscal extraordinaria período del 1 al 12 de abril de 2020 inclusive.

- Res. gral. AFIP 4695/2020 (BO del 13/04/2020): Feria Fiscal extraordinaria período del 13 al 20 de abril de 2020 inclusive.

- Res. gral. AFIP 4703/2020 (BO del 28/04/2020): Feria Fiscal extraordinaria período del 27 al 10 de mayo 2020 inclusive.

- Res. gral. 4713/2020 (BO del 12/05/2020): Feria Fiscal extraordinaria, período del 11 al 24 de mayo de 2020 inclusive.

I.4.c.2. ANSeS

I.4.c.2.i. Atención telefónica

— Res. ANSeS 90/2020 (BO del 15/04/2020)

Conforme a las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio, y a fin de colaborar con la emergencia pública resultante de la pandemia de coronavirus, la ANSeS emite esta resolución por la cual declara a su Servicio de Atención Telefónica como esencial e indispensable para la comunidad, estableciendo un programa para su operatividad mientras subsista dicha situación, el cual desarrolla en su Anexo.

(12) BO del 21/12/2005.

(13) CS, 16/03/2020.

(14) CS, Acords. 8/2020; 10/2020; 13/2020 y 14/2020.

Para ello dispone que la línea 130 de ANSeS funcione con dos esquemas de atención: una automática diaria y otra personalizada que operará de lunes a viernes de 8 a 16 horas.

Mediante la primera se accederá a información general sobre prestaciones y programas, fecha y lugar de cobro de las prestaciones y consultas de expediente y obra social.

La atención personalizada permitirá el asesoramiento personalizado de los beneficiarios sobre montos y liquidación de sus prestaciones y créditos, así como efectuar diversos trámites y reclamos en línea.

I.4.c.2.ii. Atención virtual

— Res. ANSeS 94/2020 (BO del 02/04/2020)

Con el mismo fin implementa un sistema de “Atención Virtual”, para procurar la recepción y remisión por medios electrónicos de todo tipo de presentaciones de los interesados, el que será utilizado mediante dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio conforme a los recaudos que determina en el Anexo de la resolución.

También declara a este sistema de “Atención Virtual” como servicio esencial e indispensable para la comunidad, disponiendo, además, que todas las modificaciones de datos personales para el beneficio de Ingreso Familiar de Emergencia se efectúen a través de esa plataforma, facultando al Subdirector Ejecutivo del organismo a ampliar los trámites a gestionar por ese medio

— Res. ANSeS 201/2020 (BO del 30/04/2020)

En función de ello, mediante esta resolución se amplían los trámites a realizar utilizando el sistema de “Atención virtual”, incluyendo a los correspondientes a la Asignación Familiar por Maternidad, Asignación Familiar por Maternidad Down, rehabilitación de haberes previsionales del SIPA y al repago de haberes previsionales.

I.4.c.2.iii. Fe de vida

— Res. ANSeS 79/2020 (BO del 20/03/2020) y Res. ANSeS 95/2020 (BO del 23/04/2020)

También y en atención al cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio, con

el objeto de facilitar el cobro de las prestaciones previsionales al pago durante los meses de marzo y abril de 2020, suspende el trámite de actualización de la fe de vida, para lo cual emite la res. 79/2020, que posteriormente prorroga medianamente su Res. 95/2020 a fin de extenderla a los pagos correspondientes a los meses de mayo y junio 2020.

I.4.c.2.iv. Servicios críticos

— *Res. ANSeS 99/2020 (BO del 06/05/2020)*

Decláranse servicios críticos, esenciales e indispensables para el funcionamiento del organismo, determinadas actividades que desarrolla en su Anexo y que divide en tres grupos: a) Atención Integral que incluye presentación de documentación para las asignaciones universales para protección social y familiares, así como las requeridas para las tarifas sociales y distintos programas; b) Jubilados y Pensionados: gestión y resolución de las prestaciones previsionales y no contributivas, así como diversos trámites como reconocimiento de servicios, reclamo de haberes impagos solicitud de reajustes y otros, y c) Unidad de Atención Móvil (UDAM), que atenderá lo referente a inscripción del Ingreso Familiar de Emergencia, e información general sobre prestaciones y programas, incluyendo consultas de liquidación de diferentes beneficios, cambios de boca de pago y empadronamiento y actualización de datos de Obra Social.

I.4.c.3. Ley Nacional de Procedimientos administrativos. Prórrogas

— *Dec. 298/2020 (BO del 20/03/2020)*

En atención a las exigencias que plantea la emergencia pública establecida por la ley 27.541 a consecuencia de la pandemia de coronavirus, mediante esta norma se dispone la suspensión hasta el 31 de marzo de 2020, de los plazos de los procedimientos administrativos reglado por la ley 19.549 **(15)**, a fin de resguardar los derechos y garantías de los interesados, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.

(15) Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. BO del 27/04/1972.

Posteriormente se sucedieron diversas prórrogas que mantuvieron esta suspensión mediante el dictado de los siguientes decretos:

- Dec. 327/2020 (BO del 31/03/2020),

- Dec. 372/2020 (BO del 14/04/2020),

- Dec. 410/2020 (BO del 27/04/2020) y

- Dec. 458/2020 (BO del 11/05/2020) que extendió la suspensión hasta el 24 de mayo de 2020.

I.4.d. Regímenes especiales

I.4.d.1. Magistrados y Funcionarios (ley 24.018) y Servicio Exterior (ley 22.731)

— *Ley 27.546 (BO del 06/04/2020)*

Mediante esta norma se modifican dos regímenes especiales vigentes de larga data: el referido a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación establecido en el cap. II de la ley 24.018 **(16)**, y el régimen jubilatorio especial para los funcionarios del servicio exterior de la Nación de la ley 22.731 **(17)**.

Con respecto al régimen de magistrados y funcionarios de la ley 24.018, las modificaciones más relevantes consisten en la modificación del requisito de edad para acceder al beneficio, que, se asimila a las establecidas en el régimen general de la ley 24.241, esto es 60 años de edad para las mujeres y 65 para los hombres.

En cuanto a los servicios requeridos también se modifican, exigiéndose 30 años de servicios de los cuales como mínimo de diez años de servicios continuos o quince discontinuos correspondan al desempeño en alguno de los cargos incluidos en la ley —detallados en su Anexo **(18)**—, siempre que se encontraren en

(16) BO del 18/12/1991.

(17) BO del 08/02/1983.

(18) Que agrupa en tres categorías: a) Magistrados y Funcionarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) Magistrados y Funcionarios de otras instancias del Poder Judicial de la Nación de todos los fueros, incluyendo el electoral y c) Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal.

su ejercicio al momento de cumplir los demás requisitos para la obtención del beneficio.

No obstante, uno de los cambios más relevantes consiste en la nueva fórmula para el cálculo de los haberes y la movilidad, que deja de lado la aplicación del 82% sobre la remuneración del cargo desempeñado al cese, sustituyéndolo por el 82% del promedio de las últimas 120 remuneraciones actualizadas percibidas durante el período inmediato anterior al cese definitivo, y que seguirán la movilidad de estas.

Ello se aplica también para el caso del cálculo de los haberes de la jubilación por invalidez, tal como resulta de la modificación del art. 30 de la ley 24.018.

También modifica el monto de los aportes personales de los funcionarios y magistrados amparados en este régimen especial, determinando que será equivalente al establecido en el régimen general de la ley 24.241 (11%), más siete puntos porcentuales —con lo cual ascenderán al 18%—, aplicable sobre el total de la remuneración percibida en el desempeño de sus funciones.

Otro de los cambios que introduce la norma en el régimen se refiere al acuerdo de las pensiones en caso de fallecimiento del titular que remite al régimen general de la ley 24.241 disponiendo expresamente la aplicación de su normativa para definir los derechohabientes, y proceder al cálculo del haber (19).

Con respecto a las modificaciones introducidas en el régimen especial para funcionarios del servicio exterior de la ley 22.731 —en forma análoga a la establecida para el cálculo del haber en el caso de la ley 24.018—, dispone que este será equivalente al 82% del promedio de las últimas ciento veinte [120] remuneraciones actualizadas, sujetas a aportes y contribuciones, percibidas durante el período inmediato anterior al cese definitivo en el desempeño de las funciones amparadas en el régimen especial enumerada en el art. 1°. En cuanto a la movilidad se limita a enunciar su aplicación.

De análoga manera modifica el cálculo para la determinación del haber inicial de la jubilación

por invalidez y de las pensiones, e incrementa los aportes personales de los funcionarios amparados en el régimen en 7 puntos sobre el porcentual del 11% establecido por la ley 24.241 del régimen general aplicable.

Finalmente, la ley dispone con respecto a ambos regímenes que la Secretaría de Seguridad Social elaborará anualmente un informe sobre su sustentabilidad económica, financiera y actuarial para su consideración por la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social del Congreso de la Nación (20).

— Dec. 354/2020 (BO del 09/04/2020)

Concordantemente con las modificaciones introducidas por la ley 27.546 al régimen especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la ley 24.018, que hemos reseñado brevemente, se dispone la transferencia a la ANSeS de las funciones que cumplía el Consejo de la Magistratura de la Nación, con respecto a la liquidación y pago de los beneficios otorgados por la ley 24.018, conforme lo disponía el dec. 109/1976 (21), que se deroga.

— Res. SSS 10/2020 (BO del 14/05/2020)

Precisa algunos aspectos de las modificaciones de la ley 24.018 y de la ley 2731, introducidas por la ley 27.546, entre las que cabe señalar las referentes al ámbito de aplicación personal de la ley 24.018, dónde reitera que comprende a los magistrados y funcionarios del Ministerio Público de la Nación, así como a los de jurisdicciones locales cuyos regímenes previsionales fueron transferidos a la Nación, excluyendo a aquello que ejercen funciones auxiliares o de apoyo, no vinculadas directamente a la administración de justicia.

Sobre este tema dispone que las modificaciones que se efectúen o se hayan efectuado en la estructura escalafonaria deberán ser convalidadas por la Secretaría de Seguridad Social, a efectos de poder incluir a los magistrados y funcionarios recategorizados en el régimen especial de la ley 24.018.

Con respecto a este régimen, también cabe señalar lo referente a las pautas para la deter-

(19) Arts. 53 y 98 de la ley 24.241.

(20) Ley 27.546, art. 14.

(21) BO del 23/01/1976.

minación de haber inicial y la aplicación del mecanismo de *prorrata tempore* para el caso de aquellos funcionarios que no acreditaran la totalidad de los servicios requeridos en los cargos incluidos en la ley, a fin determinar el haber de la prestación, así como la definición de las incompatibilidades y la exención para el caso del acuerdo de jubilación por invalidez y de pensión de los recaudos de regularidad.

Esta resolución contiene similares disposiciones con respecto al régimen de la ley 22.731, entre las que cabe destacar una más estricta delimitación del ámbito de aplicación personal de la ley, que solo alcanza a los funcionarios designados en los cargos incluidos en esta con anterioridad a la vigencia de la ley 27.546, estableciendo expresamente que quienes sean designados con posterioridad quedan comprendidos “ineludiblemente” en el régimen general de la ley 2.4241 (22).

Con respecto al tema de ley aplicable en el caso de ambos regímenes, establece que quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 27.546, tuvieran cumplidos los requisitos de edad y servicios para acceder al beneficio exigidos por las normas que se modifican, “conservarán sus derechos en los términos del segundo párrafo del art. 161 de la ley 24.241” (23), que como se recordará establece que si bien el derecho a la jubilación se rige por la ley vigente al cese en la actividad “si a lo largo de la vida laboral, el solicitante cumpliera los extremos necesarios para la obtención del beneficio por un régimen diferente, podrá solicitar el amparo de dicha norma...”

1.5. Ley de Riesgos de Trabajo

1.5.a. Comisiones médicas

— Res. SRT 40/2020 (BO del 30/04/2020)

Con carácter provisorio, y dentro de las medidas para facilitar el cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020 (24), la Superintendencia de Riesgos del Trabajo dispone que los trabajadores damnificados o sus derechohabientes, podrán llevar a cabo presentaciones ante la Co-

misión Médica Central (CMC) y las Comisiones Médicas Jurisdiccionales (CMJ) a través del módulo “Trámites a Distancia” (TAD) del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) en los casos donde se requiera definir el carácter profesional de la afección, o resolver divergencias con respecto a las prestaciones o al Alta del trabajador.

También prevé que en el caso de requerirse —justificadamente—, audiencias de examen médico, la citación se remitirá al domicilio electrónico constituido del trabajador y deberá contener la habilitación expresa para transitar en un día y durante una franja horaria determinada.

Aclara que en estos casos no se aplicará la opción de competencia, correspondiendo esta en forma exclusiva a la Comisión Médica Jurisdiccional del domicilio del trabajador damnificado.

1.5.b. Enfermedad profesional

— Dec. 367/2020 (BO del 14/04/2020)

Establece que la enfermedad producida por el COVID-19, se considerará con carácter presuntivo como enfermedad profesional, no incluida en el listado de ley, en el caso de los trabajadores que se desempeñen en relación de dependencia en actividades declaradas esenciales y por lo tanto exentos del cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020, presunción que se mantendrá mientras este se encuentre vigente, teniendo en cuenta sus sucesivas prórrogas.

Por tanto, dispone que las ART, al tomar conocimiento de la denuncia acompañada del diagnóstico confirmado por autoridad competente, deberán cubrir esta contingencia proveyendo de forma inmediata al trabajador afectado, de las prestaciones previstas por el régimen de riesgos del trabajo conforme a la ley 24.557 y complementarias.

La determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad quedará a cargo de la Comisión Médica Central, que procederá a confirmar la presunción, estableciendo concretamente que, en el caso de los trabajadores de la salud, se presume la relación directa e inmediata de esta con la labor que efectúan. Esta presunción, así como la establecida para los tra-

(22) Anexo II, apart. 5º de la res. SSS 10/2020.

(23) Conforme Anexo I, apart. 11 y Anexo II, apart. 7º.

(24) BO del 20/03/2020.

bajadores en general, registrará hasta los 60 días de finalizado el aislamiento social y el financiamiento de las prestaciones a otorgar para su cobertura se imputará en su totalidad al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales.

Finalmente establece que esta normativa se aplicará a aquellos casos en que la primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del dec. 279/2020, esto es a partir del 20/05/2020.

— *Res. SRT 38/2020 (BO del 29/04/2020)*

A consecuencia del dictado del dec. 367/2020, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo emite esta resolución, mediante la cual determina los procedimientos a seguir para su cumplimiento, detallando los requisitos y trámites para efectivizar la denuncia de la contingencia, la actuación ante la Comisión Médica Central para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad y el dictamen correspondiente, así como los recaudos para la imputación al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales del costo de las prestaciones en especie y dinerarias otorgadas.

Asimismo, define el concepto de trabajadores de la salud, aunque aclara que su enunciado es meramente declarativo, incluyendo personal médico, de enfermería, y auxiliares, tales como camilleros chóferes de ambulancias, personal de limpieza entre otros, y en general todas aquellas actividades desarrolladas en cumplimiento de tareas asistenciales en los tres niveles de atención (guardia, internación y terapia intensiva).

I.5.c. Prevención

I.5.c.1. ART. Coronavirus. Afiche informativo

— *Res. SRT 29/2020 (BO del 21/03/2020)*

Establece la obligación de las ART de proveer gratuitamente a sus empleadores afiliados un modelo de afiche informativo sobre medidas de prevención específicas para el COVID-19, para lo cual en Anexo adjunta el modelo digital aprobado a utilizar.

Dicho afiche será de exhibición obligatoria por parte de los empleadores, debiendo exponerse al menos uno por establecimiento en lu-

gares destacados para facilitar su visualización por los trabajadores.

Esta obligación atañe también a los empleadores autoasegurados y a las ART Mutuales.

I.5.c.2. Manipulación de productos cárnicos. Plazos

— *Res. SRT 43/2020 (BO del 13/05/2020)*

Mediante la res. SRT 13/2020, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo estableció una serie de medidas preventivas para evitar los riesgos que implican para el trabajador las tareas habituales de las empresas dedicadas al faenamiento de ganado y su industrialización, así como las de transporte y distribución de sus productos, imponiendo la obligación de utilizar para ello medios mecánicos adecuados, preservando la integridad física de los trabajadores, principalmente en la carga y descarga de los productos, así como el registro de su mantenimiento, obligaciones estas exigibles a partir de los 60 días de su publicación el Boletín Oficial, o sea a partir del 30/01/2020.

En atención a la situación de emergencia por la pandemia de COVID-19 y el aislamiento social preventivo y obligatorio implementado en consecuencia, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo procede a suspender por el plazo de 60 días la exigencia de las obligaciones impuestas por la citada res. 13/2020, estableciendo que tal medida entrara en vigencia a partir de su publicación en Boletín Oficial.

I.6. Salud

I.6.a. COVID-19. Notificación obligatoria

— *Res. MS 680/2020 (BO del 31/03/2020)*

El Ministerio de Salud mediante esta resolución, incorpora al régimen legal de las enfermedades de notificación obligatoria, la COVID-19, en función de lo cual dispone la aplicación de las estrategias de vigilancia clínica y de laboratorio con notificación individual y periodicidad inmediata (12 horas).

La obligación de notificación en todas sus etapas, desde la sospecha del caso hasta el seguimiento de su evolución, comprende a los

médicos que asisten pacientes en establecimientos de salud, a los profesionales de laboratorios que estudien muestras de casos y las respectivas autoridades de estos establecimientos sean de gestión pública o privada, así como a las autoridades sanitarias provinciales y municipales.

Aclara expresamente que esta obligación es de carácter solidario entre todos los sujetos obligados, y la notificación deberá ser canalizada a través de la plataforma informática del Sistema Nacional de Vigilancia de la Salud (SNVS), para lo cual aprueba la “Guía para la Vigilancia Epidemiológica de COVID-19” y el “Instructivo para la Notificación de COVID-19 en el SNVS” que incorpora en sus Anexos I y II.

I.6.b. Obras sociales y medicina prepaga. Afiliación

— *Res. SSSalud 309/2020 (BO del 09/04/2020)*

Dentro del marco de la pandemia de coronavirus, la Superintendencia de Servicios de Salud, dispone que los Agentes del Seguro de Salud y las entidades de Medicina Prepaga deberán incorporar de manera provisoria, a los hijos de sus afiliados titulares nacidos a partir del 20 de febrero de 2020, por el término de hasta cuarenta y cinco días posteriores al cese del período de aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020 y sus sucesivas prórrogas.

Dicha incorporación se efectivizará con la presentación de la Partida de Nacimiento o Certificado Médico de Nacimiento expedido por el establecimiento médico asistencial de gestión pública o privada suscripto por el profesional habilitado que hubiere atendido el parto, o cualquier otro instrumento que permita tener por acreditado el nacimiento, salvo que la obra social o la entidad de medicina prepaga hubieran cubierto el parto, en cuyo caso no se requiere la presentación de documentación alguna.

Una vez finalizado el aislamiento social obligatorio, los afiliados deberán tramitar ante la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas, el Documento Nacional de Identidad (DNI) del menor y presentarlo antes del vencimiento del plazo de 45 días posteriores a su le-

vantamiento, a la entidad correspondiente, la cual, en caso contrario, podrá disponer la suspensión provisorio de la afiliación hasta tanto se presente la documentación requerida.

I.6.c. Provisión medicamentos uso crónicos

— *Res. SSSalud 281/2020 (BO del 02/04/2020)*

También dentro del marco del aislamiento social preventivo y obligatorio, la Superintendencia de Servicio de Salud dispuso que mientras este dure, los agentes del Seguro de Salud y las entidades de Medicina Prepaga deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la provisión de medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas a sus afiliados, para lo cual se entenderán prorrogadas de pleno derecho las prescripciones de medicamentos de uso crónico, por el plazo que este dure y hasta treinta días posteriores a su finalización.

II. Jurisprudencia

II.1. Previsión social

II.1.a. Haberes. Reajuste

II.1.a.i. Sumas no remunerativas. SAC. Índices. PBU. Intereses

CFed. Seg. Social, sala II, 25/09/2019, “Promenzio, Luis J. c. ANSeS s/ reajustes varios”

Se plantean en el caso diversas cuestiones todas ellas referidas al cálculo de la prestación previsional, que motivaron la apelación de la resolución recaída en primera instancia, tanto por la actora como por la demandada.

En efecto, en primer lugar, la actora se agravia de por cuanto el Juez interviniente no se expidió sobre la incorporación al haber de las sumas no remunerativas percibidas en actividad, así como del Sueldo Anual Complementario, y tampoco sobre la actualización de la PBU, planteando también la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 27.426 de Movilidad.

Con respecto a la inclusión de las sumas no remunerativas en el cálculo de haber, el tribunal señala que no habiendo sido controvertida por la demandada su percepción por el actor, corresponde expedirse sobre la procedencia de su

cómputo para la determinación del haber original de la prestación.

Para ello el sentenciante, recuerda que la ley 24.241 en su art. 6º enumera los conceptos que integran la remuneración, considerando tales “todo ingreso que percibiere el trabajador en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria”, definición esta cuya amplitud solo está limitada por su art. 7º que, a continuación, determina los conceptos que se encuentran excluidos, señalando que por tanto toda suma que perciba el trabajador con motivo de su desempeño debe considerarse remunerativa, salvo que se demuestre una excepción a esta regla: “En principio, solo se reconoce como excepción aquel importe que representa un gasto efectivo o presumido como tal, o el conceptuado como beneficio social que atiende, más que a la retribución por el trabajo, a mejorar la calidad de vida del trabajador”.

En el caso, determina que los rubros percibidos por el actor bajo la denominación de no remunerativos, incrementaron su haber de actividad y por tanto deben incluirse en el cálculo del monto inicial de su prestación.

Por tanto y teniendo en cuenta que el régimen previsional es contributivo y solidario, sobre estas sumas, deberá efectuarse el correspondiente cargo por aportes omitidos, los que serán descontados del monto del haber que en consecuencia se liquide.

Por el contrario rechaza el reclamo por la inclusión del Sueldo Anual Complementario, dado que este si bien es un complemento de las remuneraciones que percibe el trabajador, la ley 24.241 lo excluye expresamente del cálculo del haber ya que “[...] su incorporación implicaría reconocer trece sueldos a dividir por doce períodos mensuales y a lo obtenido garantizarle el pago del aguinaldo sobre él computado, lo que importaría un exceso que no puede ser convalidado (CS, Fallos: 296:207; 296:207)”.

Con respecto al agravio por la falta de actualización de la Prestación Básica Universal, ratifica en este punto el fallo recurrido, remitiéndose a lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Quiroga, Carlos A. c. ANSeS s/ reajustes varios” (Fallos 337:1277), donde estableció que

debía considerarse que incidencia en el total del haber inicial tuvo la falta de incremento de uno de sus componentes —la PBU—, y de haberse producida una merma, verificar si esta resulta confiscatoria.

“En consecuencia, este análisis sobre la suma final a la que ascendería la PBU, deberá efectuarse —tal como lo dispuso el Alto Tribunal en el precedente ‘Quiroga, Carlos Alberto’— al tiempo de practicarse la liquidación de la sentencia, ocasión en la cual recién se podrá determinar si la insuficiente actualización de la Prestación Básica Universal produce una disminución confiscatoria del “total del haber inicial” del actor, con relación a la ‘situación de los trabajadores activos’ (v. consid. 10), en cuyo caso el juez deberá escoger el mecanismo adecuado para repararla, en procura de alcanzar la justa proporción a la que se refiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el consid. 9º de este fallo”.

Con respecto al planteo de inconstitucionalidad de la ley 27.426 que estableció nuevos índices y procedimiento de movilidad, lo rechaza por inadmisibles dado que no fue introducido tardíamente, razón por la cual no pudo ser resuelto en la instancia anterior.

También rechaza el pedido de inconstitucionalidad del art. 35 de la ley 24.241, debido a que el actor no superó el límite de 35 años impuesto por la norma, por lo que resulta abstracto expedirse sobre el tema citando Fallos 335: 2333; 331: 2353; 329: 5068.

En cuanto a los agravios de la demandada, la pretensión de que se aplique el índice RIPTE (Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables) en vez del ISBIC (Índice de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción) como pauta de movilidad para la determinación del haber inicial de la prestación, advierte que este fue establecido por la ley 27.269 para actualizar los haberes y cancelar lo adeudado en tal concepto a los beneficiarios que adhirieran en forma voluntario al Programa Nacional de Reparación Histórica, mediante acuerdos transaccionales suscriptos con la Administración Nacional de Seguridad Social.

Y como lo señalara uno de los más preclaros civilistas argentinos, “... la transacción implica

sustancialmente un reconocimiento parcial y una renuncia parcial de derechos. En otras palabras, se renuncia parcialmente a un derecho para obtener el reconocimiento y consolidación del resto de la pretensión” (v. BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil — Obligaciones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 8ª ed. actualizada, t. I, p. 553).

En consecuencia, y no constando en autos ni fue alegado por ninguna de las partes que el actor haya adherido a dicho Programa, suscribiendo el acuerdo transaccional, resulta improcedente aplicar sus disposiciones a un tercero ajeno a este.

Por el contrario, sostiene que “El índice de actualización ratificado por la Corte Suprema en los precedentes 'Elliff' y 'Blanco' se ajusta a su inveterada doctrina sobre la garantía constitucional de movilidad (CN, art. 14 bis), por lo que no parece razonable ni justo sustituirlo por otro índice que es una mera secuela de la renuncia de derechos litigiosos de la transacción que reglamenta la ley 27.260 [v. Cód. Civ. y Com., art. 1643] y que, además, no resulta consubstancial con esta doctrina”.

Señala, además que, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la garantía constitucional de la movilidad se funda en los principios de proporcionalidad y de substitutividad (art. 14 bis de la CN), que obligan a establecer una tasa de sustitución razonable a aplica para la determinación del haber y su posterior movilidad.

“En orden a lo anterior, no parece justo ni equitativo sustituir el índice elegido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como pauta de actualización de los haberes devengados, por otro que representa una mera secuela de la renuncia de derechos litigiosos que toda transacción entraña y que, por otra parte, no resulta consubstancial con esta doctrina constitucional”.

Por lo cual rechaza tal pretensión, resolviendo que las remuneraciones devengadas hasta el mes de febrero de 2009 inclusive, se actualizarán por el ISBIC y las posteriores conforme al índice combinado establecido en el art. 2º de la ley 26.417 de Movilidad.

Finalmente y en lo que atañe a la tasa de interés aplicada, revoca lo resuelto en primera instancia: “Con respecto a la tasa de interés que corresponde aplicar sobre las diferencias adeudadas, la imposibilidad legal de utilizar mecanismos de actualización monetaria en períodos de alta inflación, sumado a ello la naturaleza alimentaria que ostenta el crédito previsional reclamado, torna necesario establecer una tasa de interés que compense razonablemente la imposibilidad del uso del dinero, la pérdida de su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo y asegure al acreedor la integralidad de su crédito (*idem*, CNTrab., acta 2658 del 08/11/2017), lo cual solo puede lograrse mediante la tasa activa de la cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días, que publica el Banco de la Nación Argentina” (v. CFed. Seg. Social, sala II, 'Hermida, Eduardo c. ANSeS s/ reajustes varios', sentencia del 2 de mayo de 2016”).

En consecuencia y conforme a lo expuesto, se revoca parcialmente la resolución recurrida con costas por su orden.

II.1.a.ii. Mínimo legal. Acción de amparo. Procedencia. Costas

CFed. Seg. Social, sala I, 08/11/2019, “Tossi, Carlos M. c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos”

En el caso la actora recurrió a la vía del amparo a fin de lograr que le fuera reconocido el derecho a la percepción del haber mínimo legal establecido por el régimen previsional, aun cuando percibiera su prestación bajo la modalidad de Renta Vitalicia Previsional que seleccionara durante la vigencia del régimen de capitalización.

Tal pretensión fue favorablemente acogida en primera instancia ordenando el *a quo* a la ANSeS que procediera a reajustar el haber del beneficio y abonar los haberes resultantes, con más sus intereses y costas a su cargo.

La ANSeS apela de dicha decisión, cuestionando, además, la procedencia de la vía elegida, tomando intervención la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que en primer lugar se aboca a resolver sobre la admisibilidad de la acción de amparo interpuesta.

Al respecto se expide rechazando el agravio de la demandada conforme al criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Toloza” (Fallos 335:794), sustancialmente análogo al caso planteado, en el cual el Alto Tribunal resolvió que corresponde la vía del amparo “cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, situación que se advierte si el apelante —exafiliado que contrató una renta vitalicia cuyo monto percibido es inferior al haber mínimo— acreditó la verosimilitud de la lesión a sus derechos que, en atención a la naturaleza de los daños invocados que afectan al de su propia subsistencia, solo podrán alcanzar una protección ilusoria —por las vías ordinarias, y el perjuicio que supondría, por otro lado, para el interesado un eventual reinicio de la causa”.

En cuanto al planteo de la demandada sobre el plazo de la caducidad de la acción de amparo que habría transcurrido, también lo rechaza, por cuanto señala que el art. 2º, inc. e) de la ley 16.968, al disponer que la acción deberá ser presentada dentro del plazo de quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse, es inaplicable al caso, ya que “dicho plazo no puede constituir un obstáculo insalvable cuando no se enjuicia un único acto de autoridad administrativa sino una infracción continuada”.

Cita en apoyo de su postura lo resuelto por la CS en el caso “Etchart, Fernando M. c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos” (Fallos 338:1092).

También se apoya en dicho precedente para resolver la cuestión de fondo esto es, el derecho de la actora a percibir las diferencias necesarias para que su haber alcance el monto del mínimo legal vigente, señalando que tal como el Alto Tribunal señalara en el citado caso: “[...] que atento el propósito de la ley 26.425 que asegura a los beneficiarios del derogado régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que los deparados por el régimen previsional público al resto de los jubilados, no resulta razonable privar al actor —que percibe una jubilación íntegramente financiada por fondos privados que, al haber tenido exiguos incrementos, ha quedado por debajo del mínimo legal— del mínimo de ingresos garantizado por el Estado Nacional

al resto de los pasivos comprendidos en el sistema único de jubilaciones por lo que corresponde reconocer su derecho a percibir de la ANSeS las sumas necesarias para que su prestación alcance dicho mínimo vital”.

Por tanto, corresponde al Estado en cumplimiento del mandato del art. 14 bis de la CN, asegurar el monto adecuado de las prestaciones previsionales, confirmando en consecuencia sobre este punto el fallo apelado.

Con respecto a la tasa de interés aplicable —también cuestionada por el organismo demandado—, dispone la aplicación de la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina conforme a lo resuelto reiteradamente por la Corte Suprema (Fallos 3030:1769, 311:1644, entre otros).

Finalmente, y con respecto a las costas impuestas, señala que reiteradamente ha sostenido que la ley 16.986 crea un régimen procesal integral, y regula específicamente este tema, estableciendo en su Art. 14 como regla la imposición de las costas al vencido y “En tanto esta disposición normativa mantiene plena vigencia, y la conducta de las accionadas no se adecuó a la eximente por ella consagrada, no existe razón alguna para que no deban soportar las costas del juicio. En igual sentido se ha expedido la CS, *in re* ‘De la Horra, Nélida c. ANSeS’, D. 296. XXXIII, del 16/03/1999”.

Por todo ello, confirma la sentencia apelada y también impone las costas a la demandada vencida en esta instancia.

II.2. Riesgos del trabajo

II.2.a. Accidente Laboral. Competencia. Distinta jurisdicción

CS, 17/03/2020, “Carabajal, Eleodoro E. c. L. y F. Construcciones s/ accidente - ley especial”.

Se plantea en el caso un conflicto de competencia entre magistrados de distintas jurisdicciones resultante de la demanda interpuesta por la actora contra su empleadora y contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, a fin de obtener el resarcimiento de su incapacidad, derivada del accidente laboral ocurrido en Salta, invocando las disposiciones de la ley 24.557 de

Riesgos del Trabajo y del Código Civil y Comercial sobre reparación del daño.

Asimismo, cuestionó lo actuado por las comisiones médicas y planteó la declaración de inconstitucionalidad del art. 46 de la ley 24.557 y de los decs. 334/1996 y 472/2014.

Cabe señalar que la actora, haciendo uso de la opción que le otorga la Ley de Riesgos del Trabajo, interpuso su acción por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 9, eligiendo la jurisdicción del domicilio de la aseguradora codemandada, sito en la Capital Federal, cuestión esta que —como lo señalara la Procuración Fiscal en su dictamen al que adhirió el Alto Tribunal—, no fue cuestionada por la accionada al contestar la demanda.

La jueza a cargo del Juzgado de Trabajo N° 6 de Salta, en los autos “L. y F. Construcciones SA s/ incidente de 1ª instancia” (expte. 44.328/19), se declaró competente para entender en las actuaciones, pidiendo al Juzgado Nacional su remisión, con fundamento en que la relación de empleo se desarrolló en Salta donde se domicilia el trabajador y dónde ocurrió el accidente, señalando, además, que resulta decisivo para fijar la competencia, el hecho de que el empleador demandado también tiene allí su domicilio.

Por su parte, la jueza nacional ante la cual se interpuso la acción, rechazó la inhibitoria con fundamento en que el art. 24 de la ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Laboral, establece la opción a favor del trabajador de presentar su reclamo ante la jurisdicción correspondiente al domicilio de la aseguradora codemandada, ubicado en la Capital Federal.

Planteada así la situación, y elevados los autos a conocimiento de la Corte Suprema, toma intervención la Procuración que en su dictamen estima que —si bien no se ha cumplido debidamente con los pasos procesales correspondientes conforme lo exige el art. 10 del Cód. Proc. Civ. y Com. sobre trámite de la inhibitoria—, razones de economía procesal autorizan a que el Alto Tribunal, conforme a sus atribuciones, se expida sobre el conflicto de competencia suscitado.

Y para ello, expidiéndose sobre el conflicto de competencia planteado remite a lo resuelto por la Corte con fecha 09/05/2011, en autos “Pagés, Juan E. c. UTE Tartagal Garín; Juan P. Romero Igarzabal SRL y otros s/ accidente - acción civil”, donde se recordó que en estos casos debe estarse a las disposiciones de las leyes nacionales de procedimientos, y que resulta aplicable el art. 24 de la ley 18.345, conforme a la postura sostenida por la jueza a cargo del Juzgado Nacional de Trabajo al sostener su competencia rechazando la inhibitoria.

Señala en su dictamen que: “Los conflictos de competencia entre jueces de distinta jurisdicción deben ser resueltos por aplicación de las leyes nacionales de procedimientos (CS, Fallos: 330:1623, ‘Mega SRL’, 330:1629, ‘Pirelli Neumáticos’), y que en los juicios derivados de contratos laborales entre particulares es aplicable el art. 24 de la ley 18.345, que dispone la competencia, a elección del actor, del juez del lugar del trabajo, el del lugar de celebración del contrato o el del domicilio del demandado”.

Por su parte el Alto Tribunal, toma intervención adhiriendo al dictamen de la Procuración General, y en primer lugar destaca: “Que, pese a las deficiencias procesales del presente trámite, tal como lo advierte el señor Procurador Fiscal en el punto I de su dictamen, razones de celeridad, economía procesal y mejor administración de justicia, tornan aconsejable dirimir el conflicto”.

En consecuencia y conforme a lo dictaminado por el Procurador Fiscal, resuelve declarar competente para conocer en las actuaciones al Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 9, disponiendo que se le remitan las actuaciones por intermedio de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, lo cual se hará saber al Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 6 de la Ciudad de Salta, Provincia de Salta.

II.2.b. Comisiones Médicas. Procedimiento. Inconstitucionalidad

CNTrab., sala X, 16/10/2019, “López, Darío J. c. Galeno ART SA s/ accidente”

El actor cuestiona lo establecido por la ley 27.348, en cuanto dispone la intervención de

las comisiones médicas como procedimiento previo y obligatorio en la instancia administrativa, a fin de reclamar las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, solicitando se declare su inconstitucionalidad, alegando la violación al debido proceso legal garantizado por la Constitución Nacional en cuanto habilita a los profesionales médicos integrantes de dichas comisiones a pronunciarse sobre temas ajenos a su competencia profesional.

La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones el Trabajo, toma intervención en su carácter de Tribunal de Alzada, y abocándose al fondo del asunto señala en primer lugar que la ley 27.348 es aplicable al caso, ya que esta contiene no solo disposiciones de fondo, sino procesales, que a diferencia de las anteriores rigen a la fecha —en el caso agosto de 2018—, en que se interpone la demanda.

Sentado este principio, señala que, en un caso similar, autos “Corvalán, Héctor E. c. Swiss Medical ART SA s/ accidente-ley especial” en sentencia de fecha 30/08/2017, la sala, luego de un detenido examen de las normas en juego declaró la inconstitucionalidad, no de la ley 27.348, sino de la res. 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en cuanto estableció un procedimiento administrativo en el cual otorgaba facultades a las comisiones médicas ajenas a su competencia.

Por tanto afirmó que: “la reglamentación había exorbitado la facultad conferida en el art. 3º por la Ley 27.348 en la medida en que si bien el legislador al sancionar la Ley 27.348 adoptó un razonable tránsito previo y obligatorio con una instancia administrativa ante las comisiones médicas jurisdiccionales y la Comisión Médica Central, motivaba la afectación constitucional al debido proceso legal la arbitraria e inconstitucional reglamentación que cristalizaba la Superintendencia de Riesgos del Trabajo con el dictado de la res. 298/2017 al determinar un procedimiento según el cual los médicos que integran esos organismos estaban habilitados para pronunciarse sobre temas ajenos a su saber profesional, lo cual implicó dotarlos de atribuciones que competen a los jueces según las leyes adjetivas, tal como la Ley Orgánica 18.345, aunque, sin los conocimientos jurídicos para ello”.

No obstante, señala que, a poco de haberse dictado dicho fallo, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo dictó la res. 899-E/2017, modificando la citada res. 298/2017, estableciendo que los profesionales médicos carecen de atribuciones para intervenir en cuestiones jurídicas, correspondiendo que estas sean evaluadas y resueltas por el Secretario Técnico Letrado integrante de la Comisión, deslindando en consecuencia la labor en sede administrativa de ambos profesionales.

Concluye pues el Tribunal: “que con el dictado de la resolución 'aclaratoria' 899-E/2017 (en realidad 'modificatoria') resultan de momento superadas las objeciones acerca de la constitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio y previo de acceso al reclamo judicial pues mantiene en sus respectivas áreas a los profesionales del derecho y a los de la medicina, subsanando de tal manera las falencias de la anterior resolución 298/2017 en lo concerniente a los derechos y garantías que ella lesionaba, tal como así lo expresó claramente esta sala en el caso 'Corvalán' puntualizado al comienzo de estos considerandos”.

En consecuencia, resuelve rechazar el recurso interpuesto por el actor, con costas por su orden.

II.2.c. Prestaciones. Incumplimiento. Sanciones

CNCom., sala B, 28/02/2020, “Superintendencia de Riesgos del Trabajo c. Gobernación de la Provincia de Buenos Aires s/ organismos externos”

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo impuso a la Gobernación de la Ciudad de Buenos Aires —empleador autoasegurado—, una multa de 35 Mopres, por no haber proveído en tiempo y forma las prestaciones en especie que, conforme a la Ley de Riesgos del Trabajo correspondían a su trabajadora afectada por la contingencia ocurrida en el desempeño de sus funciones.

En efecto, tal como expresa el fallo, el médico tratante indicó con fecha 21/12/2016 la realización de una resonancia magnética, la cual fue realizado el 19/01/2017 siendo evaluado su resultado el día 27/01/2017, es decir

habiendo transcurrido 37 días corridos desde su indicación.

Contra dicha resolución se alza la demandada, alegando la inconstitucionalidad de la res. SRT 10/1997 que establece las sanciones a aplicar en casos de incumplimientos de estas obligaciones, a más de alegar que dichas sanciones no pueden recaer sobre organismo de naturaleza pública, aplicándose un criterio meramente formal, ya que no se produjo perjuicio a la trabajadora.

El Tribunal de Alzada analiza los agravios, y en primer lugar con respecto al pedido de declaración de inconstitucionalidad, lo rechaza señalando que: “No procede declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues esto constituye la última ratio del orden jurídico y requiere no solo la aserción de existir un agravio, sino de su comprobación en el caso concreto”.

En cuanto al argumento de la improcedencia de sanciones contra entes de naturaleza pública, también lo rechaza como carente de toda seriedad, expresando que: “Las defensas opuestas con relación en el alcance obligatorio y al carácter de persona pública de la recurrente —relaciones interadministrativas— en virtud de las cuales no serían susceptibles de multa, no eximen de responsabilidad, ya que al actuar en el ámbito del sistema de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, tiene idénticas obligaciones que el resto de los afectados, quedando sujeta a la supervisión y fiscalización de la SRT”.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo, posee las facultades legales para establecer las obligaciones y los preceptos que regulan la actividad de las aseguradoras y en el caso no se trata de sancionar incumplimientos formales sino del incumplimiento específico de obligaciones que afectan a los trabajadores, tal como no brindar las prestaciones especie a su cargo de manera oportuna, para lo cual es obligación de la demandada de disponer de los medios necesarios para que esta se concreten en tiempo oportuno.

“Una interpretación en otro sentido, resultaría contradictoria con las facultades de control y de corrección que la ley atribuye al organismo

superintendencial, que resultarían desvirtuadas si careciera de poder coactivo”.

Desecha por otro lado el argumento de que la prestación fue otorgada y que la demora no generó perjuicio a la trabajadora por lo cual la sanción resulta exagerada, ya que el tribunal entiende que: “En ese contexto, cabe destacar que las actitudes omisivas deben considerarse faltas graves que afectan de modo directo al trabajador, y son, además, disfuncionales al sistema de riesgos de trabajo y al interés general por el cual los Magistrados deben velar”.

Por todo ello confirma la multa aplicada.

II.3. Salud

II.3.a. Medida cautelar. Habilitación de feria. Pandemia

CNFed. Civ. y Com., Sala Feria “A”, 22/04/2020, “K. S. c. Centro Médico Pueyrredón SA s/ amparo de salud”

La actora solicita habilitación de feria ante el incumplimiento de la demandada de una medida cautelar dictada oportunamente en autos, pretensión que fue rechazada por el juez de Primera Instancia interviniente, con fundamento en el carácter patrimonial de la cuestión planteada y la falta de prueba sobre el peligro en la demora.

Cabe señalar que se trata en el caso de la residencia de la actora en una institución geriátrica y la falta de pago de dicho servicio, que le fuera reclamada oportunamente, sin que, en ningún momento, según las constancias de autos, se mencionara una externación de la interesada, circunstancia —que como bien acota el sentenciante—, no resultaría posible dado las restricciones impuestas por la situación de pandemia vigente.

La actora apeló de dicha decisión mediante reposición que le fuera denegada y apelación en subsidio, concedida la cual se elevaron los autos a conocimiento del Tribunal de Alzada.

El magistrado interviniente señala en primer lugar, que la actuación de los tribunales de feria es de carácter excepcional, y conforme lo establece el art. 4º del Reglamento de la Justicia

Nacional está reservada para asuntos que no admiten demora:

“De allí que solo procede cuando la falta de un resguardo o de una medida especial, en un momento determinado, puede causar un perjuicio irreparable por el transcurso del tiempo hasta la reanudación de la actividad judicial ordinaria (confr. esta Cámara, Sala de FERIA, causas 4362/14 del 30/01/2015, 3373/16 del 13/01/2017, 7275/19 del 30/07/2019, entre otras)”.

Y agrega: “Ese grado de excepcionalidad se ve acentuado en la actualidad por las restricciones impuestas por las normas destinadas a combatir la pandemia originada en el COVID-19 (confr. decs. 260/2020 y 297/2020 y Acordadas CS 6/2020, 8/2020 y 10/2020)”.

Asimismo, considera que, dado que la actora estaba internada en la institución con anterioridad a la acción promovida habiendo conformidad al respecto, la situación actual no desatiende sus necesidades, siendo por otra parte razonable que la falta de pago de varios meses consecutivos de lugar a su reclamo.

Y como corolario de todo lo expresa: “No es posible soslayar, en este orden de ideas, que la pandemia ha obligado a aunar los esfuerzos de los tres poderes del Estado Nacional y de las provincias para combatir la transmisión de la enfermedad, y que las medidas adoptadas en ese contexto implican múltiples restricciones que por su naturaleza han debido ser acompañadas por la comprensión de la sociedad. Todo ello implica también que se debe ponderar cuidadosamente el tratamiento de cuestiones sometidas al poder jurisdiccional que en tiempos de normalidad sanitaria podrían tener una solución diferente”.

Concluyendo que dicha situación hace que los tribunales prioricen el tratamiento de asuntos donde se encuentran en riesgo las prestaciones de salud o la atención sanitaria.

En consecuencia, resuelve confirmar la resolución apelada.

II.3.b. Obra Social. Cobertura. Derecho a la Salud

CNFed. Civ. y Com., sala III, 10/03/2020, “B. L. M. c. Obra Social del Personal de la Indus-

tria Textil s/ amparo de salud” La accionante, en representación de su hija discapacitada, recurre a la vía del amparo solicitando, además, la concesión de una medida cautelar a fin de que la Obra Social cubra la totalidad del costo de la medicación prescrita por su médico tratante, lo cual fue receptado favorablemente por el Juez interviniente en Primera Instancia.

Contra dicha resolución apela la accionada, alegando que le es imposible financiera y económicamente cubrir el costo mensual de la medicación solicitada, que asciende a la suma de u\$s 63.782,99.

Planteada así la situación, interviene la sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal en su carácter de tribunal de alzada, la cual previamente a resolver sobre la cuestión, aclara que no se ha controvertido en autos que la hija de la accionante está afiliada a la Obra Social y posee un certificado de discapacidad en virtud de padecer un retraso mental no especificado.

Por otra parte, ha quedado debidamente acreditada la prescripción del medicamento solicitado, no habiendo la Obra Social cuestionado su procedencia.

Definida así la situación y previamente a todo otro argumento, expresa que: “En orden a la medida pedida, corresponde señalar que el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados”, citando en respaldo de esta aseveración el Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y abundante bibliografía.

A continuación, señala que el derecho a la salud y a la integridad física está consagrado por la Constitución Nacional, citando su art. 42, y en los tratados internacionales suscripto por nuestro país e incorporados al plexo constitucional conforme a su art. 75, inc. 22, citando, además, expresamente sobre el caso, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378.

Frente a todo ello advierte que la accionada, no hace una sola referencia a la situación de la accionante ni a sus necesidades, así como tampoco a la eficacia de la medicación requerido o a la existencia de alguna alternativa de tratamiento que pudiera utilizarse, limitándose a modo de defensa a afirmar que se encuentra imposibilitada de hacer frente al costo de la cobertura requerida, expresando el sentenciante que: “Al respecto, cabe advertir que nuestro Máximo Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que en casos como el sub examen no corresponde detenerse en la consideración de cuestiones puramente económicas pues, tal como ha precisado, el derecho a la vida —que incluye el derecho a la salud— es el primer derecho de la persona garantizado por la Constitución Nacional y por tratados internacionales, y constituye un valor fundamental respecto el cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (CS, Fallos: 323.3229 y 324:3569)”.

Sentado ello, se aboca a verificar el cumplimiento de los recaudos exigidos por la norma procesal para la procedencia de la medida cautelar apelada, concluyendo que la verosimili-

tud del derecho se encuentra acreditada, *prima facie*, con el certificado de discapacidad y los certificados médicos acompañados, de los cuales resulta el diagnóstico y la necesidad del medicamento prescripto para la enfermedad de la accionante, y en lo que respecta al peligro en la demora, señala que conforme surge de dichas constancias, esta presenta un cuadro progresivo que requiere urgente tratamiento.

Y, por tanto: “En tales términos, los efectos que la admisión de la medida podría implicar para la demandada se circunscriben al ámbito patrimonial, mientras que en el caso de su adversaria podría comprometerse un valor de jerarquía superior. Esa distinta entidad que presentan las posibles derivaciones del caso según la solución que se adopte ha sido considerada por el Tribunal al examinar cuestiones como la presente, siendo un elemento axiológico que no es posible soslayar”.

En consecuencia y conforme a todo lo expuesto resuelve, confirmar la sentencia apelada, con costas.

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DAÑO AMBIENTAL

Residuos peligrosos en napas subterráneas. Hidrocarburos. Ausencia de daño interjurisdiccional. Competencia del juez local.

Si se trata de obtener la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva por causa de la actividad deficiente de almacenamiento de hidrocarburos en Mar del Plata, lo que habría ocasionado la filtración de residuos peligrosos en napas subterráneas, alterando el sistema de aguas, suelo y costas; toda vez que la actividad se produce dentro de la jurisdicción del Municipio de General Pueyrredón, no existen elementos que autoricen a concluir que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales”, de modo de surtir la competencia federal perseguida; y por ello deben ser las autoridades locales las encargadas de valorar y juzgar si la actividad denunciada afecta aspectos tan propios del derecho provincial. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

CS, 18/06/2020. - Surfrider Argentina c. Axion Energy Argentina S.R.L. y otros s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/18941/2020]

CSJ 1546/2017/CS1. (COMPETENCIA).

Suprema Corte:

- I -

A fs. 56/58 del expediente FMP 42009116/2013 sobre inhibitoria agregado a las presentes actuaciones, la Cámara Federal de Mar del Plata revocó lo resuelto en la instancia anterior, hizo lugar a la inhibitoria planteada por Emfaco SA y declaró la competencia del fuero para entender en la causa “Surfrider Argentina c. Axion Energy Argentina SRL y otros s/ materia a categorizar” (Expte. 18363 - N° MP 23881/2013), en trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial de Mar del Plata N° 10, en la que la Fundación Surf Rider Argentina demanda a las empresas titula-

res de las estaciones de servicio con domicilio en la ciudad de Mar del Plata que enumera en su escrito inicial y a las empresas titulares de las banderas petroleras a las que aquéllas pertenecen (Esso Petrolera Argentina SRL, Petrobras, Shell CAPSA, EG3 SA, YPF SA y Sol Petróleo), a fin de obtener que se ordene la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva, responsabilizándolas de manera solidaria en razón —según invoca— de la actividad deficiente de almacenamiento de hidrocarburos que efectúan y que ha provocado su filtración en las napas subterráneas, alterando el sistema de aguas, suelo y costas del Municipio de General Pueyrredón, por lo que solicitó que: a) cese el daño que se está produciendo, obligando a las empresas a presentar en autos proyectos de retiro de pasivos de hidrocarburos y, b) se remedie e indemnice el pasivo ambiental que se ha producido (v. fs. 146/198 del presente proceso al que corresponderá la foliatura enunciada en adelante).

Para así decidir, aquel tribunal sostuvo que en los asuntos en que la Nación fuera parte era competente la justicia federal en razón de las personas, y en el caso se hallaba en juego la responsabilidad del Estado Nacional por haber sido demandada YPF SA, en la que aquél participaba como accionista.

Devueltas las actuaciones al Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4, su titular solicitó al juez a cargo del citado juzgado en lo civil y comercial que le remitiera los autos mencionados, en los términos de los arts. 9° y 10 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (v. fs. 64 y 66).

A fs. 2315, el titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 10 de Mar del Plata hizo saber a su colega del fuero federal que no aceptaba la inhibición requerida, toda vez que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires había rechazado los recursos extraordinarios (de nulidad e inaplicabilidad de ley presentados por Don Félix SA, Emfaco SA y Servicios Luarca SA demandadas en autos) contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental (fs. 1953/1960), que resolvió que el proceso debía tramitar ante dicho fuero, en tanto se trata de una causa ambiental de carácter local en la que aún el Estado Nacional (citado como tercero) e YPF SA (codemandada) no

fueron citados ni comparecieron en autos, por lo que ordenó la remisión de las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que dirima la cuestión de competencia suscitada.

El titular del Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4 también consideró que existía un conflicto de competencia y remitió las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. fs. 2 de la causa FMP 25119/2017 “Surfrider Argentina c. Axion Energy Argentina SRL y otros s/ exhortos”).

- II -

En tales condiciones, ha quedado trabado un conflicto positivo de competencia que corresponde zanjar a V.E., en virtud de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/1958, entre el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 10 de Mar del Plata (fs. 2315) y la Cámara Federal de Mar del Plata (v. fs. 56/58 de la inhibitoria agregada al presente proceso).

- III -

Ante todo, es oportuno señalar que las cuestiones de competencia entre tribunales de distinta jurisdicción deben ser resueltas por aplicación de las normas nacionales de procedimientos (Fallos: 327:6058; 328:3508).

En ese marco, se impone recordar que, según lo dispuesto por el art. 7° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, elegida una vía para promover la cuestión de competencia, no podrá en lo sucesivo usarse la otra.

En el caso, se advierte que la codemandada Emfaco SA promovió —el 28 de agosto de 2013 a las 9.25 hs.— ante la justicia federal de Mar del Plata la inhibitoria que dio origen al conflicto positivo de competencia que debe resolver el Tribunal, a fin de que se ordenara a la justicia en lo civil y comercial del Departamento Judicial Mar del Plata (Provincia de Buenos Aires) que se desprendiera del conocimiento de la presente causa principal (v. cargo impuesto a fs. 22 del expje. FMP 42009116/2013, que obra agregado a la presente).

Ahora bien, esa misma parte (con idéntica representación y patrocinio letrado) planteó, mi-

nutos más tarde —el 28 de agosto de 2013 a las 11.00 hs.— la misma cuestión de competencia, esta vez por vía de declinatoria, en el marco de este expediente principal, que tramitaba ante el Juzgado de Primera Instancia N° 14 en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata (v. fs. 977 de esa causa), proceso que ulteriormente quedó radicado en el Juzgado N° 10 de ese fuero en virtud de la excusación decidida a fs. 1759.

Ese ejercicio simultáneo de una facultad que la legislación autoriza únicamente en forma alternativa supone una irregularidad que este Ministerio Público debe señalar, en cumplimiento del deber de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (arts. 120 de la Constitución Nacional y 1° de la ley 27.148).

No obstante ello, por haber Emfaco SA interpuesto la inhibitoria con anterioridad a la excepción de incompetencia que esa misma parte opuso —el mismo día, pero unas horas antes—, considero que debo expedirme sobre la cuestión.

- IV -

Aclarado el punto que antecede, cabe recordar que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal (art. 116), y en uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento, sino que en el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes al almirantazgo y jurisdicción marítima, mientras que en el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (v. doctrina de Fallos: 330:4234; 331:1312, entre otros).

Sentado lo anterior, según se desprende del escrito de inicio —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según los arts. 4° y 5° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230— la Fundación Surf Rider Argentina deduce su pre-

tensión a fin de obtener la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva por causa de la actividad deficiente de almacenamiento de hidrocarburos que efectúan las empresas que denuncia en la ciudad de Mar del Plata, lo que ha ocasionado —a su entender— la filtración de estos residuos peligrosos en las napas subterráneas, alterando el sistema de aguas, suelo y costas de dicha ciudad.

En tales condiciones, toda vez que la actividad generadora del daño ambiental que se denuncia se produce dentro de la jurisdicción del Municipio de General Pueyrredón, no existen elementos en autos que autoricen a concluir que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (art. 7° de la ley 25.675), de modo de surtir la competencia federal perseguida (Fallos: 333:1808 y 334:476).

Ello, entiendo, determina que sean las autoridades locales las encargadas de valorar y juzgar si la actividad denunciada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente. En efecto, en el precedente de Fallos: 318:992, la Corte dejó establecido que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente en su art. 41, antepenúltimo párrafo, a las jurisdicciones locales en la materia, que por su condición y raigambre no pueden ser alteradas (Fallos: 329: 2280 y 2469; 330:4234; 334:476).

Además, el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime cuando no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción (Fallos: 330:4234; 332:1136).

A tal efecto, cabe recordar que la Corte, a través de distintos precedentes, ha delineado los criterios que se tienen que tener en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo que, en primer término, hay que delimitar el ámbito territorial afectado pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse de un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial. Es decir, que abarque a más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción (Fallos: 330:4234; 331: 1679).

Asimismo, y como la determinación de la naturaleza federal en todo pleito debe ser realizada con especial estrictez, es preciso demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación —según los términos de la Ley General del Ambiente— de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto tiene que necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469; 330:4234 y 334:476).

En el *sub judice* —tal como se indicó— la actora no aporta prueba o estudio ambiental que permita afirmar ese extremo y las manifestaciones que realiza en el escrito de demanda no generan la correspondiente convicción.

En este sentido, cabe destacar que en autos los recursos ambientales, cuya recomposición se pretende, están ubicados en el Municipio de General Pueyrredón-Provincia de Buenos Aires y que la contaminación denunciada, atribuida a la filtración de hidrocarburos derivados de la actividad de almacenamiento que realizan las empresas demandadas, también encontraría su origen en el territorio de esa jurisdicción. Descartada la competencia federal en razón de la materia, resta pronunciarse en cuanto a la competencia federal en razón de las personas, en tanto la Cámara Federal de Mar del Plata basa

su pronunciamiento en el hecho de que se encuentra demandada YPF SA; por otra parte, varios de los demandados han pedido la citación, en los términos de los arts. 90 y ccdtes. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, del Estado Nacional (Secretaría de Energía de la Nación y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable), del Consejo Federal de Medio Ambiente y de la Provincia de Buenos Aires (Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable [OPDS] y Autoridad del Agua), por ejercer el control de la actividad que desarrollan y en razón de lo dispuesto en el art. 31 de la ley 25.675.

Respecto del Estado Nacional y del Consejo Federal de Medio Ambiente (Cofema), cabe señalar que la sola citación al proceso como terceros interesados no impone que el conocimiento de la causa deba recaer en la justicia federal, en virtud de la prerrogativa que les asiste de litigar en dicho fuero (art. 116 de la Constitución Nacional), puesto que V.E. tiene dicho que resulta prematura la declaración de incompetencia si habiéndose citado en calidad de tercero al Estado Nacional o a un organismo nacional éste no tomó intervención en el proceso (v. Fallos: 328:68).

Ello es así, ya que cuando el fuero federal se establece *ratione personae*, puede ser declinado y su renuncia debe admitirse en todos los casos en que sea explícita o resulte de la prórroga de la jurisdicción consentida en el proceso (v. Fallos: 311:858; 312:280; 328:4097).

Conforme a ello, toda vez que en autos aún no fueron citados como terceros el Estado Nacional ni el Consejo Federal de Medio Ambiente por el juez provincial y tampoco surge de lo actuado en la causa que se les haya dado intervención en el proceso, todavía no pudieron invocar su prerrogativa a la jurisdicción federal.

Lo mismo cabe sostener con relación a la co-demandada YPF SA, que aún no ha sido notificada de la citación dispuesta a los fines de ejercer el control de la producción de prueba anticipada (v. fs. 1589/1591 y 1601) ni de ninguna otra decisión adoptada en la causa, ni ha comparecido al proceso.

En cuanto a la Provincia de Buenos Aires, corresponde indicar que no es parte nominal ni sustancial en el proceso, tal como la jurisprudencia

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo exige para que proceda su competencia originaria (art. 117 de la Constitución Nacional), en tanto se la cita en razón del poder de control que tienen sobre la industria el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) y la Autoridad del Agua y ninguna de las dos entidades se identifica con la provincia, puesto que tienen personalidad jurídica propia independiente de ésta. En tal sentido, la ley provincial 12.257, Código de Aguas, crea la Autoridad del Agua, como un ente autárquico de derecho público y naturaleza multidisciplinaria (art. 3°), y la ley de ministerios local 13.757 crea al Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) como una entidad autárquica de derecho público que funciona en la órbita del Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno como nueva autoridad ambiental en reemplazo de la Secretaría de Política Ambiental ([art. 31 y ss.] y Comp. 7, L.XLVIII, “Vecinos por un Brandsen Ecológico c. Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires y otro s/ amparo”, sentencia del 7 de agosto de 2012).

- V -

Por todo lo expuesto, opino que la causa debe continuar su trámite ante la justicia de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, abril 12 de 2018. — *Laura M. Monti*.

Competencia CSJ 1546/2017/CS1

Buenos Aires, junio 18 de 2020.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal de la Nación, a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) De conformidad con lo allí dictaminado, se declara

que la causa debe continuar su trámite ante la justicia de la Provincia de Buenos Aires, por intermedio del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 10 del Departamento Judicial de Mar del Plata, que intervino en la contienda, al que se remitirán por intermedio de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Hágase saber al Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

EXTRADICIÓN

Prescripción de la acción penal contra el extraditado. Cooperación Internacional en materia penal.

1. — Según el art. 11, inc. a, de la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, la extradición no será concedida si la acción penal o la pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente, norma sobre la cual no existe controversia, en el caso, sobre su aplicación, ante la ausencia de tratado con la República de Hungría, requirente.
2. — La solicitud de extradición de un imputado debe contener referencias específicas “cerca de la fecha en que se cometió el hecho delictivo; una “explicación” acerca de “las razones por las cuales la acción penal no se encuentra extinguida” y el “texto de las normas penales y procesales aplicables al caso” en cuanto estén vinculadas al extremo en cuestión.

CS, 25/06/2020. - Balgoczki, Attila Gabor s/ extradición.

[Cita on line: AR/JUR/20224/2020]

CFP 402/2012/CS1 R.O.

Buenos Aires, junio 25 de 2020.

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 9 declaró procedente la extradición de Attila Gabor Balgoczki solicitada por la República de Hun-

gría con el objeto de que sea sometido a proceso porque junto con otros imputados conformó una organización criminal con el fin de cometer fraude en detrimento de bancos de ahorro por un momento que habría superados los sesenta y ocho millones de dólares aproximadamente (conf. fs. 601 y fundamentos a fs. 613/627).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario el defensor oficial del requerido (fs. 629) que fue concedido a fs. 630 y fundado en esta instancia por la señora Defensora General de la Nación (fs. 635/643). A su turno, el señor Procurador Fiscal solicitó se confirmara la resolución apelada (fs. 645/648).

3°) Que, según el artículo 11, inciso a, de la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, la extradición no será concedida si la acción penal o la pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente. A tal efecto, la solicitud de extradición de un imputado debe contener referencias específicas “acerca de la fecha” en que se cometió el hecho delictivo (artículo 13.a.); una “explicación” acerca de “las razones por las cuales la acción penal no se encuentra extinguida” (artículo 13.c.) y el “texto de las normas penales y procesales aplicables al caso” en cuanto estén vinculadas al extremo en cuestión (artículo 13.e.).

4°) Que no existe controversia sobre la aplicación de ese marco jurídico al sub lite, ante la ausencia de tratado con la República de Hungría (artículo 2 de la citada ley).

5°) Que una compulsa de lo actuado refleja que ese país no incluyó el “texto de las normas penales y procesales” aplicables en cuanto estén vinculadas al extremo de la prescripción de la acción penal.

6°) Que, en efecto, los antecedentes acompañados por la República de Hungría solo dan cuenta —en lo que se refiere al recaudo bajo examen— que “[l]a punibilidad prescribe el 26 de enero de 2021, la legislación que la determina es la letra b) del artículo 32 del CP, la letra b) del apartado del artículo 33 del CP y la letra a) de la resolución de unidad jurídica en materia penal número 1/2005 del Tribunal Supremo” (fs. 104 vta.).

7º) Que, contrariamente a lo sostenido por el juez de la causa a fs. 621, aun cuando lo expuesto pudiera interpretarse como una “explicación” en los términos del artículo 13.c. de la ley aplicable, ello no supe la carga de acompañar “el texto de las normas penales y procesales aplicables” en relación al extremo en cuestión.

8º) Que, por lo demás, la argumentación que desarrolla el señor Procurador Fiscal para proponer la subsistencia de la acción penal según el derecho extranjero no solo no explica las razones por las cuales, frente al déficit antes señalado, sería admisible su propuesta de resolver el punto con “textos legales” disponibles “a través del sitio oficial de Internet de la Comisión Europea” sino que tampoco es consistente con la “explicación” brindada por el país requirente de acuerdo a la reseña incluida en el considerando 6º de la resolución.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) Oído el señor Procurador Fiscal, revocar la resolución de fs. 601 cuyos fundamentos obran a fs. 613/627 y declarar improcedente la extradición de Attila Gabor Balgoczki a la República de Hungría. Notifíquese, tómese razón y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

MEDICINA PREPAGA

Medida cautelar. Aumento del valor de la cuota. Incremento del 62% por cumplir 36 años la afiliada. Verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Debe ordenarse cautelarmente a la empresa de medicina prepaga abstenerse de aplicar aumentos al valor de la cuota que venía abonando la peticionante al mes de

enero del año en curso —en el caso incrementó un 62% el valor de la cuota, en razón de cumplir 36 años la afiliada—, en tanto la empresa no aportó el original del plan convenido, sumado a que el artículo del contrato que menciona contiene una previsión genérica que la faculta a incrementar la cuota sin precisar el procedimiento de cálculo, calificando a tal previsión como una cláusula predispuesta (art. 38, ley 24.240; art. 987, CCCN), máxime cuando resulta necesaria la intervención de la autoridad de aplicación en los casos de aumento de costos “para los distintos rangos etarios”.

CNFed. Civ. y Com., sala III, 28/05/2020. - G. T. c. OSDE s/ sumarísimo de salud.

[Cita on line: AR/JUR/17658/2020]

Causa N° 2442/2020/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 28 de 2020.

Considerando:

I. El 24 de abril de 2020 el juez de primera instancia dispuso la habilitación de la feria judicial extraordinaria en esta causa a los fines de tratar la pretensión cautelar de la actora; y el 11 de mayo pasado la admitió ordenándole a OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) que se abstuviera de aplicar aumentos al valor de la cuota que venía pagando la Sra. T. G. afiliada N° ... al Plan 2 210 al mes de enero del corriente año. Preciso que la prohibición alcanzaba a los incrementos que estuvieran fundados en la edad de la beneficiaria y que no hubiesen sido autorizados por la Superintendencia de Servicios de Salud. Concordemente con ello, le ordenó a OSDE retrotraer el valor de la cuota cuestionada y liquidarla nuevamente, al tiempo que declaró el derecho de la afiliada a liberarse de su obligación abonando el valor fijo pretendido por ella ínterin el trámite del proceso.

Contra tal decisión, el 14 de mayo OSDE interpuso recurso de apelación y solicitó a tal fin la habilitación de la feria judicial extraordinaria. Ese mismo día fue concedido el recurso interpuesto por la demandada con efecto devolutivo. La parte actora lo contestó el 15 de mayo.

El expediente fue elevado a la Cámara de este fuero con fecha 22 de mayo del corriente.

II. La actuación del Tribunal de Feria es excepcional, pues está reservada para aquellos asuntos que no admitan demora —art. 4° del Reglamento para la Justicia Nacional—, entendiéndose por tales a las cuestiones que, de ser deferidas en su definición al período ordinario de actividad judicial, generarían un perjuicio no susceptible de ser reparado ulteriormente (conf. Esta Cámara Sala de Feria causas N° 4362/2014 del 30/01/2015, 33/2016 del 13/01/2017, 2667/2017 del 30/01/2019, 7275/2019 del 30/07/2019, entre muchas otras).

Le incumbe al interesado demostrar que su situación encuadra en esa hipótesis (conf. esta Cámara, Sala de Feria causa 4989/2012 del 10/01/2013, causa 7771/2017 del 23/01/2018 y sus citas).

El carácter extraordinario de la actual feria judicial y su inusitada prolongación impuesta mediante normas sucesivas que no eran previsibles desde el comienzo de la pandemia del COVID-19 han llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a dictar varias acordadas sobre el alcance de dicha feria. En particular, reviste importancia la Acordada 14/2020, del 11 de mayo del corriente, en la cual el Alto Tribunal estableció el protocolo para la tramitación de las causas judiciales durante este período (Anexo I de dicha acordada conforme expediente 1207/2020). Allí se facultó a los jueces a ampliar la habilitación de la feria respecto de ciertas materias, entre las cuales se encuentran los procesos de amparo y el trámite de las cautelares (pto. IV.2 del Protocolo citado). La Acordada 16/2020, del 25 del mismo mes, prorrogó la feria extraordinaria hasta el 7 de junio del 2020 y mantuvo los lineamientos de actuación de los tribunales fijados en las acordadas anteriores.

En atención al cuadro de situación descripto, a la naturaleza del derecho debatido en este proceso y a la vía elegida por la interesada para preservarlo, el Tribunal considera pertinente flexibilizar el criterio tradicional mantenido hasta ahora en lo que concierne a la habilitación de feria y acceder al pedido de la demandada. Por lo demás, tal perspectiva concuerda con el

propósito de regularizar progresivamente la actividad judicial de este fuero.

III. Dado el carácter de la providencia cautelar que se analiza —cuyo objeto ha sido el de retrotraer la situación de la afiliada al *statu quo* anterior al aumento fijado unilateralmente por OSDE—, conviene recordar las pautas que deben orientar la decisión del magistrado: por un lado, la prudencia en el examen de los recaudos y, por el otro, la ponderación de las circunstancias que justifican su imposición.

Pasando al examen de las circunstancias, del *sub lite* consta en autos que, para el mes de febrero de 2020, OSDE facturó a la afiliada T. G. un aumento de casi el 62% respecto de lo liquidado en el mes anterior (ver dichos de ambas partes en inicio de demanda y contestación, como así también las manifestaciones vertidas por la actora previas al dictado de la medida cautelar, con fecha 11 de mayo).

La apelante justifica ese incremento en el contrato oportunamente suscripto con la actora que, según ella, la autoriza a actualizar el monto de la cuota una vez cumplidos los 36 años de la afiliada (ver memorial de agravios), pero lo cierto es que no aportó el original del plan convenido con la actora.

De cualquier modo, el núcleo de su argumento radica en el valor que tiene ese contrato (“pacta sunt servanda”) y en la falta de fundamento del fallo que lo invalida en la parte que atañe a la actualización de la cuota por la edad y los integrantes del grupo familiar (art. 12 del formulario invocado por ella, ver hoja 4 del recurso, punto A).

Sin embargo la apelante omite considerar que el artículo del contrato que menciona contiene una previsión genérica que la faculta a incrementar la cuota en dichos supuestos, sin precisar el procedimiento de cálculo y sin consideración alguna del tiempo transcurrido entre la firma del convenio y el momento en que tendrá lugar tal incremento.

A falta de otros elementos, cabe calificar a tal previsión contractual como una cláusula pre-dispuesta en los términos del artículo 38 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, norma

esta sobre la cual la apelante no aporta ninguna interpretación que la favorezca (art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Similar defecto se observa en lo tocante a la necesaria intervención de la autoridad de aplicación en los casos de aumento de costos “para los distintos rangos etarios” establecido en el art. 12 de la ley 26.682.

La interpretación armónica de los textos legales referidos y del artículo 987 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —que ampara al particular frente a la parte predisponente— constituye un plexo normativo que —provisoriamente y de acuerdo con el grado superficial de conocimiento que pueda obtenerse en esta etapa del juicio— abona la verosimilitud del derecho de la demandante (art. 4 ley 24.240; ver en ese sentido, Sala I causa 8642/2017 del 30/08/2018).

Las apreciaciones que la apelante formula a partir de la hoja 6 de su recurso no ponen en crisis la conclusión precedente (artículo 265 del Código Procesal), ello, sin desmedro de su reconocimiento sobre la imposibilidad de lectura del contrato original (ver recurso, hoja 6 y vta.).

IV. En lo que respecta al peligro en la demostra, es evidente que se configura en autos habida cuenta de la magnitud del incremento en la facturación a partir del mes de febrero y del estado de necesidad en que se encuentra el particular, que se ve expuesto a demandar prestaciones de salud en el contexto indicado.

En función de lo expuesto, se resuelve: Habilitar la feria judicial extraordinaria solicitada por la demandada y confirmar el pronunciamiento apelado, con costas por su orden debido a la complejidad y novedad del tema (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Los doctores Eduardo Daniel Gottardi y Fernando A. Uriarte integran la Sala conforme las Resoluciones N° 62 y N° 63 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara del 6 de abril de 2020. Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Guillermo A. Antelo.* — *Eduardo D. Gottardi.* — *Fernando A. Uriarte.*

INFRACCIÓN ADUANERA

Importación de componentes de aire acondicionado. Distintos despachos de importación. Declaración de posiciones arancelarias distintas. Conformación de una unidad clasificatoria. Declaración aduanera inexacta. Perjuicio fiscal. Infracción prevista en el art. 954 inc. a) del Código Aduanero.

1. — Con las condiciones de arribo y permanencia de la mercadería en zona portuaria, sumadas a que la totalidad de artículos importados conformaban una unidad clasificatoria, el importador se encontraba obligado a solicitar el despacho en conjunto de la mercadería —cfr. punto 2 - Anexo II de la res. gral. 2212/2007—, por lo que haber declarado las mercaderías en posiciones arancelarias diferenciadas torna a estas inexactas, configurándose la conducta regulada por el art. 954, inc. a) del Código Aduanero.
2. — La resolución de la Aduana que sancionó, en los términos del art. 954 inc. a) del Código Aduanero, a un importador que realizó dos importaciones de componentes de aire acondicionado que arribaron a zona primaria aduanera, simultáneamente, pero amparadas en dos documentos de transporte distinto y que luego fueron declaradas en distintas destinaciones, debe ser confirmada, pues, de pasar inadvertida la inexactitud en la declaración, la mercadería correspondiente a dicha destinación podría permanecer por tiempo indeterminado en el territorio aduanero nacional sin que se paguen los tributos que gravan su importación para consumo, todo lo cual constituye un evidente perjuicio fiscal.
3. — Corresponde ordenar al Fisco que luego de efectuar el recálculo del importe adeudado por el importador en concepto de perjuicio fiscal revise el monto de la sanción pecuniaria impuesta, a fin de que constituya una derivación razonada del perjuicio fiscal finalmente fijado, ello en función de la escala fijada por el art. 954, inc. a) del Código Aduanero.

4. — La locución “deberá”, incluida en punto 2 – Anexo II de la res. gral. 2212/2007 no deja margen de dudas respecto a que, frente al acaecimiento de determinadas circunstancias —mercaderías que constituyen una unidad clasificatoria y que se encuentran en zona primaria aduanera en el mismo momento—, el despacho en conjunto no es una opción para el declarante, sino una obligación.
5. — La obligación de declarar de manera exacta conlleva, luego de la reforma introducida por la ley 25.986 que derogó el art. 957 del Código Aduanero, la correcta declaración de la posición arancelaria.
6. — A través del Capítulo Séptimo del Código Aduanero, el legislador ha instaurado el deber de veracidad y exactitud de las declaraciones aduaneras en lo que respecta a la naturaleza, calidad y propiedades de las mercaderías que constituyen el objeto de las operaciones de importación y exportación a realizarse ante el servicio aduanero.
7. — El art. 954, apart. 1 inc. a) del Código Aduanero exige para tener por configurada la infracción tipificada la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la existencia de una diferencia entre lo declarado por el importador y lo verificado por aduana, denominada por la doctrina y jurisprudencia como “declaración inexacta”; y, por otro, que la referida inexactitud, de no ser advertida, sea susceptible de producir alguno de los efectos o consecuencias mencionados en los tres incisos subsiguientes, esto es, un perjuicio fiscal (inc. a), una transgresión a la importación o a la exportación (inc. b), o el ingreso o egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere (inc. c).
8. — De conformidad con el inc. a) del art. 954 del Código Aduanero se exige necesariamente la producción —o su posibilidad— de un “perjuicio fiscal”. Se entiende por tal a la falta de ingreso por parte del contribuyente de todo o parte del tributo debido, así como también el pago que realiza el propio Fisco de importes que no correspondieren en concepto de estímulos a la exportación.
9. — Si el importe de la multa se gradúa en función del importe del perjuicio fiscal, al ser este reducido, debe también recalcularse la multa.
10. — La manifestación del despachante de aduana de que su obrar se ajustó a las instrucciones dadas por el importador resulta insuficiente para que proceda la causal exculpatoria de responsabilidad, en tanto la solicitud de aplicación del régimen especial de despacho en conjunto regulado en el Anexo II de la res. gral. 2212/2007 no es optativo sino obligatorio, a la vez que la norma se encuentra contenida en una reglamentación general cuyo contenido se presume conocido por todos.
11. — Si bien, en principio, la inexactitud debe ser con relación a la mercadería, cuando recae sobre el régimen legal elegido, se debe analizar las particularidades de la declaración y la razonabilidad de la posición asumida por el declarante. (Del voto del Dr. Sánchez Torres).

CFed. Córdoba, sala B, 20/11/2019. - SIMSA Aire Acondicionado S.R.L. y otro c. Ministerio de Economía y Producción y otro s/ Contencioso Administrativo - Varios.

[Cita on line: AR/JUR/56605/2019]

① JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala III, “PBB Polisur SRL TF 37552-A c. DGA s/ recurso directo de organismo externo”, 26/09/2019, AR/JUR/39419/2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, “El Matrero SA c. EN – AFIP – Resol 16-VIII (Expte 14829-3/09) y otro s/ Dirección General de Aduanas”, 16/04/2015, AR/JUR/7498/2015.

COSTAS

A la recurrente perdedora en virtud del principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 68, primera parte del CPCCN.

2ª Instancia.- Córdoba, noviembre 20 de 2019.

El doctor *Rueda* dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a estudio del Tribunal a fin de resolver el recurso de apelación deducido a fs. 545 por la co-actora —Sra. Lidia Beatriz Lamante— en contra de la Resolución de fecha 19 de septiembre de 2018 dictada por el Sr. Juez Federal N° 3 de Córdoba, obrante a fs. 529/544 vta., que acogió de manera parcial las demandas entabladas por la firma Simsa Aire Acondicionado SRL y por la Despachante de Aduana, a cuyo fin dispuso: “...confirmar parcialmente la Resolución DEPLA N° 522 de fecha 13 de Febrero de 2009 dictada por el Sr. Jefe (Int.) del Dpto. de Procedimientos legales Aduaneros de la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Aduanera en las actuaciones administrativas N° 12148-573-2007, por la comisión de la infracción prevista en el art. 954 inc. a) del Código Aduanero, debiendo no obstante y en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, efectuar un recalcu del importe adeudado por la actora en concepto de perjuicio fiscal, conforme las pautas señaladas en los considerandos respectivos”.

La recurrente expresa agravios a fs. 553/567 de autos. Estructura sus agravios en tres ejes diferentes de cuestionamiento. Dos de ellos se encaminan a controvertir el acaecimiento de la conducta infraccional —declaración inexacta— y la existencia del perjuicio fiscal exigido por el art. 954 del CA e invocado por la DGA. El tercer eje se centra en la discusión de la responsabilidad tributaria e infraccional impuesta a su persona, por considerarla improcedente.

Vinculado a la falta de acreditación de la condición objetiva de punibilidad (perjuicio fiscal), se agravia en tanto el *a quo* omitió dar tratamiento acerca de la inexistencia lisa y llana de la misma. Esgrime que dicho análisis resulta fundamental, dado que, de no verificarse un daño real al fisco, aun cuando se determinase la exis-

tencia de una declaración inexacta, esta no sería punible en sí misma. Asegura que, en autos, no hay un perjuicio fiscal en los términos que exige el Código Arancelario, razón por la que la Resolución administrativa impugnada resulta a todas luces arbitraria y debe ser revocada. Explica que el perjuicio es solo potencial y no real como afirma el Fisco, ya que la mercadería importada por la firma Simsa Aire Acondicionado SRL tenía una destinación de tránsito y no de consumo, con lo cual no debía tributar. A fin de acreditar la inexistencia de un perjuicio real formula unas tablas comparativas (ver fs. 559/561).

En la misma línea de discusión, se queja porque el inferior ha omitido pronunciarse respecto del planteo formulado con relación a la deducción de los importes garantizados en la destinación de tránsito, siendo que su aceptación llevaría sin más a la inexistencia de infracción por falta de perjuicio fiscal debido a que la importación de mercaderías bajo el régimen de tránsito no se encuentra sujeta a imposición de tributos, sino únicamente a la constitución de una garantía. Agrega que las posiciones arancelarias de las mercaderías declaradas en tránsito poseen el mismo tratamiento que las posiciones que según la DGA debieron ser utilizadas en la declaración. Concluye que si se recurre a la ficción legal a los fines de analizar si se ha configurado o no una infracción de declaración inexacta, necesariamente debe considerarse el importe de los tributos garantizados en el tránsito a los fines del detraer del eventual perjuicio fiscal resultante.

En otro orden cuestiona que el decisorio, luego de hacer lugar al planteo de exclusión de los derechos antidumping y de reducción de alícuotas de IVA y Ganancias, ordene al fisco que proceda a recalcular solo el perjuicio fiscal y no el importe de la multa impuesta siendo que la última es una derivación discrecional efectuada en función del perjuicio fiscal en juego.

En otra línea de discusión, se agravia por la imposición a su persona de responsabilidad tributaria —en forma solidaria con la firma importadora— e infraccional. Con relación a la primera, manifiesta que la misma resulta absolutamente improcedente, ya que por expresa imposición legal la responsabilidad del despachante de aduana no alcanza a los tributos. Ad-

vierte que el tratamiento dado a la cuestión en el decisorio impugnado evidencia la confusión en que se ha incurrido al tratar responsabilidad del despachante de aduana. Ello en tanto se trató a la responsabilidad tributaria e infraccional como si derivasen de la misma fuente, creándose un supuesto de solidaridad que no surge de la ley y que viola el principio de legalidad tributaria. Afirma que la solidaridad consagrada en el art. 907 del CA se refiere únicamente a las sanciones, mas no a las obligaciones tributarias. Respecto a la responsabilidad sancionatoria señala que la misma resulta improcedente, dado que, al haberse acreditado el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a su cargo su situación se encuentra exenta de responsabilidad por expreso imperativo legal (art. 908 CA).

El último eje de discusión se centra en cuestionar el acaecimiento de la conducta punible. Con relación al punto, niega que haya existido una declaración inexacta en los términos señalados por la DGA y asegura que la mercadería fue correctamente clasificada y que solo existió una diferencia de criterio en cuanto al régimen que debió aplicarse, todo lo cual no hace incurrir a las partes en la figura establecida en el art. 954, inc. a) del Código Aduanero.

Por último, se agravia por la imposición de costas en partes iguales a actor y demandado. Tilda de injusta la distribución asignada por entender que no se condice con los respectivos vencimientos que hubo en el proceso y solicita que la condena en costas lo sea teniendo en cuenta dichos vencimientos (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y que se difiera su cuantificación para cuando se realicen las liquidaciones pertinentes.

Por lo expuesto, pide se revoque el decisorio impugnado y se haga lugar al recurso incoado, con especial imposición de costas. Hace reserva de Caso Federal.

Corrido el traslado de ley, resulta evacuado por la Administración Federal de Ingresos Públicos - DGA mediante escrito acompañado a fs. 574/586 vta. de autos. A través del mismo solicita el rechazo del recurso interpuesto por la coactora en todos sus términos. Expresa que los agravios constituyen una mera reiteración de lo dicho en la demanda y no logran desvirtuar las

conclusiones a las que arribó el magistrado. Defiende la existencia de la comisión de la infracción detallada en el acto administrativo, porque la mercadería importada por la actora tanto por su naturaleza como por las condiciones en que arribó a la zona primaria aduanera constituye una unidad de acondicionamiento y por tanto el declarante debió ajustarse a lo normado en la Resolución N° 2212 AFIP (Punto 2-Anexo II) y no a lo dispuesto por el Anexo I como esgrime la actora.

Respecto de la condición objetiva de punibilidad, manifiesta que dicha condición se encuentra configurada desde que la firma obligada al pago del tributo, en virtud de la declaración inexacta formulada, no ingresó los importes correspondientes a la posición arancelaria en la que correspondía ubicar la mercadería, esto es, la posición arancelaria 8415.10.11.100W. Asimismo, expresa que dicho perjuicio no se ve disminuido por la garantía constituida a favor de la destinación en tránsito porque tributo garantizado no puede asimilarse a tributo ingresado.

En última instancia, refuta los agravios tendientes a cuestionar la responsabilidad atribuida a la Sra. Lidia Beatriz Lamante en su condición de despachante de aduana y expresa que la sentencia es clara respecto a que la solidaridad se impone con relación a la medida sancionatoria dispuesta y no al pago del tributo.

II. Brevemente, cabe referenciar que compilado el Expediente Administrativo N° 12148-573-2007 surge que fue iniciado a raíz de la Nota efectuada por el Jefe Interino de la Sección "D" de la Div. Verificación de CABA a fin que la División Técnica de Importación informe, a título de colaboración, si la mercadería documentada en los despachos de importación 07-001 179676 H y el tránsito 07-001 TR04 011186, debían considerarse como una unidad clasificatoria, la que, evacuada por la unidad requerida y en virtud de los términos de dicha respuesta, dio origen a la apertura del sumario por supuesta infracción, a cuyo fin se labró el acta de denuncia por la comisión de declaración inexacta (art. 954, inc. a y b del CA) que obra agregada a fs. 39 del expediente administrativo. A fs. 59 se ordena correr vista de las actuaciones a las interesadas quienes las evacuan a fs. 62/66 (importadora) y a fs. 92/102 (despachante). A fs. 170/172 vta. obra la

Resolución N° 522/2009 dictada con fecha 13 de febrero de 2009 por el Sr. Jefe Interino del Departamento de Procedimientos Legales Aduaneros que dispuso: "Artículo 1°): Condenar a la firma importadora SIMSA Aire Acondicionado SRL y a la despachante de aduana Lamante Lidia Beatriz en forma solidaria, al pago de una multa que asciende a la suma de \$703.093,64 (pesos setecientos tres mil noventa y tres con 64/100), por infracción al art. 954 inc. a) del Código Aduanero, respecto de la mercadería denunciada y documentada por los documentos aduaneros N° 07-001 IC04 179676-H y 07-001 TR04 011186-Y, en los términos del art. 1112 del citado plexo normativo...", la que se encuentra recurrida en la especie.

III. A fin de dar respuesta a las cuestiones objeto de impugnación, resulta necesario en forma previa, precisar la normativa aplicable.

Así, el art. 954 - apartado 1 inc. a) del Código Aduanero, en lo que respecta a la conducta imputada a las actoras, dispone: "El que, para cumplir cualquiera de las operaciones o destinaciones de importación o de exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración que difiera con lo que resultare de la comprobación y que, en caso de pasar inadvertida, produjere o hubiere podido producir: a) un perjuicio fiscal, será sancionado con una multa de uno a cinco veces el importe de dicho perjuicio..." Previo a efectuar un análisis del artículo en cuestión cabe señalar que el mismo se encuentra inmerso dentro del Capítulo Séptimo del Código Aduanero. A través de dicha sección, el legislador ha instaurado el deber de veracidad y exactitud de las declaraciones aduaneras en lo que respecta a la naturaleza, calidad y propiedades de las mercaderías que constituyen el objeto de las operaciones de importación y exportación a realizarse ante el servicio aduanero. A tal efecto el mencionado cuerpo legal sanciona a quien, para cumplir una operación ya sea de importación o exportación, formule una declaración que difiera con el resultado de la comprobación, en la medida en que produzca o hubiera podido producir alguna de las consecuencias indicadas en el párrafo anterior. El nuevo sistema creado a partir de la Ley N° 25.986 pone en cabeza del declarante la tarea de clasificación y valoración de la mercadería, ello en aras de una mayor celeridad en el tráfico internacional. De esta forma, la

declaración efectuada posibilita el denominado "despacho en confianza", mediante el cual el servicio aduanero confía en la corrección de la declaración en cuanto a que contiene todos los elementos necesarios para su correcta clasificación y valoración y procede sólo en una mínima parte a efectuar controles a fin de verificar la veracidad de lo documentado.

La norma transcripta exige para tener por configurada la infracción tipificada la concurrencia de dos requisitos. Por un lado, la existencia de una diferencia entre lo declarado por el importador y lo verificado por aduana, denominada por la doctrina y jurisprudencia como "declaración inexacta" y, por otro, que la referida inexactitud de no ser advertida, sea susceptible de producir alguno de los efectos o consecuencias mencionados en los tres incisos subsiguientes, esto es, un perjuicio fiscal (inc. a); una transgresión a la importación o a la exportación (inc. b) o el ingreso o egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere (inc. c).

La exactitud de la declaración refiere a que la misma sea veraz y correcta con relación a la mercadería en sí que es objeto de la operación o destinación aduanera, tal como se desprende de la propia exposición de motivos del Código en comentario. En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que: "... la veracidad y exactitud de la declaración aduanera constituye el bien jurídico tutelado por esta infracción, por ser el punto de partida del sistema de despacho en confianza de las mercaderías, en razón de la cual se controla solamente una parte de ellas..." (CSJN, en autos: "SUBPGA", Fallos: 315:942). En definitiva, la referida declaración a efectuar por el obligado (despachante) debe ser veraz y completa, todo de conformidad a lo legalmente exigido.

No obstante, debe tenerse en consideración que con la reforma introducida por la Ley 25.986 si bien es el propio declarante quien clasifica y valora mercadería, lo hace mediante la posición arancelaria en el SIM y consecuentes sus fijos de valor, opciones y ventajas. Así, las mentadas declaraciones deben realizarse a través del SIM (Sistema Informático María) que sustituyó la declaración manual por un código numérico de la nomenclatura vigente. La declaración en

cuestión genera el denominado “ despacho en confianza”, mediante el cual el servicio aduanero confía en la corrección de la misma en cuanto a que contiene todos los elementos necesarios para su correcta clasificación y valoración, procediendo solo en una mínima parte a efectuar controles a través de los cuales verifica la veracidad de lo documentado. Por tal motivo, el servicio aduanero autoriza la destinación en la confianza de que la declaración realizada es veraz y completa y, por ello, las diferencias que se comprobaren en transgresión a esa confianza serán objeto de sanción. (ver al respecto Alsina, Mario A., Barreira, Enrique, Basaldúa, Ricardo, Cotter Moine, Juan y Vidal Albarracín, Héctor; “Código Aduanero Comentado” - T. III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 381/382).

En este nuevo contexto “... la inexactitud de la declaración actualmente también depende de que la posición de la nomenclatura difiera con la que el servicio aduanero considera que corresponde en el caso. No obstante, atento a que el tipo en análisis sigue requiriendo que la diferencia sea sobre alguno de los aspectos o rubros de la declaración “exigible”, la responsabilidad del declarante sólo debería alcanzar la declaración de las circunstancias o elementos necesarios para permitir esa correcta clasificación arancelaria por parte del servicio aduanero”. (ob. cit., Alsina, Mario A., Barreira y otros; “Código Aduanero Comentado” - T. III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 381/382).

El otro requisito que la norma exige se relaciona con la potencialidad que la inexactitud de la declaración debe poseer para causar alguna de las consecuencias enunciadas. En el caso, la conducta imputada a las actoras es la que cae en el inciso a) del art. 954, por lo que se exige necesariamente la producción o posibilidad de producción de un “perjuicio fiscal”. Se entiende por tal a la falta de ingreso por parte del contribuyente de todo o parte del tributo debido, así como también el pago que realiza el propio Fisco de importes que no correspondieren en concepto de estímulos a la exportación.

Por otra parte, la Resolución General N° 2212/2007, dictada con el objeto de completar la reglamentación del régimen instituido mediante la Resolución N° 1243/1992, dispone en su art. 1°: “Establécense los requisitos y proce-

dimientos aplicables para la utilización del régimen de envíos escalonados, instituido por la Resolución N° 1243 (...) los cuales se consignan en los siguientes Anexos...”

El Anexo I en el Apartado 1) contempla cuáles son las situaciones en que se puede solicitar el régimen escalonado. Textualmente establece: “La operación mediante envíos escalonados, permite la importación o exportación de mercaderías que, reuniendo el requisito primordial de constituir una unidad clasificatoria, requieren ser presentadas ante la Aduana desmontadas o sin montar todavía, en virtud de la Regla General Interpretativa 2 a) del Sistema Amortizado, en sucesivos envíos en razón de su gran volumen, complejidad, cronograma de montaje, distintos orígenes u otras razones ampliamente justificadas”. (los destacados son míos). A su vez, el apartado 2) prevé que cuando se opte por la utilización del régimen escalonado debe solicitarse la autorización con una antelación mínima de 30 días al arribo de la mercadería.

Por su parte, el Anexo II regula el procedimiento y el trámite de las destinaciones aduaneras comprendidas en el régimen de envíos escalonados, estableciendo en el punto 1) la modalidad para la registración de los mismos, a la vez que dispone, en el punto 2), un procedimiento especial denominado despacho en conjunto: A saber: “1.- Registro. El interesado documentará las partes que se importen o exporten en cada envío por la posición arancelaria de la unidad clasificatoria correspondiente. A su vez, comprometerá el número de expediente por el cual solicitó la autorización para operar en el régimen, el número de la resolución autorizante, los números de destinaciones ya registradas anteriormente en el marco de la misma operación y establecerá si esta se completa en ese momento o, por el contrario, restan etapas para su finalización”. A su vez, en el punto 2 se establece: “Procedimiento especial. Despacho conjunto. Para aquellas mercaderías que, constituyendo una unidad clasificatoria, hayan arribado en dos o más embarques o en un único embarque, pero amparada por distintos documentos de transporte y, en ambos casos, la totalidad de los bienes se encuentre en Zona Primaria Aduanera, el interesado deberá solicitar, a la dependencia operativa correspondiente, su despacho en forma conjunta con arreglo a

la Regla General Interpretativa 2 a) del Sistema Armonizado, sin más trámite”.

Por su parte, la regla 2.a) para la interpretación del sistema armonizado dispone: “Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que éste presente las características esenciales del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, o considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía”.

Tratándose el presente de un proceso contencioso administrativo, en donde lo perseguido por la actora es la declaración de nulidad de un acto administrativo, concretamente, la Resolución N° DEPLA 522 dictada por el Señor Administrador de la División de Aduana Córdoba, corresponde precisar los requisitos establecidos por el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 para el dictado de dichos actos. Dispone textualmente: “Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: a) ser dictado por autoridad competente; b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos; d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos; e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

IV. Corresponde a esta altura ingresar al tratamiento de los puntos sometidos a discusión de esta Alzada. En primer término y por una cuestión de estricta lógica procesal, cabe abordar la queja relativa a la determinación de la exactitud o inexactitud de la declaración efectuada por la firma actora ante la Dirección General de Aduana y en función de ello, determinar si incurrió o no en la conducta tipificada por el art. 954, apartado 1) inciso a) del Código Aduanero. Ello en tanto de no mediar inexactitud en la declaración, las demás cuestiones devienen abstractas por falta de configuración del elemento objetivo.

La recurrente pone de manifiesto que no se ha configurado en autos la conducta prevista en el tipo infraccional reprochado, en tanto no medió una declaración inexacta. Advierte que la declaración efectuada no difiere de la comprobada por el servicio aduanero, debido a que se documentaron evaporadores y condensadores y eso fue lo que efectivamente comprobó aduana al momento de la verificación física de la mercadería. Por tal razón, sostiene que la discusión no debe centrarse en torno a si la mercadería fue correcta o incorrectamente clasificada sino más bien, al régimen legal al que debía sujetarse la importación.

Por su parte, la Dirección General de Aduanas, considera que la importadora y/o su despachante, debieron ajustarse a los fines de la declaración de la mercadería importada, a lo dispuesto por el Anexo II. Punto 2 de la Resolución N° 2212, esto es, al procedimiento especial de despacho en conjunto.

No se encuentra controvertido lo constatado por servicio aduanero, esto es, la importación por parte de la firma Simsa Aire Acondicionado SRL con intervención de la Despachante de Aduana Sra. Lidia Beatriz Lamante, con fecha 26/10/2007, procedente de Thailandia de: a) 587 unidades evaporadoras compactas prefabricadas sin unidad condensadora ni equipo de enfriamiento, documentada mediante Destinación Aduanera N° 07-001-IC04 179.676 H para consumo definitivo y b) 587 unidades de equipos frigoríficos de compresión para refrigeración, documentada mediante una destinación para tránsito de importación hacia la aduana de

Córdoba, mediante la Destinación Aduanera N° 07-001 TR04-11186Y.

La mercadería contenida en la primera destinación fue declarada en dos ítem: Ítem 1: integrado por 116 unidades de capacidad inferior a 2500 frigorías/ h a cuyo fin se declaró la posición arancelaria PA: 8415.83.00.111U e ítem 2: integrado por 471 unidades con capacidad superior a 2500 frigorías/ h pero inferior o igual a 6.500 frigorías/ h cuya posición arancelaria es PA: 8415.83.00.112W. Tal como se desprende del nomenclador publicado por la Presidencia de la Nación, la nomenclatura 8415 es comprensiva de “máquinas y aparatos para acondicionamiento de aire que comprendan un ventilador con motor y los dispositivos adecuados para modificar la temperatura y la humedad, aunque no regulen separadamente el grado higrométrico”, siendo la nomenclatura 8415.83.00 comprensiva de las unidades antes descritas, aunque sin contener equipo de enfriamiento.

La segunda de las operaciones se declaró en los siguientes términos: ítem 1: integrado por 116 unidades condensadoras o enfriadoras con capacidad inferior a 2500 frigorías/ h, PA 8418.69.40.911A, ítem 2: 282 unidades condensadoras con capacidad inferior o igual a 3500 frigorías/ h - PA 8418.69.40.919T, e ítem 3: 189 unidades condensadoras con capacidad superior a 3500 frigorías/ h, PA 8418.69.40.921 D. Cabe mencionar que la nomenclatura 8418 es comprensiva de: “Refrigeradores, congeladores y demás material, máquinas, y aparatos para producción de frío, aunque no sean eléctricos; bombas de calor, excepto las máquinas y aparatos para acondicionamiento de aire de la partida 84.15” y el sub ítem 40 refiere a los grupos frigoríficos de compresión para refrigeración o aire acondicionado, con capacidad inferior o igual a 30.000 frigorías/ h.

Conforme lo verificado por Aduana, la posición arancelaria en que debió declararse la mercadería debió ser la N° 8415.10.11.200B y N° 8415.10.11.100W atento las condiciones de arribo de las mercaderías en cuestión a Zona Primaria Aduanera. Las citadas posiciones comprenden: “Máquinas y aparatos para acondicionamiento de aire que comprendan un ventilador con motor y los dispositivos adecuados para modificar la temperatura y la humedad, aunque

no regulen separadamente el grado higrométrico —del tipo elementos separados(“split-system”)— con capacidad inferior o igual a 2.500 frigorías/ h y con capacidad superior a 2.500 frigorías/ h pero inferior o igual a 5.000 frigorías/ h”, conforme surge del nomenclador publicado por Presidencia de la Nación.

Así las cosas, corresponde aquí dilucidar si resulta correcta la declaración de la mercadería ingresada en posiciones arancelarias diferenciadas en los términos en que realizó la actora, o si, por el contrario, se trata de mercadería que constituye una unidad clasificatoria de conformidad a lo dispuesto por la Regla General Interpretativa 2) a) como afirma la DGA y, por ende, debió ajustarse al procedimiento especial de despacho conjunto dispuesto en el Anexo II de la Resolución General 2212.

V. Tal como fuera reseñado al analizar la normativa en juego, la obligación de declarar de manera exacta con lleva, luego de la reforma introducida por la ley N° 25.986 que derogó el art. 957 del CA, la correcta declaración de la posición arancelaria.

Así lo ha interpretado reiteradamente la jurisprudencia de nuestros tribunales en tanto el art. 234, ap. 2 del CA preceptúa que la declaración debe indicar, además de la destinación solicitada, la mención de la posición de la mercadería en la nomenclatura arancelaria aplicable. El Tribunal Fiscal de la Nación en la causa “ Empresa Distribuidora Sur SA c. DGA “ ha dicho refiriéndose al art. 234 ap. 2 del CA “... de esta norma se colige que la declaración comprometida debe ser veraz en cuanto a las características de la mercadería, a las condiciones comerciales y demás circunstancias que permitan al servicio aduanero cumplir con la función asignada por el art. 241 del CA relativa a verificar, clasificar y valorar la mercadería de que se trata, a fin de determinar el régimen legal aplicable a la misma”. En la citada causa, la Dra. García Vizcaíno concluye: “... con el Sistema Informático María los declarantes deben extremar la prudencia, ya que —con anterioridad a la ley 25.986— no se permitía la posibilidad de una declaración complementaria, tal como en la actualidad se prevé en los arts. 234, ap. 3 —importación— y 332, ap. 3 - exportación—. Tales normas no operan como ley penal más

benigna". En este sentido, autorizada doctrina tiene dicho que cuando quien oficializa un despacho por el sistema informático, forzosamente realiza una declaración denominada completa, de modo que cuando se compromete una clasificación arancelaria se asumen todas las consecuencias de dicha elección, no admitiéndose aclaraciones complementarias o adicionales debido a que se trabaja con códigos o dígitos preestablecidos. (ver al respecto, Alais, Horacio Félix, "Régimen Infraccional Aduanero", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires/ Madrid/Barcelona, 2011, p. 233).

Ahora bien, a fin de determinar si hubo una incorrecta declaración de la PA por parte de la importadora y su despachante de aduana, resulta imperioso precisar el concepto de "unidad clasificatoria", en tanto la Resolución General N° 2212 —cuya aplicación aquí se discute— remite al mismo.

A saber, la regla interpretativa 2.a) del sistema armonizado establece que "Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que éste presente las características del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, o considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía".

Al respecto, el Tribunal Fiscal de la Nación en la causa: "Mirgor SA c. Dirección General de Aduanas s/ Recurso de Apelación" (JU-24488-2014, TFN) ha concluido que la regla transcrita requiere para su aplicación que los artículos objeto de verificación presenten las características esenciales del artículo completo o terminado. En igual sentido, nuestro Máximo Tribunal en la causa "CTI Compañía de Teléfonos del Interior SA (TF 19403-A y su acumulado 19417) c. Dirección General de Aduanas" se ha pronunciado por la inaplicabilidad de la Regla 2. A) del sistema armonizado al advertir que el artículo de referencia, en el caso, "la red de telefonía celular", no constituía en sí una única unidad clasificatoria. (ver al respecto, autos de referencia, sentencia del 20/08/2014). A contrario sensu, cabe concluir que para que exista una unidad clasificatoria, es condición que el artículo completo y/o terminado al que refiere la regla 2.a)

posea una posición arancelaria diferenciada a la de sus partes.

En autos, es válido lo afirmado por la recurrente respecto a que los artículos importados poseen una posición arancelaria propia y diferenciada la cual resultó declarada por la Despachante.

Ahora bien, no puede pasar inadvertido que tales artículos arribaron y permanecieron en zona primaria aduanera en las condiciones establecidas por el punto 2 - Anexo II de la Resolución General 2212/2007. Esto es, ingresaron al país provenientes del mismo destino (Tailandia), en un único embarque —aunque amparadas por diferentes documentos de transporte IIOOV4812-4342-707.022 07001 MANI184669M y II—. Verificadas las condiciones descriptas, entiendo que la mercadería en cuestión conforma o constituye una unidad clasificatoria en los términos de la Regla 2.a), desde que en su totalidad resulta suficiente para armar 587 unidades *Split*. Ello es así en tanto quedó demostrado que los artículos importados tal como se encontraban en zona primaria aduanera por sí solos y aún desmontados, poseían las características esenciales de un aire *Split System*, no requiriendo de ningún otro elemento.

Lo expuesto me permite concluir que, en el presente, debió solicitarse por la importadora y/o su despachante, el despacho en conjunto de la mercadería y ajustarse a lo normado en el punto 2 - Anexo II de la Resolución General 2212/2007. La norma en cuestión resulta clara al respecto, en tanto establece que presentadas determinadas condiciones (mercaderías que constituyen una unidad clasificatoria y que se encuentran en zona primaria aduanera en el mismo momento) "... el interesado deberá solicitar, a la dependencia operativa correspondiente, su despacho en forma conjunta con arreglo a la Regla General Interpretativa 2 a) del Sistema Armonizado, sin más trámite". La locución deberá no deja margen de dudas respecto a que, frente al acaecimiento de determinadas circunstancias, el despacho en conjunto no es una opción para el declarante, sino una obligación. En el presente, reitero, las condiciones de arribo y permanencia de la mercadería en zona portuaria, a lo que se suma que la totalidad de artículos importados conformaban una unidad

clasificatoria, tornaban obligatorios para el importador el solicitar el despacho en conjunto de la mercadería.

Al analizar la cuestión, no puede soslayarse que el bien jurídico tutelado en la declaración aduanera es su veracidad, completitud y exactitud. “Considerando la importancia que tiene el esquema de despacho en confianza y el control aduanero selectivo, único sistema que permite el actual volumen de tráfico internacional de mercaderías, surge evidente la necesidad de sancionar a quien vulnera aquella confianza y formula una declaración que difiere con el resultado de la comprobación aduanera” (Cotter, Juan Patricio; “Las infracciones aduaneras”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 198).

Desde otro ámbito de análisis, tampoco puede obviarse que en la materia prima el principio de la realidad económica consagrado por el art. 1 y el art. 2 de la Ley N° 11.683. En autos, si bien es cierto que las mercaderías importadas por la firma Simsa poseen por separado posiciones arancelarias diferenciadas ya que no se encuentra impedida la importación de unidades exteriores o interiores de aire *Split* por separado, también es cierto que la importación de la unidad completa de aire acondicionado *Split System* está gravada con un mayor pago de derechos y cargas tributarias, esto a los fines de proteger la industria nacional. Analizada la cuestión a la luz de dichas reglas, sorprende que la mercadería importada consiste en artículos que en su conjunto componen aires acondicionados tipo *Split* cuyas partes ingresaron al país si bien en dos destinaciones diferentes que involucran sus partes interiores como exteriores en iguales e idénticas cantidades (587 unidades), en un mismo embarque, consignadas al mismo importador y provenientes del mismo exportador y resultan suficientes por sí mismas para el armado de 587 equipos de aire tipo *Split*.

Así las cosas, al encontrarse obligado el actor a solicitar el referido despacho en conjunto, el hecho de haber declarado las mercaderías en posiciones arancelarias diferenciadas, torna en inexacta las mismas, configurándose la conducta regulada por el art. 954, inc. a) del CA.

Lo dicho no importa desconocer el carácter opcional que posee el régimen de envíos esca-

lonados, régimen cuya aplicación —vale aclarar— no se discute en la presente, sino que, por el contrario, lo aquí controvertido es justamente la aplicación del procedimiento especial de despacho en conjunto reglamentado en el anexo II. Con relación al punto, coincido con la aclaración efectuada por el TFN en los autos “Mirgor” ya citados en cuanto afirma que el régimen de envíos escalonados “... se aplica cuando se trata de una importación que, reuniendo el requisito primordial de constituir una unidad clasificatoria pero que requiere ser presentada ante la Aduana desarmada o sin montar, en virtud de la Regla General 2 a) para la interpretación del Sistema Armonizado, en sucesivos envíos en razón de su gran volumen, complejidad, cronograma de montaje, distintos orígenes u otras razones justificadas. Que se trata de un régimen establecido en beneficio de los importadores y exportadores (...) De lo que se sigue que es un beneficio establecido para el operador comercial y que, al optar por el mismo, éste resulta ser de cumplimiento obligatorio (...) Que, de lo expuesto, no cabe duda de que el régimen es opcional para el importador... pero que cuando opta por dicho procedimiento, su cumplimiento se torna obligatorio. Que la recurrente expresamente reconoce que no se acogió al sistema previsto en tal disposición y argumentó que a tal proceder le resulta aplicable la Regla 2 del sistema armonizado; regla que no se aplica en la especie por las razones expuestas en el considerando VIII” (del voto del Dr. Segura en autos “Mirgor SA c. Dirección General de Aduanas s/ recurso de apelación”, JU-24488-2014-TFN).

Por lo expuesto, corresponde rechazar el agravio introducido tendiente a desvirtuar la existencia de una declaración inexacta y confirmar en lo que al punto refiere lo decidido por el Sr. Juez de Primera Instancia.

VI. En este estado, habiendo confirmado la existencia de inexactitud en la declaración, corresponde analizar los agravios referidos a la inexistencia de perjuicio fiscal, atento que de verificarse tal extremo la inexactitud no resultaría punible por no corroborarse la condición objetiva de punibilidad.

La definición de perjuicio fiscal no limita el concepto únicamente a los tributos que gravan el comercio exterior —estrictamente adua-

neros— sino que también incluye a aquellos tributos cuya percepción, con motivo de tales operaciones, están confiados al servicio aduanero, tales como el caso del Impuesto al Valor Agregado, Impuestos Internos o el anticipo del Impuesto a las Ganancias para bienes de consumo, siempre que —claro está— el tributo exista como consecuencia de un hecho gravado. (Alais, Horacio Félix, “Régimen Infraccional Aduanero”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires/ Madrid/Barcelona, 2011, p. 210).

En otro orden, resulta clara la norma respecto a que el perjuicio puede ser real o potencial. El concepto de “... potencialidad introduce la idea de que no será relevante el acto posterior que realice el declarante tendiente a minimizar o, directamente, hacer desaparecer el peligro hacia la renta fiscal, ya que siempre, con anterioridad a la declaración y con posterioridad a esta, el perjuicio fiscal tanto real como supuesto, tiene que estar presente para que se configure la infracción”. (Alais, Horacio Félix, “Régimen Infraccional Aduanero”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires/ Madrid/Barcelona, 2011, p. 213).

Afirma la recurrente que el *a quo* no se ha pronunciado respecto del planteo encaminado a que se deduzcan del cálculo del perjuicio fiscal, los importes garantizados en la destinación en tránsito. Refuerza su postura utilizando como argumento que las posiciones arancelarias de las mercaderías declaradas en tránsito, tenían exactamente el mismo tratamiento arancelario que las posiciones arancelarias que debieron ser utilizadas en la declaración.

Entiendo que no le asiste razón a la quejosa con relación al punto, en tanto de haberse declarado la mercadería conforme lo exige el punto 2 del Anexo II de la Resolución General, se habría generado un único despacho y un único hecho imponible. Por el contrario, el despacho en tránsito no genera el hecho imponible tributario, en tanto a través del mismo se permite que la mercadería importada pueda ser transportada desde la aduana de origen hacia otra interior en la que se someterá a otra destinación, que puede ser a consumo o a exportación. Con lo cual surge evidente que de pasar inadvertida la inexactitud en la declaración, la mercadería correspondiente a dicha destinación puede permanecer por tiempo indeterminado en el territorio aduanero

nacional sin que se paguen los tributos que gravan su importación para consumo, todo lo cual constituye un evidente perjuicio fiscal. En igual sentido ha concluido la jurisprudencia al expresar que se advierte un potencial perjuicio fiscal cuando se detecten diferencias en destinaciones suspensivas que si bien en esencia no están sujetas al pago de tributos, en tanto la potencialidad del perjuicio aparece como posibilidad de que se incumpla con las obligaciones contraídas con relación al régimen de importación temporaria, situación que genera en cabeza del importador las responsabilidades por el pago de los mismos. (cfr. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala F, “Renault Argentina SA-TF núm. 21.730-A— s/ Apelación, 20/10/2007”).

En efecto, en autos se advierte que tal como se documentaron las operaciones de importación, la garantía constituida con relación a la destinación en tránsito podría no ejecutarse nunca en la práctica, por lo que el perjuicio fiscal luce evidente.

Asimismo, de las constancias del expediente administrativo se desprende el tratamiento arancelario diferenciado que grava a las distintas posiciones arancelarias, siendo mayor el que recae sobre la posición arancelaria que refiere al aparato tipo *Split system*.

En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar los agravios referidos a la falta de comprobación del elemento objetivo del tipo y confirmar el decisorio impugnado en cuanto al punto refiere.

VII. Me referiré en este ítem a la queja por la cual se cuestiona la omisión en que incurrió el decisorio al no ordenar al Fisco el recálculo de la multa en función del nuevo perjuicio fiscal.

Con relación al punto, me remito una vez más a lo establecido por el art. 954 del CA en cuanto sanciona a quien para cumplir cualquiera de las operaciones o destinaciones de importación o exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración inexacta que produjere o pudiera producir alguna de las consecuencias enumeradas en los incisos a); b) y C). En el supuesto en que como en el caso, la conducta típica encuadre en el inciso a), el infractor será

sancionado con una multa de uno a cinco veces el importe del perjuicio.

Así las cosas, resulta lógico suponer que, si el importe de la multa se gradúa en función del importe del perjuicio fiscal, al ser éste reducido, debe también recalcularse la multa.

No obstante, no escapa al suscripto que la sentencia impugnada, efectivamente omitió pronunciarse respecto al recalcule de la multa, todo lo cual podría eventualmente traer consecuencias a futuro.

En virtud de lo expuesto, soy de opinión que le asiste razón a la quejosa en cuanto al punto refiere, por lo que corresponde ordenar al Fisco que luego de efectuar el recalcule del importe adeudado por la actora en concepto de perjuicio fiscal, de conformidad a las pautas señaladas por el decisorio de grado y confirmadas por esta Alzada, revise el monto de la sanción pecuniaria impuesta, a fin de que la misma constituya una derivación razonada del perjuicio fiscal finalmente fijado. Ello claro está, en función de la escala fijada por el art. 954, inc. a) del Código Arancelario.

VIII. Resta analizar en el presente acápite los agravios tendientes a descartar la responsabilidad solidaria de la Despachante de Aduana.

En lo que refiere a la extensión de la responsabilidad tributaria, corresponde rechazar sin más la queja, en tanto surge evidente de la sentencia que la responsabilidad atribuida a la Sra. Lamante no es tributaria sino sancionatoria.

En lo que al punto refiere corresponde precisar que el art. 908 del CA textualmente establece: “El despachante de aduana que cometiere una infracción aduanera en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 36, apartado 1, es responsable de las sanciones correspondientes, salvo que probare haber cumplido con las obligaciones a su cargo. En este último supuesto, la persona representada será responsable por la infracción aduanera cometida”.

La norma transcripta exime de responsabilidad tributaria al despachante de aduana, siempre que pruebe haber cumplido con las obligaciones a su cargo. La ley le otorga al representante la posibilidad de justificar su conducta y a

la autoridad de aplicación la posibilidad de analizar la existencia de culpa en su actuar, teniendo en cuenta las modalidades de la actuación, no siendo suficiente para eximir de responsabilidad —conforme surge de la jurisprudencia del TFN— la demostración del mero acatamiento de las instrucciones del representado. (ver Tribunal Fiscal de la Nación, Sala G, fallo 26/06/2007 autos: “Holgado, Alejandra M.”).

En autos, la despachante se limita a manifestar para eximirse de responsabilidad que su obrar se ajustó a las instrucciones dadas por la importadora, no siendo esto suficiente para que proceda la causal exculpatoria. Ello es así en tanto —tal como se expuso anteriormente— la solicitud de aplicación del régimen especial de despacho en conjunto regulado en el Anexo II de la Resolución General 2212/2007 no es optativo sino obligatorio, a la vez que la norma se encuentra contenida en una reglamentación general cuyo contenido se presume conocido por todos.

Por los argumentos expuestos, corresponde desestimar también los agravios referidos al punto analizado y confirmar la sentencia recurrida.

IX. Por último, en lo que refiere a la queja por la distribución de costas por el orden causado, entiendo que tampoco le asiste razón a la quejosa. Ello en tanto si bien la demanda fue acogida parcialmente, en lo que refiere a lo sustancial —configuración de la infracción aduanera y aplicación de la multa— fue rechazada.

En virtud de ello, considero que el régimen impuesto resulta equitativo y ajustado a derecho, por lo que se confirma el decisorio en lo que al punto refiere.

X. Resta pronunciarme respecto de las costas de la presente instancia, las que atento al resultado arribado se imponen en su totalidad a la recurrente perdedora, de conformidad a lo dispuesto por el art. 68, primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Los honorarios que correspondan se difieren para cuando exista base económica firme. Así voto.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

I. Que luego de un análisis de las constancias de autos y la cuestión sometida a consideración,

expreso mi adhesión al voto de la colega preopinante, aunque deseo efectuar algunas consideraciones.

II. Inicialmente no puedo dejar de resaltar que la resolución de la instancia de grado, por la cual el juez *a quo* confirmó la resolución de la AFIP - DGA, ha quedado firme con relación a la empresa importadora, restando solo el examen del recurso incoado por la representación de la despachante de aduana.

En primer término cabe estar a que, tal como expone la doctrina, la declaración aduanera debe ser "... veraz y exacta, y corresponde al declarante individualizar la totalidad de los elementos necesarios que deben ser tenidos en cuenta por el servicio aduanero para la correcta clasificación y valoración de la mercadería, así como para ejercer debidamente todas las funciones de control que se encuentran a su cargo... Considerando la importancia que tiene para el esquema de despacho en confianza y control aduanero, único sistema que permite el actual volumen de tráfico internacional de mercaderías, surge evidente la necesidad de sancionar a quien vulnera aquella confianza y formula una declaración que difiere del resultado de la comprobación aduanera" (Cotter, Juan Patricio. "Estudios de Derecho Aduanero". Lexis Nexis. Buenos Aires. 2007. P. 322 y 325).

En este sentido si bien tal como sostiene la recurrente, en principio la inexactitud debe ser en relación a la mercadería, cuando la misma recae sobre el régimen legal elegido, se debe analizar las particularidades de la declaración y la razonabilidad de la posición asumida por el declarante.

Es decir, en casos como el presente, cobra particular relevancia el análisis de la razonabilidad en el actuar. En autos, entiendo que tales extremos han sido acabadamente desarrollados por el juez y *a quo* y por el colega preopinante, no advirtiendo que la apelante haya dado argumentos que permitan desvirtuar lo sostenido. Así voto.

La doctora Navarro dijo:

I. Que, examinada la cuestión sometida a decisión de esta Alzada, adhiero a la solución que

propicia mi colega preopinante doctor Rueda, tanto en lo que atañe a la resolución a la que arriba como el modo en que analiza las cuestiones inherentes al recurso interpuesto por la coaccionante Sra. Lidia Beatriz Lamante.

Ello es así, ya que, si bien se encuentra firme la resolución del *a quo* en lo que respecta a la empresa importadora, los agravios de la apelante giraron en torno a cuestionar los alcances de las actuaciones, tanto en sede administrativa como en sede judicial, en lo que concernía a su accionar como así también lo correspondiente al accionar de la empresa.

Por consiguiente, adhiero al tratamiento de la cuestión efectuado por el doctor Rueda, que resulta adecuado a los fines de despejar cualquier duda del apelante. Así voto.

Por el resultado del Acuerdo que antecede; se resuelve: 1.- Confirmar la Resolución dictada con fecha 19 de septiembre de 2018 por el Sr. Juez Federal N° 3 de Córdoba, en todo lo que decide y ha sido motivo de agravio, con más los agregados establecidos en el considerando VIII) del presente decisorio, todo de conformidad a los argumentos allí desarrollados. 2.- Imponer las costas de la Alzada a la recurrente perdedora en virtud del principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 68, primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, y diferir las regulaciones de honorarios que correspondan para su oportunidad. 3.- Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. — Liliana Navarro. — Luis R. Rueda. — Abel G. Sánchez Torres.

NOTIFICACIONES EN PANDEMIA

Cuota alimentaria. Intimación a cumplirla. Notificación por WhatsApp.

Corresponde revocar la resolución recurrida y disponer que la intimación al pago de la cuota alimentaria sea practicada por la parte actora mediante la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp al número telefónico denunciado, ya que la flexibilización de los rigorismos procesales se impone en esta situación extraordinaria —pandemia por COVID-19— a fin de

hacer efectiva la tutela judicial efectiva y garantizar así la protección de los importantes derechos en juego.

CNCiv., sala A, 30/06/2020. - L., M. A. c. C., W. C. s/ Denuncia por violencia familiar.

[Cita on line: AR/JUR/21264/2020]

80025/2019

2ª Instancia. - Buenos Aires, junio 30 de 2020.

Considerando:

I. Llegan estos autos a fin de entender en el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Patrocinio Jurídico a Víctimas de Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación con fecha 26 de mayo, contra el decreto dictado el día 15 de ese mes —sostenido el 29— que rechazó el pedido de notificación por WhatsApp al demandado de la intimación dispuesta el 14 de enero.

II. De las constancias de autos surge que el 24 de octubre del pasado año la Sra. Juez de grado dispuso que el demandado debía abonar, en calidad de alimentos de su hija menor, el alquiler mensual del inmueble en el que la niña habita junto con su madre, sito en la calle ..., departamento, de esta ciudad.

Con motivo de la denuncia de incumplimiento formulada por la accionante, el 14 de enero se intimó al demandado en los términos previstos por el art. 648 del Código Procesal, bajo apercibimiento de ejecución.

Sin embargo, dicha notificación no pudo hacerse efectiva, pase a los medios empleados para determinar el paradero del alimentante.

A raíz de ello, la parte actora denunció un número de celular que pertenecería al demandado y solicitó que sea anoticiado por intermedio de la popular aplicación de mensajería WhatsApp. Dicho pedido fue denegado por la juzgadora, con fundamento en la imposibilidad de certificar que el número telefónico perteneciera efectivamente al accionado.

III. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho reiteradamente que los pro-

nunciamientos judiciales deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (conf. CSJN, "Recurso de hecho deducido por A. M. M. en la causa G. C., S. c. M. M., A. s/ restitución internacional de niños" del 29/05/2018, sentencia publicada en Fallos: 341:590 y su cita a Fallos: 311:787 y 330:642).

En tal sentido, la solución a adoptar no puede desentenderse del contexto en el que nos encontramos viviendo, ya que a raíz de la pandemia generada por el Covid-19, el Poder Ejecutivo Nacional ha dispuesto, a partir del 20 de marzo, un aislamiento social, preventivo y obligatorio, que luego de sucesivas prórrogas se mantiene hasta la actualidad (decretos 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020 y concordantes).

La medida adoptada, entre muchas otras actividades, ha afectado la normal prestación del servicio de justicia, pues como es sabido, la Corte Suprema, a partir del dictado de la acordada 6/2020, estableció una feria judicial extraordinaria para todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran el Poder Judicial de la Nación.

Frente al escenario descripto y ante la necesidad de garantizar la protección jurisdiccional de aquellos derechos cuya tutela no admite demora, el Alto Tribunal promovió, en diversas acordadas, la utilización de medios electrónicos para que la prestación del servicio de justicia sea efectuado en forma mayormente remota.

Así, estableció que todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital a través del IEJ y firmadas de manera electrónica; dispuso la libranza de giros judiciales por medios electrónicos; la utilización de firma electrónica y digital para magistrados y funcionarios, dejando de lado el uso del papel; la realización de acuerdos en forma remota; la interposición de demandas, quejas y recursos directos por mail y en formato exclusivamente digital; entre otras (acordadas 6/2020, 9/2020, 12/2020, 14/2020 y concordantes). Tales medidas fueron acompañadas, reafirmadas y reglamentadas por el Tribunal de Superintendencia de esta Cámara Civil, mediante las resoluciones

346/2020, 347/2020, 393/2020, 454/2020 y concordantes.

Sentado lo anterior, es importante recordar que en la especie, el demandado ya fue anoticiado de la fijación de la cuota alimentaria a favor de su hija, cuyo pago —según denuncia la madre— habría incumplido. A raíz de ello es que la actora solicitó la traba de un embargo sobre bienes del progenitor, que dio lugar a la intimación que exige el art. 648 del rito, la cual no pudo hacerse efectiva pese a los diversos medios empleados al efecto, que incluyeron la colaboración de las fuerzas de seguridad.

La mentada notificación, constituye un escollo para proceder a la ejecución forzada de la pensión adeudada, cuyo objeto —no está de más recordar— es el pago del alquiler de la vivienda que habita la niña con su madre y por la que el locador habría promovido juicio de desalojo con motivo de la falta de pago del canon.

Frente a los hechos descriptos y el contexto en el que se formula la solicitud, la utilización de la aplicación de mensajería WhatsApp aparece como un medio tecnológico adecuado para concretar la notificación pendiente, ya que la flexibilización de los rigorismos procesales se imponen en esta situación extraordinaria, a fin de hacer efectiva la tutela judicial efectiva y garantizar así la protección de los importantes derechos en juego.

No se deja de lado que las indagaciones efectuadas en la anterior instancia para demostrar que dicho número telefónico pertenece al demandado, no han arrojado resultados certeros. Sin embargo, existen en la causa elementos que otorgan verosimilitud a la denuncia formulada por la actora, dado que de la certificación efectuada con fecha 11 de mayo se desprende que el hijo del accionado manifestó que se trataba del celular de su padre, mientras que dicho número también luce en la captura de pantalla agregada con la presentación del 28 de ese mes, que ilustraría una comunicación entre el accionado y la hermana de la actora.

Por otro lado y como lo destaca la peticionante, la implementación de esta particular modalidad no resulta novedosa, ya que recién

temente ha sido autorizada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y admitida por la jurisprudencia para casos similares (v. Resolución 12/2020, artículo 4°; CNCiv., Sala I, “M., J. L. c. M., D. A. J. s/ denuncia por violencia familiar”, del 22/04/2020; idem., Sala M, “C. L., D. c. S., V. J. s/ medidas precautorias”, del 01/06/2020).

En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores de Cámara, se resuelve: Revocar la resolución recurrida y disponer que la intimación ordenada con fecha 14 de enero de este año, sea practicada por la parte actora mediante la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp al número telefónico denunciado, debiendo incluir copia digital de la citada providencia y de la presentación que la motiva, junto con la leyenda “Notificación judicial emanada del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 76, en autos “L., M. E. c. C., W. C. s/ denuncia por violencia familiar” (Expte. 80.025/2019), dirigida al demandado W. C. C.”. Una vez cumplida, deberá adjuntarse la captura de pantalla, con la firma electrónica del letrado a título de declaración jurada de su efectiva realización. Las costas de alzada se imponen por su orden, en virtud de lo novedoso de la petición y por no haber mediado contradictorio. Regístrese, notifíquese en forma electrónica, comuníquese al Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (acordadas 15/2013 y 24/2013) y devuélvase. La vocalía N° 2 no interviene por hallarse vacante. — *Sebastián Picasso.* — *Ricardo Li Rosi.*

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Indemnizaciones. Incapacidad sobreviniente. Fórmulas matemáticas. Daño moral. Gastos médicos y farmacéuticos. Observaciones a la pericia sin fundamento científico.

1. — No hay pruebas certeras de que las lesiones físicas verificadas por el perito médico tengan la incidencia que pretende el recurrente en las actividades productivas de su representada, más allá de los porcentajes de incapacidad que nadie discutió.
2. — El resultado que pueda obtenerse de la aplicación de fórmulas matemáticas —art. 1746

del actual CCyC— solo constituye un marco de razonabilidad para el juez y que este no está obligado a ceñirse estrictamente a esa cuenta.

3. — No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración del daño moral, pues sólo la víctima puede saber cuánto sufrió al estar en juego sus vivencias personales y contrariamente a lo que señala el demandado y su aseguradora no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este.
4. — Aunque los gastos médicos y farmacéuticos deben presumirse porque muchas veces los tickets o comprobantes no suelen conservarse, y las obras sociales u hospitales públicos no cubren la totalidad de los gastos, la ausencia total de esos comprobantes tiene una incidencia negativa en la cuantía.
5. — Expresar agravios no es reiterar impugnaciones a una pericia, máxime si esas observaciones no aportan elemento científico alguno que desvirtúe el dictamen del perito médico, carecen del respaldo de un consultor técnico y han sido contestadas por el experto, ratificando sus conclusiones.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 26 años.

Observaciones: Se elevan los montos otorgados en primera instancia.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: \$80.000

Daños varios: Gastos de reparación del vehículo: \$87.900

CNCiv., sala B, 11/05/2020. - Alonso, María José c. Bustamante, Claudio Gustavo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte).

[Cita on line: AR/JUR/17000/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

En “C., M. y otros c. Provincia de San Luis y otra”, 21/05/2002, Fallos: 325:1156, AR/JUR/5632/2002, sostuvo que el daño moral no necesariamente guarda relación con el daño material.

COSTAS

Se imponen al demandado y a la aseguradora.

INTERESES

Se aplica la tasa activa. Respecto la indemnización por los gastos de reparación del vehículo, se aplica desde la fecha del hecho dañoso y hasta la fecha de presentación del dictamen pericial de ingeniería una tasa del 8 %, y desde allí hasta el efectivo pago se aplica la tasa activa.

Expediente N° 63.039/2015.

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 11 de 2020.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Parrilli* dijo:

I. Contra la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por María José Alonso y condenó a Claudio Gustavo Bustamante y “La Nueva Cooperativa de Seguros Ltda.” —ésta última conforme lo prescripto por el art. 118 de la ley 17.418— a pagarle a la referida en primer término \$154.000, con más sus intereses y costas, por los daños y perjuicios que sufriera a raíz del accidente de un accidente de tránsito ocurrido el día 24 de septiembre de 2014, expresan agravios la actora, por intermedio de su apoderado en el escrito agregado a fs. 248/253 y el demandado y la aseguradora a fs. 254/257, presentaciones que fueron contestadas a fs. 264/265 y 259/261.

II. No hay agravios respecto a la responsabilidad que se atribuyera al demandado y las críticas de ambas partes y aseguradora citada en garantía apuntan a la cuantía de los rubros que

integran la cuenta indemnizatoria. Además, en el caso de Claudio Gustavo Bustamante y “La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada” se cuestiona la tasa fijada para liquidar los réditos.

III. Después de descartar que María José Alonso presentara lesión psicológica a causa del accidente, la Sra. Jueza resolvió indemnizarle con cincuenta mil pesos (\$50.000) el daño patrimonial derivado de la incapacidad física sobreviniente que en un grado del 11 % —cervicalgia con limitación funcional 6% y limitación funcional a nivel de hombro izquierdo 5% (ver fs. 158 vta.)—, constatará el perito médico designado de oficio, quien aclaró que no aplicaba el método de capacidad restante, porque la lesión se verificaba en “un único segmento corporal” (ver fs. 172).

Ambas partes se agravian de la referida decisión.

El demandado y su aseguradora, en unas pocas líneas, sostienen que la suma reconocida “excede el marco de la realidad fáctica” y destacan que la Sra. Jueza no tuvo en cuenta la impugnación que hicieran al dictamen del perito médico designado de oficio y concluyen afirmando “aún no llegamos a explicarnos el porqué de la cuantía consignada” (ver fs. 255).

Expresar agravios no es reiterar impugnaciones a una pericia, como hacen los recurrentes (ver en este sentido, Fenochietto-Arazi, “Códigos...”, T. 1, p. 837), máxime si esas observaciones no aportan elemento científico alguno que desvirtúe el dictamen del perito médico, carecen del respaldo de un consultor técnico y han sido contestadas por el experto, ratificando sus conclusiones.

Además, no es cierto que la Sra. Jueza no tuviera en cuenta la referida impugnación ya que la examinó y descartó (ver fs. 243, tercer párrafo) dando argumentos que los recurrentes no se ocupan de rebatir mediante una crítica concreta y razonada (art. 265 y 266 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por su parte, el apoderado de la actora, si bien coincide con el encuadre jurídico realizado en la sentencia, cuestiona con severidad la suma reconocida y procura su incremento. Afirma

que reconocer cincuenta mil pesos a una persona joven, al momento del accidente, que presenta una incapacidad del 11 %, constituye un “desatino” y que no puede entender que la Sra. Jueza “se encuentre tan alejada de las circunstancias económicas de la vida diaria”. Agrega que la actora es cuentapropista, hace referencia a distintas fórmulas matemáticas para cuantificar esta partida que arrojan resultados sustancialmente superiores a la suma reconocida que oscilan entre los doscientos mil y un millón de pesos. Señala que su parte no pretende “acogerse a un sistema indexatorio” pero que tampoco puede ignorarse el “desfasaje grotesco de precios, ocurrido en los últimos años y seguir con un criterio obsoleto e irreal de valorización”.

Si bien puede compartirse la crítica relativa a una falta de ponderación adecuada del contexto económico, en la traducción a pesos del valor de la incapacidad física verificada en la actora (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial), de ninguna manera puedo proponer al Acuerdo que se incremente esta partida hasta las sumas que propicia el recurrente. No puedo hacerlo, porque no hay en el expediente una sola constancia probatoria que pueda justificar otorgar semejantes cantidades. Más aún, tampoco hay pruebas ciertas de que las lesiones físicas verificadas por el perito médico tengan la incidencia que pretende el recurrente en las actividades productivas de su representada, más allá de los porcentajes de incapacidad que, como dijera la Sra. Jueza con citas de la Corte Federal, que nadie discutió, no deben adoptarse de manera estricta (ver fs. 233, párrafo 2°). Obsérvese que dicho experto, al ser preguntado sobre si Alonso se encuentra en condiciones de aprobar un examen pre ocupacional, contestó afirmativamente y si bien aclaró que “para tareas que no exijan esfuerzo” (ver fs. 158 vta., resp. 8ª), la propia actora refiere que actualmente “se encuentra trabajando” (ver fs. 157 ultimo renglón) y ante la perito psicóloga designada de oficio nos brinda más precisiones sobre sus actividades, comentando que “es dueña de un carnicería”, que “trabaja en la caja” (ver fs. 191) y definiéndose “como una persona activa, trabajadora, a veces ella misma carga la res de carne en su espalda cuando falta el carnicero” (ver fs. 191 vta.).

Ahora bien, siguiendo con el cuestionamiento a la cuantificación realizada, debo decir que

no obstante que este caso queda aprehendido por el anterior Código (ley 17.711), no advierto inconvenientes en recurrir al previsto en el actual art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial, según el cual “en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades” (ver en este sentido, esta Sala mi voto *in re*, “Leguizamón, Elsa I. c. Cima, Daniel s/ daños y perjuicios” del 14/04/2016; *in re*, “Sorroche, Esteban c. Camino Parque del Buen Ayre de la Coor Ecológica Área M. s/ daños y perjuicios” (Exp. N° 12025/2012) del 03/05/2016; *in re* “Fontana, Claudio A. C. c. Giordano Oliveira, Ramón E. y otros s/ daños y perjuicios” (Exp. N° 53.148/2009) del 04/08/2016, entre otros; *in re*, “López Vega, Diego H. c. Fernández, Cristina A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)” del 15/12/2016; *in re*, “Poulakis, Cristian A. c. Barrionuevo, María S. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)” (Expte. N° 34.112/15) 13/12/2017, entre otros).

Cabe observar, como lo hiciera en los precedentes citados en el apartado anterior, que el resultado que pueda arrojar el cálculo antes referido, es solo una pauta que no sujeta al Juez.

Entonces, sin perjuicio de las perplejidades sobre la incidencia de las lesiones físicas, ponderando que con el dictamen médico agregado a fs. 157/159 y el informe del Hospital Zonal General de Agudos General Manuel Belgrano (ver fs. 71 y fs. 75/76), se prueba la incapacidad sobreviniente; que la actora tenía a la fecha del accidente 26 años; que —como dijera la Sra. Jueza— los porcentajes de incapacidad no atan al juzgador, que el monto de un salario mínimo vital y móvil a la fecha del hecho ascendía a unos \$4.400 mensuales, un límite de edad de 75 años; que el resultado que pueda obtenerse de la aplicación de fórmulas matemáticas que refiere el recurrente (art. 1746 del actual Cód. Civ. y Comercial) sólo constituye un marco de razonabilidad para el juez y que este no está obligado a ceñirse estrictamente a esa cuenta (ver en esa dirección esta Sala mis votos *in*

re, “Leguizamón, Elsa I. c. Cima, Daniel s/ daños y perjuicios” del 14/04/2016; *in re*, “Sorroche, Esteban c. Camino Parque del Buen Ayre de la Coor Ecológica Área M. s/ daños y perjuicios” (Exp. N° 12025/2012) del 03/05/2016; *in re* “Fontana, Claudio A. C. c. Giordano Oliveira, Ramón E. y otros s/ daños y perjuicios” (Exp. N° 53.148/2009) del 04/08/2016; *in re*, “López Vega, Diego H. c. Fernández, Cristina A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)” del 15/12/2016; *in re*, “Poulakis, Cristian A. c. Barrionuevo, María S. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)” (Expte. N° 34.112/15) 13/12/2017, entre otros; Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, T. VIII, Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 522/528, ver fs. 332); que las secuelas permanentes en la integridad corporal, habrán de producir efectos patrimoniales negativos no sólo en los ingresos por actividades laborales o profesionales de la víctima sino en cualquier otra actividad que tenga un contenido económico (vgr. tareas domésticas, posibilidad de trasladarse por sus propios medios y otras) y que existen dificultades para trasladar a pesos el valor de una indemnización (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial) debido a la innegable inflación existente que corroe la moneda y termina desvirtuando el principio de reparación integral en las indemnizaciones reconocidas, considero prudente incrementar esta partida hasta la suma de \$80.000 —pesos ochenta mil—, lo que así habré de proponer al Acuerdo.

IV. La demandada y su aseguradora cuestionan la indemnización que la Sra. Jueza reconociera para resarcir el daño moral (\$35.000) calificándola de “enormidad” pues la actora no ha sido afectada por secuelas físicas de gravedad. Agregan que “es evidente que con tal reconocimiento el sentenciante intenta que se le reparen a la accionante todos sus infortunios de vida y no los que hipotéticamente emergen de presente juicio”. Dicen que la suma reconocida “muestra una falta de proporcionalidad y razonabilidad que la descalifica como acto jurisdiccional válido” y que es “manifiesta la improcedencia del reclamo” (ver fs. 255 y 256).

Por su parte, el apoderado de la actora se agravia de la cuantía reconocida a su representada y procura se incremente. Sostiene que “los disgustos y el temor sufrido por las conse-

cuencias físicas padecidas y su carácter de definitivas han ocasionado un daño de importante cuantificación, entendiendo que la suma fijada a este respecto no resulta concordante con las inquietudes que la Srta. Alonso padeció y padece por su incapacidad de atender sus normales ocupaciones y las preocupaciones que deberá experimentar por verse sometida a nuevos tratamientos” (ver fs. 251).

Como en el caso concurren ilicitud y lesiones físicas generadoras de incapacidad sobreviniente, no hay dudas de la procedencia de esta partida como parece sugerir la demandada y su aseguradora, pues se tiene por configurada *in re ipsa* (arts. 1078 del Cód. Civil, texto según decreto-ley 17.711 y arts. 1738 y 1741 del Cód. Civ. y Comercial y 163 inciso 5° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de este rubro pues sólo la víctima puede saber cuánto sufrió al estar en juego sus vivencias personales y contrariamente a lo que señala el demandado y su aseguradora no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros).

Frente a lo expuesto, si a causa del accidente la actora debió utilizar un cabestrillo en uno de sus brazos por diez días y tuvo una convalecencia de treinta días (ver dictamen del perito médico designado de oficio a fs. 157 y constancias de libro de guardia del Hospital Zonal General de Agudos Manuel Belgrano del día posterior al hecho, según correlación de fs. 71,75 y 76), no parece que haya razones para reducir la suma reconocida en la anterior instancia.

Pero si las molestias y alteraciones del ritmo de vida antes reseñadas no justifican una disminución del resarcimiento del daño moral, tampoco hay razones para incrementarlo. Digo esto porque según se desprende del dictamen presentado por la perito psicólogo, además de no verificar lesión psicológica, “se encuentra activa, de pie, “parada”, positiva, y con ganas de crecer y prosperar para darle un ejemplo a su hijo” (ver fs. 192 “*in fine*”).

Con base en lo expuesto, propondré al Acuerdo confirmar las sumas reconocidas en la anterior instancia (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

V. La actora cuestionó las sumas reconocidas para resarcir los gastos médicos y de farmacia (\$4.000) porque exiguas. Señaló que “cualquier persona, aun teniendo obra social debe hacer cargo de estudios, medicamentos y tratamientos en muchos casos costosos”. Agregó que, “además de ello, no se le puede negar el derecho a una persona que sufre un accidente de la magnitud del que se investiga en autos, a requerir o solicitar la opinión de un médico privado, a fin de tener una certeza absoluta sobre las secuelas de las lesiones o métodos de rehabilitación de las mismas” (ver fs. 252 p. 3).

Aunque las erogaciones deben presumirse porque muchas veces los tickets o comprobantes no suelen conservarse, y las obras sociales u hospitales públicos no cubren la totalidad de los gastos (conf. art. 1746 de Cód. Civ. y Comercial y esta Sala, mi voto *in re*, “Passe, Lucas c. Capandeguy, Walter O. y otros s/ daños y perjuicios” (Acc. tran c. les o muerte) (EXP. 15907/2010) del 20/10/2015), la ausencia total de esos comprobantes tiene una incidencia negativa en la cuantía. Entonces, no se trata de negar el derecho a la actora a ser revisada por un médico particular “a fin de tener certeza sobre las secuelas”, sino de probar no ya el pago del honorario sino al menos la atención por un profesional de la salud y la actora nada probó. En consecuencia, la suma reconocida es una prudente estimación en función de las lesiones sufridas (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y he de proponer al Acuerdo se la confirme.

VI. La actora se agravio de la suma fijada para reparar el vehículo (\$48.000) y consideró que debía reconocerse la determinada por el perito ingeniero designado de oficio (\$87.900) a la fecha del dictamen pericial (ver fs. 252 vta. p. 4).

Un obrar lógico indica que si el Juez recurre al informe de expertos para ilustrarse sobre aspectos técnicos o científicos que escapan a su conocimiento (cfr. 457 del Código citado) no puede luego, cuando aquéllos emiten un dictamen fundado en los conocimientos que le son propios y ajustado a lo dispuesto en el art. 472 del

referido Código, descartar sus conclusiones, salvo que existan en el expediente constancias objetivas que las desvirtúen (cfr. art. 477 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; esta Sala mi voto *in re*, “Mendoza Valdivia, Pedro y otro c. Luizaga Paredo, Gustavo y otros s/ daños y perjuicios (Acc. tran. c. les o muerte) (EXP. N. 104.724/2011) del 18/08/2015) y en este expediente nada de eso ocurre. Más aún, si como se señala en la sentencia las conclusiones periciales se han consentido.

Entonces, cabe reconocer en concepto de reparaciones la suma de \$87.900 según valores correspondientes a la fecha de la pericia 23/03/2018 (ver fs. 184 vta.) por ser la más cercana al pronunciamiento (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial) y admitir los agravios del actor. Así lo habré de proponer al Acuerdo.

VII. La demandada y su aseguradora se agravan de la tasa fijada para calcular los réditos, dice que se configura un enriquecimiento sin causa y solicita la aplicación de un interés equivalente al 6 % anual desde la fecha del accidente.

Las indemnizaciones que establecen los jueces no pueden contener actualización alguna pues —de lo contrario— se violarían las leyes 23.928, 25.561 y sus decretos reglamentarios (ver, entre tantos precedentes, esta Sala “B” *in re* “Walas c. Fernández”, del 20/12/2007 y el fallo de nuestra Corte Federal en “Massolo, Alberto J. c. Transporte del Tejar SA”, 20/04/2010, LA LEY, del 25/10/2010, p. 9) y ningún índice de actualización se ha aplicado en la sentencia.

En ese sentido, la circunstancia de que, en este caso, la obligación a cargo de los demandados consista en una deuda de valor, que el juez traduce en una suma de dinero al momento de dictar sentencia —como compensación por el perjuicio sufrido— no puede llevar a pensar que no hubiese resultado exigible con anterioridad y tampoco permite sostener que ese quantum así determinado contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda, como ocurría en un contexto de hiperinflación donde si resultaba acertado hablar de un interés puro del 6 % u 8 % sobre las sumas así “actualizadas” o “indexadas”.

Es por esa razón que para estos casos debe aplicarse la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora y hasta el efectivo pago que hagan los deudores, siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero *in re*, “Samudio de Martínez, L. c. Transportes Doscientos Setenta SA” del 20/04/2009 que resulta obligatoria —para los réditos devengados desde la mora y hasta la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, al haberse derogado el art. 622 del Cód. Civil — en los términos del art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, norma esta última que contrariamente a lo que señala el recurrente se encuentra vigente (cfr. ley 27.500).

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un “enriquecimiento indebido”. Si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el referido plenario debe ser probada en forma clara por el deudor en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), circunstancia que no se verifica en el presente.

Finalmente, en relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la activa antes referida, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado a los pretensores (ver art. 1740 del mismo Código) a la vez que fomentaría la demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, contrariando la garantía del actor a hacer efectivo su derecho (cfr. art. 18 de la CN) (ver en sentido concordante esta Sala, *in re*, “Martino, Guillermo y otro c. Herman, Christian A. y otros s/ daños y perjuicios” del 15/09/2016 —voto del Dr. Mizrahi—; mi voto, *in re*, “Dattilo, Rubén O. c. Rodríguez Fosthoff, Eleonora M. s/ daños y perjuicios” del 22/08/2016; *in re*, “López Castan, Sebastián D. c. Transporte Automotor Plaza SACI s/ daños y perjuicios” del 19/08/2016

voto del Dr. Mizrahi; *in re*, López, Constanza G. c. Metrovías SA y otros s/ daños y perjuicios” del 05/08/2016, voto del Dr. Ramos Feijóo: *in re*, “Luna, Carlos Á. c. Grasso, Gonzalo D. y otros s/ daños y perjuicios” del 03/08/2016, voto del Dr. Ramos Feijóo, entre otros).

Con base en lo antes expuesto, he de proponer al Acuerdo se rechace este segmento del recurso, excepto respecto de las sumas establecidas para resarcir las sumas reconocidas para la reparación del vehículo.

Con relación a esta partida los réditos deberán liquidarse desde la fecha del hecho dañoso que diera origen a este proceso y hasta la fecha de presentación del dictamen pericial de ingeniería aplicando una tasa del 8 % por haberse fijado los valores de esa fecha (23/03/2018) y desde allí hasta el efectivo pago utilizando la tasa activa prevista en la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: I. incrementar la indemnización por incapacidad física sobreviniente hasta la suma de \$80.000; II. incrementar la indemnización reconocida por reparaciones del rodado hasta la suma de \$87.900; III. confirmar lo relativo a la tasa de interés aplicable, excepto respecto de las sumas establecidas para resarcir las sumas reconocidas para la reparación del vehículo. Con relación a esta partida los réditos deberán liquidarse desde la fecha del hecho dañoso que diera origen a este proceso y hasta la fecha de presentación del dictamen pericial de ingeniería aplicando una tasa del 8 % por haberse fijado los valores de esa fecha (23/03/2018) y desde allí hasta el efectivo pago utilizando la tasa activa prevista en la sentencia recurrida; IV. confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y fue materia de recurso; V. atento a resultar sustancialmente vencidos las costas de esta instancia se imponen al demandado y su aseguradora (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Se difiere la regulación de honorarios para una vez que exista liquidación definitiva aprobada y se determinen los correspondientes a la anterior instancia; VI. dejar constancia que la presente sentencia se dicta sin perjuicio de la actual feria judicial extraordinaria y de acuerdo con la resolución 454/2020 del Tribunal de Super-

intendencia del Fuero, en concordancia con la Acordada 13/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27/04/2020, por lo que no importa la reanudación de los plazos suspendidos. Así lo voto

Los doctores *Ramos Feijóo* y *Díaz Solimine*, por análogas razones a las aducidas por el doctor *Parrilli*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: I. Incrementar la indemnización por incapacidad física sobreviniente hasta la suma de \$80.000; II. Incrementar la indemnización reconocida por reparaciones del rodado hasta la suma de \$87.900; III. Confirmar lo relativo a la tasa de interés aplicable, excepto respecto de las sumas establecidas para resarcir las sumas reconocidas para la reparación del vehículo. Con relación a esta partida los réditos deberán liquidarse desde la fecha del hecho dañoso que diera origen a este proceso y hasta la fecha de presentación del dictamen pericial de ingeniería aplicando una tasa del 8 % por haberse fijado los valores de esa fecha (23/03/2018) y desde allí hasta el efectivo pago utilizando la tasa activa prevista en la sentencia recurrida; IV. Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y fue materia de recurso; V. atento a resultar sustancialmente vencidos las costas de esta instancia se imponen al demandado y su aseguradora (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Se difiere la regulación de honorarios para una vez que exista liquidación definitiva aprobada y se determinen los correspondientes a la anterior instancia; VI. dejar constancia que la presente sentencia se dicta sin perjuicio de la actual feria judicial extraordinaria y de acuerdo con la resolución 454/2020 del Tribunal de Superintendencia del Fuero, en concordancia con la Acordada 13/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27/04/2020, por lo que no importa la reanudación de los plazos suspendidos. Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. CSJN Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase. — *Roberto Parrilli*. — *Claudio Ramos Feijóo*. — *Omar Díaz Solimine*.

ABUSO DEL DERECHO

Modificación contractual. Empresa de telefonía. Obrar abusivo. Rescisión del contrato justificada. Daños.

Si la rescisión dispuesta por quien comercializaba productos de una empresa de telefonía tuvo su causa en la decisión comercial de esta última de regionalizar la actividad de las agencias, corresponde admitir la demanda de daños por el obrar abusivo de la demandada, pues su conducta implicó una restricción sustancial a la actividad que debía desplegar la contraria, sin que haya mediado por parte de la defendida un ofrecimiento concreto de readecuar la ecuación económica contractual.

CNCom., sala F, 03/12/2019. - Cellulares, Buenos Aires c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/46324/2019]

Expte. N° COM 34040/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 3 de 2019.

¿Es arreglada a derecho la sentencia de fs. 1660/1685?

A la cuestión planteada el doctor *Lucchelli* dijo:

a. En fs. 144/324 Cellulares Buenos Aires SA (“Cellulares”) demandó a Amx Argentina SA (“AMX”) por daños y perjuicios por la suma de \$68.539.432,70 y/o lo que en más o en menos resultara de las probanzas, con más los intereses correspondientes, costas y costos del proceso.

En primer lugar, refirió al mercado de telefonía celular en la Argentina y resaltó cierto oligopolio de las empresas operadoras de tal servicio (“Carriers”). Tras mencionar las formas en que los Carriers disminuyen riesgos y costos de comercialización, y aseguran su rentabilidad, explicó la actividad de su parte y la relación contractual mantenida con su adversaria.

Mencionó que en noviembre de 2004 firmó un contrato de “comercialización” por medio del cual Cellulares tenía por objeto la venta cor-

porativa, pero que luego, a pedido de AMX, se sustituyó el convenio, al incorporarse cláusulas que modificaban la posición del agente. Dijo que, en ese contexto, AMX la obligó a suscribir una rescisión del instrumento firmado en 2004 y a suscribir uno nuevo, fechado el 23/03/2006. Aclaró que los documentos constituían contratos de adhesión impuestos por su contraria.

Señaló que Cellulares funcionó siempre, desde su nacimiento, exclusivamente como agente de CTI —antecedora de la demandada—. Apuntó que, por tal motivo, efectuó las inversiones y las contrataciones necesarias para cumplir con las previsiones del contrato de agencia celebrado. Indicó que su parte se encontraba totalmente subordinada a AMX.

Detalló la base de la ecuación económica o forma de retribución recibida por Cellulares como agente oficial de la demandada y precisó el desarrollo comercial del negocio. Reiteró cómo se instrumentó el vínculo entre las partes y resaltó su colaboración en el posicionamiento de la marca CTI.

Remarcó como característica leonina del acuerdo la facultad de CTI de poder modificar, a su exclusiva discreción, casi la totalidad del contrato. Manifestó que, en efecto, su contraria hizo uso de tal prerrogativa, por ejemplo, respecto de las comisiones que abonaba a su parte.

Sobre ese punto, resaltó además que el procedimiento para la liquidación de las comisiones se encontraba en exclusivo poder de AMX y que a Cellulares le era imposible controlar tal aspecto del negocio. Dijo, en síntesis, que su adversaria le informaba qué montos debía facturar y, sobre ellos, realizaba descuentos por penalidades y por terminales no comercializadas. Añadió que, para efectuar dichas liquidaciones, AMX calculaba a su arbitrio los porcentuales que correspondían, sin informarle los consumos de los clientes ni permitirle auditarlos a efectos de corroborar que se adecuaban a la realidad.

De seguido, pormenorizó los incumplimientos y abusos cometidos por AMX. Refirió a: i) la mencionada limitación de ventas corporativas; ii) la modificación inconsulta y arbitraria del territorio asignado a Cellulares; iii) las alteraciones que se le impusieron en virtud de

la “portabilidad numérica”; iv) la baja del local ubicado en la calle ..., CABA; v) la reducción de compras de “lote kit” (lotes/ ofertas); vi) la falta de liquidación de ciertas comisiones; vii) el error, la reducción y la falta de actualización de determinadas comisiones; viii) la imposibilidad de controlar la liquidación de tales comisiones; ix) la falta de entrega de tarjetas SIM; x) la imposición de la compra de equipos; xi) la traslación del costo de la obsolescencia en el marco de la venta de equipos telefónicos; y xii) la disminución de la calidad del servicio prestado a los clientes y la falta de inversión en antenas, que, en definitiva, repercutía en la pérdida de clientes de Cellulares y en la dificultad de efectuar nuevas ventas.

Explicó el desenlace y la rescisión contractual apuntando que la contraria llevó a cabo un plan premeditado para que su parte no operara más. Dijo que, frente a sus reclamos, y tal como se desprende de las cartas documento transcritas, la demandada continuó incumpliendo sus obligaciones y no solucionó los inconvenientes que le fueron planteados.

Afirmó que, en tal contexto, dado el dominio de AMX y el estado de necesidad y dependencia de su parte, solo le quedó “bajar la cabeza y seguir”, aceptando las condiciones que le eran impuestas, entre las cuales se encontraba la de emitir las facturas tal y como lo indicaba su adversaria.

Añadió que, dado el conocimiento que AMX tenía del abuso que cometía, llevaba prácticas contrarias a la buena fe a efectos de obtener supuestos consensos de sus agentes, para luego esgrimir en su defensa que su contraria había “consentido” o “reconocido que nada se le adeudaba”. Relató que, en dichos convenios, la voluntad del agente se encontraba viciada ante la violencia e intimidación provocada por el daño que representaba una potencial resolución del contrato. Dijo que, por ello, tales acuerdos debían considerarse nulos, de nulidad absoluta.

En esa línea, también solicitó la nulidad parcial del contrato, sobre la base de que la accionada utilizó irregular y abusivamente la facultad de modificar las cláusulas contractuales. Mencionó que la forma en que se desarrollaba la relación implicaba que su parte estuviera con-

trolada externamente por CTI/AMX. Explicó que existió una ausencia de discernimiento, intención y libetar de su parte al firmar el contrato, pues su manifestación de voluntad refirió a la aceptación de ciertas cláusulas que, durante la relación comercial, fueron modificadas unilateralmente por su contraria. Indicó que correspondía la declaración de nulidad de ciertas cláusulas y de cualquiera otra que constituyera un abuso de la posición dominante por parte de AMX y que hubiera servido para desviar el fin del sistema. Agregó que resultaba evidente la mala fe de AMX, pues tenía como objetivo lograr la desvinculación de sus agentes sin costos o con costos reducidos, a fin de apropiarse de los réditos del trabajo efectuado por sus agentes.

Finalmente, desglosó los daños y perjuicios que le habrían sido causados. Con relación al daño emergente, solicitó: i) “comisiones, pagos, bonos, etc., devengados no cobrados a la fecha de la resolución contractual”; ii) “comisiones incorrectamente liquidadas”; iii) “comisiones, pagos, bonos, sanciones, penalidades, etc., por reducción de la comisión por cláusula nula o uso abusivo de las mismas”; iv) “daños provocados por modificaciones abusivas”.

Respecto del “lucro cesante”, petitionó lo equivalente a: i) la expectativa lógica de continuidad del negocio por el lapso de 10 meses; y ii) la potenciación de la clientela.

Dejó aclarado que sus estimaciones cuantitativas por los rubros reclamados no implicaban una declinación al monto máximo que surja de las pericias o, en su defecto, de las liquidaciones completas de los ítems de acuerdo a los elementos obrantes en poder de la demandada. Así, solicitó se condenara al máximo de las sumas que en cada rubro correspondiera.

Fundó en derecho y ofreció prueba.

b. En fs. 682/800, se presentó AMX y contestó demanda.

En primer lugar, afirmó que el caso debía resolverse a la luz de la normativa vigente con anterioridad al Cód. Civ. y Com. de la Nación, por cuanto tal cuerpo legal entró en vigencia con posterioridad al acaecimiento de los hechos debatidos.

Luego de negar categórica y pormenorizadamente las aseveraciones efectuadas en la demanda, afirmó que la actora ejecutó el contrato durante aproximadamente ocho años y, durante dicho lapso: i) pudo amortizar su inversión inicial y obtener una importante ganancia; ii) nunca cuestionó el contrato ni su ejecución y, por el contrario, cada año suscribió una conciliación de cuentas, previo a tener acceso a todos los documentos contables necesarios para realizar dichas conciliaciones; iii) cuando Cellulares rescindió el contrato, adeudaba a su parte \$710.310,29, tal como surge de la certificación contable arrimada.

Aclaró que fueron los malos manejos de la actora que la condujo a la reducción de ventas y a la contracción de la deuda mencionada. Indicó que si AMX hubiera querido perjudicarla, no le habría refinanciado deudas a tasas convenientes para Cellulares. Afirmó que el monto de \$68.539.432,70 no se condice con los parámetros económicos en los cuales se desarrolló la relación.

Asimismo, refirió a cierto incumplimiento de Ignacio Frascia —socio de la accionante—, quien, incluso ante el pacto habido en punto a la imposibilidad de que Cellulares, sus accionistas o sus cónyuges actúen como agentes de ninguna otra empresa que brindara servicios de telefonía, resultaba socio de Cellcom SA y Com-cell SA.

En esa línea, dijo que Ignacio Frascia, a través de dichas sociedades, que resultaban parte actora en dos causas tramitadas en este fuero, pretendía obtener infundadamente sumas millonarias. Así, mencionó que ello demostraba que Cellulares incumplió el acuerdo suscripto entre las partes y que uno de sus accionistas intentaba utilizar la justicia para enriquecerse sin causa.

De seguido, negó la invocada imposibilidad de control de las liquidaciones y refirió a las “conciliaciones de cuentas” mencionadas. Alegó que la accionante sabe que resulta materialmente imposible, dado el tiempo transcurrido y su volumen, juntar todos los documentos que conformaron cada una de las liquidaciones que periódicamente se efectuaron durante aproximadamente ocho años de vigencia del contrato.

Por ello, rechazó por improcedente el planteo de la actora tendiente a la re liquidación de todas y cada una de las liquidaciones bajo apercibimiento de tener por válidos los cálculos efectuados por ella en los anexos arrimados a la demanda.

También, señaló que el invocado cambio de “comercializadora” a “agente” fue efectuado voluntariamente por la actora. Rechazó, entonces, varios de los reclamos efectuados por Cellulares por cuanto parten de la idea de la supuesta modificación del contrato de “comercialización” primigenio. Negó también las supuestas alteraciones relativas al contrato de agencia.

Por otro lado, opuso excepción de prescripción al planteo de nulidad del contrato interpuesto por la actora. Indicó que sobre el punto cabía aplicar la prescripción bienal establecida en el art. 4030 del Cód. Civil.

Dijo que, así, en tanto la actora habría tomado conocimiento de las supuestas cláusulas leoninas desde la celebración del contrato, el 23/03/2006, al momento de la interposición de la demanda, el término bienal determinado en el art. 4030 del Cód. Civil se encontraba cumplido.

Tras ello, refirió al mercado de telefonía móvil en Argentina y negó que el convenio celebrado por las partes fuera nulo y que su parte hubiera actuado de manera abusiva. Apuntó que el mero hecho de que un contrato sea de adhesión no implica que sus cláusulas sean abusivas, tal como pretende la actora.

Agregó que la accionante, como comerciante y empresaria, evaluó —o tuvo que haber evaluado— absolutamente todos y cada uno de los riesgos del negocio y luego, consciente de todas sus limitaciones y riesgos, asumió libremente el convenio que se le propuso. Reitero, además, que Cellulares ejecutó el contrato durante aproximadamente ocho años, lo cual revela, en definitiva, que el convenio fue claramente beneficioso para ella.

También, opuso excepción de prescripción respecto de lo peticionado en punto a las liquidaciones efectuadas a lo largo de la relación. Manifestó que, toda vez que lo pretendido im-

plica, en el fondo, una rendición de cuentas, resultan aplicables los términos del art. 847, inc. 1, del Cód. Comercial, que indican que prescriben a los cuatro años las “deudas justificadas por cuentas de venta aceptadas, líquidas o que se presumen líquidas, en conformidad con las disposiciones de los art. 73 y 474. El plazo para la prescripción correrá desde la presentación de la cuenta respectiva y en caso de duda se presumirá presentada en el día de la fecha”.

En subsidio, asevera que resulta aplicable la “teoría de los actos propios” por cuanto, durante aproximadamente ocho años, Cellulares recibió las liquidaciones, las verificó y, estando de acuerdo con el resultado, emitió las facturas y luego percibió los importes de dichas facturas. Dijo que la mecánica de pago de las comisiones resultó lógica y adecuada al contexto en que se ejecutó el contrato. Afirmó que en el caso debía aplicarse analógicamente: i) el art. 793 del Cód. Comercial, el cual fija un plazo de cinco días para impugnar la cuenta corriente bancaria y establece que, transcurrido dicho plazo se tendrá por reconocida la cuenta; y ii) el art. 73 del Cód. Comercial, referido a la rendición de cuentas, que prevé que, transcurrido un mes contado desde la recepción de una cuenta sin hacer observaciones, se presume la exactitud de la cuenta.

Aclaró que, tal como surge de cada “Acuerdo de conciliación de cuentas”, anualmente las partes realizaban un relevamiento de todas las liquidaciones efectuadas durante el año en curso y ajustaban las cuentas pendientes.

Manifestó que su parte nunca modificó las condiciones originariamente pactadas y sostuvo la razonabilidad de la cláusula concerniente al descuento de comisión en caso de que el cliente no se encuentre activo en el período de chargeback. Negó lo dicho por su adversaria en punto a la supuesta obligación que tenía la actora de adquirir equipos telefónicos de su parte.

Destacó que AMX nunca impuso multas a su contraria y defendió la validez de la cláusula que le otorgaba la facultad de modificar el contrato. Luego, rechazó los invocados incumplimientos en punto a la: i) “limitación de venta corporativa”; ii) “regionalización y baja del local de la calle ...”; iii) “portabilidad numérica”; iv) “re-

ducción de volumen lote kit”; y v) “reducción de comisiones”.

Planteó la improcedencia de la rescisión del contrato efectuado por la actora sobre la base de que: i) no ha existido incumplimiento de AMX; ii) no ha habido constitución en mora por parte de Cellulares; y iii) la accionante se encontraba en mora, pues debía a su parte \$710.310,29.

Asimismo, alegó que su contraria no cumplió con las exigencias del art. 216 del Cód. Comercial a los fines de la rescisión contractual.

Rechazó los daños invocados en la demanda, tanto por “daño emergente” como por “lucro cesante”.

Ofreció prueba y se opuso a ciertos extremos acreditativos propuestos por su adversaria.

II. La sentencia de primera instancia

A fs. 1660/1685 el *a quo* receptó parcialmente la demanda promovida por Cellulares por la suma de \$165.798.355,76 con más los intereses calculados de acuerdo con la pautas que precisó para cada rubro. Impuso las costas a la demandada vencida (Cpr. 68).

Resaltó inicialmente que las partes están contestes en punto a que celebraron un contrato de agencia y aludió a las características de este tipo de negocios.

Analizó, en primer término, la excepción de prescripción interpuesta por la demandada contra la acción de nulidad parcial de contrato y el cobro de comisiones, por considerar de aplicación al “*sub lite*” los artículos 4030 y 847 inc. 1. de los Cód. Civ. y Comercial, respectivamente.

Respecto de la nulidad parcial de las cláusulas del contrato, estimó que la accionante la invocó como fundamento de su pretensión principal, pero en realidad el objeto de la acción es el cobro de la indemnización por la rescisión del vínculo negocial que dijo verse obligada a hacer ante la modificación de los términos del acuerdo y otras circunstancias.

Con relación a la prescripción de la acción por cobro de comisiones, estimó que no resulta aplicable el plazo bienal previsto por el art. 851

del Cód. de Comercio, sino el lapso decenal del mentado artículo 846 del citado cuerpo legal. En ese orden de ideas, concluyó que no estaba prescrita la acción e impuso las costas derivadas de esas defensas a la demandada perdidosa (Cpr. 68).

De seguido, analizó la responsabilidad. Destacó que se vincularon a través de un contrato de adhesión y aludió al carácter de dominante de la demandada. Dijo que inicialmente ninguno de los dos aspectos tiene de por sí connotación negativa, pero debe analizarse si se configuró o no una conducta abusiva.

Desde dicha perspectiva, analizó lo que surgía de las inimpugnadas declaraciones testimoniales. Consideró demostrado que la accionante no estaba de acuerdo con la regionalización propuesta por su adversaria, pues implicaba limitar a la agencia a un territorio específico. Además, de acuerdo con otro testimonio, estimó acreditados los inconvenientes relacionados con las comisiones, que tuvieron varias modificaciones y que ello implicó un fuerte impacto financiero y económico.

De ellos, consideró probado que el cambio de política de distribución de la accionada y la posibilidad de operar en una zona más limitada fue el “principio y fin de la actora”. Resaltó que el deponente dijo que si la demandante no aceptaba los cambios de política, Claro contaba con herramientas como entregarle menos equipos o reducir los créditos que le otorgaban.

Por otro lado, valoró la pericial contable. Estimó que la demandada no lleva sus libros en legal forma y, en ese sentido, de conformidad con lo que dispone el art. 63 del Cód. de Comercio, concluyó demostrado que el plan de regionalización al que debió circunscribirse la actora produjo una clara disminución en sus ingresos, fruto de la actividad para la que fue contratada y que le modificaron los términos contra su voluntad.

En esas condiciones, juzgó que la rescisión del contrato hecha por la actora tuvo causa directa en el daño que le produjo la demandada al modificar los términos sustanciales del negocio preexistente.

Desechó la afirmación de la demandada concerniente al consentimiento de la alteración esencial del negocio por parte de la actora, quien solo pudo continuar con el mismo, expresando la disconformidad con los cambios dispuestos.

En consecuencia, analizó la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios.

Juzgó que correspondía decidir este aspecto mediante la pericia contable, la cual si bien fue observada e impugnada por ambas partes, no existían razones valederas para apartarse de sus conclusiones.

Estimó procedente, dentro del rubro comisiones no cobradas, receptor las: a) residuales sobre líneas regulares (pendientes de liquidación), que estimó en \$810.747,36; b) residuales sobre líneas prepagas (pendientes de liquidación), que fijó en \$2.164.251,91 con más los intereses conforme los dispuesto en el punto anterior; c) Liquidaciones no abonadas (efectivamente confeccionadas), que justipreció en \$202.008,49. Estos tres rubros con más los intereses desde la fecha de mora que estableció al vencimiento de cada período mensual en que debieron pagarse. De seguido, analizó las comisiones mal liquidadas y recibió las: a) residuales sobre líneas regulares, que determinó en \$1.327.564,65; b) residuales sobre líneas prepagas, que justipreció en \$39.540.262,51; c) “residuales sobre líneas prepagas. Diferencia por incorrecta base de cálculo”, que fijó en \$4.916.811,79; d) de “líneas regulares (up front, comisión residual y comisión diferida). Penalización por falta de tráfico incorrectamente liquidada”, que calculó en \$227.067,85. Todos los rubros fueron admitidos con más los intereses fijados precedentemente.

Por el contrario, desestimó el rubro “comisión prepa para la venta de SIMS preactivadas para equipos propios”, por considerar que no se había acreditado.

Respecto del rubro comisiones, pagos, bonos, sanciones, penalizaciones, etc. Reducción de la comisión por cláusulas nulas o uso abusivo de las mismas, consideró procedente la: a) “línea con documentación faltante”, por la suma de \$230.236,20; b) migración, suspensión, cance-

lación o falta de pago, la suma de \$516,271.88; c) Comisión residual abusiva, que promedió en \$623.436,05; d) la comisión sobre líneas prepagas. Comisión residual. Variación abusiva, que calculó en \$8.365.265,09; e) Diferencia por falta de actualización de las comisiones originalmente pactadas, que estableció en \$400.000; f) TCM sobrefacturadas, por un total de \$83.341,31; y, g) Diferencia por reducción abusiva en las comisiones de venta de tarjetas prepagas (TTP), \$2.714.680.

Receptó también los daños provocados por modificaciones abusivas del siguiente modo: a) Pérdidas de comisiones por menor venta de abonos causadas por la regionalización/reducción; b) límite de crédito para terminales, \$560.978,67; c) Pérdida de comisiones por reducción de cupos de comercialización tarjetas SIM prepagas, \$1.557.118; d) Daños provocados por el cierre del local ..., \$112.888; e) Pérdida originada por el cierre intempestivo del negocio corporativo, \$165.000; y, f) Pérdidas por desvinculación de personal \$326.171.

Respecto del rubro lucro cesante, indicó que aun cuando la rescisión hubiera sido dispuesta por la actora, ello obedeció al cambio de las cláusulas del contrato que le impuso su adversaria. Valoró, en ese sentido, que corresponde admitir la indemnización por falta de preaviso del negocio que duró, en sus dos etapas, un plazo de diez años. Por ello, indicó que la base del cálculo se haría sobre diez meses, pero con el tope de 6 meses reconocido por la jurisprudencia y admitido recientemente por el art. 1492 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Fijó dicho rubro en la suma de \$8.246.436, con más los intereses a la tasa activa del BNA desde la fecha de la rescisión y hasta su efectivo pago.

Calculó la indemnización por clientela en la suma de \$92.707.819, que equivale a la multiplicación del número de clientes generados por la actora por el 10% del valor unitario de la utilidad “cliente por vida útil activa para el año 2013”. Adicionó a ese monto los intereses previstos para el lucro cesante.

Impuso las costas a la demandada vencida (Cpr. 68). Difirió la regulación de los honorarios para su oportunidad.

III. Los recursos

1. Apeló la demandada en fs. 1688. Su recurso fue concedido libremente en fs. 1689.

Los agravios de AMX corren agregados en fs. 1709/1780 y fueron contestados por la actora en fs. 1782/1890.

2. La actora apeló en fs. 1690 y su recurso fue concedido libremente en fs. 1691. Su expresión de agravios corre a fs. 1697/1707 y fue contestada por la contraria en fs. 1782/1890.

3. En fs. 2432 se llamaron autos para dictar sentencia y en fs. 2433 se practicó el sorteo previsto en el Cpr. 268.

IV. Los agravios.

Las críticas de la accionante se dirigieron sustancialmente contra el alcance de la indemnización. Sus agravios pueden resumirse del siguiente modo: i) la extensión del rubro “comisiones sobre líneas residuales. Comisión residual abusiva”; ii) Diferencia por falta de actualización de las comisiones originariamente pactadas; (iii) la cuantía del lucro cesante.

De su lado, la defendida criticó íntegramente la sentencia apelada. Los fundamentos de su recurso transitan por los siguientes carriles:

(i) objetó el rechazo de la excepción de prescripción de la acción de nulidad del contrato; (ii) cuestionó que se hubiera aplicado el plazo decenal y no el bienal o el de cuatro años previsto por el inc. 1 del art. 847 del Cód. de Comercio; (iii) se quejó de la condena al pago de las liquidaciones, pues arguyó que se presumían cuentas liquidadas; (iv) alegó la inexistencia de una postura abusiva respecto del proceso de “regionalización”; (v) negó que el proceso de regionalización implicara una modificación sustancial del contrato; (vi) cuestionó la procedencia de los rubros indemnizatorios y; (vii) se agravió de la admisión específica de cada uno de ellos.

IV. La solución propuesta

1. Aclaraciones preliminares

a. Adelanto que no atenderé todos los planteos recursivos de las apelantes sino solo aque-

llos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (cnfr. CSJN, *in re*: “Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 13/11/1986; ídem *in re*: “Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas”, del 12/02/1987; bis ídem, *in re*: “Pons, María y otro” del 06/10/1987; ter ídem, *in re*: “Stancato, Caramelo”, del 15/09/1989; y Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).

b. Recuerdo que no está cuestionado que las partes se vincularon mediante dos contratos, uno celebrado en el año 2004 y luego rescindido (v. fs. 65/66 y fs. 467/468) y otro celebrado en el año 2006.

El magistrado de grado valoró que el plan de regionalización al que debió circunscribirse la accionante produjo una clara disminución en sus ingresos. En ese orden, juzgó que la rescisión del contrato celebrado en 2006 hecha por la actora en 2014 tuvo causa directa en el daño que le produjo la demandada al modificar los términos sustanciales del negocio preexistente.

Este último aspecto es el que se encuentra controvertido por AMX y en consecuencia, debe resolverse si, en los términos resueltos por el anterior sentenciante, la rescisión del contrato fue o no causada.

c. La metodología que seguirá esta solución será la siguiente:

En primer término, se analizará el planteo introducido por la accionada en punto a la prescripción de la nulidad del contrato, pues la demandada persiguió la nulidad de la sentencia en razón de la forma en la que el *a quo* trató dicho tema y lo previsto por el art. 34 Cpr. De seguido, se tratará el rechazo de la prescripción de la nulidad del convenio y de alguna de sus cláusulas.

En su caso y según lo que se decida respecto de la prescripción, teniendo en cuenta la resolución de grado y los agravios de la demandada —que es quien cuestiona la responsabilidad—, lo que ha de revisarse se desdobra en dos temas principales.

De un lado, la supuesta modificación del contrato de agencia suscripto entre las partes, que

se habría efectivizado mediante el “proceso de regionalización” decidido por la demandada y que configuraría un obrar abusivo.

Del otro lado, el reclamo causado por los saldos que se habrían generado y cuyos múltiples rubros fueron enunciados por el actor en su escrito inicial.

Aclaro que dicho esquema dual es el propuesto por la actora en su carta documento de fs. 120/123. Allí, inicialmente reclamó por la regionalización y luego de ello y, “sin perjuicio de lo expuesto y ante la situación en que hemos sido colocados...”, intimó por el pago de los saldos dinerarios derivados de la ejecución abusiva del contrato, que fueron replicados en los distintos capítulos de su demanda.

2. Recurso de AMX

2.a. Prescripción de la nulidad del contrato.

Se queja la demandada porque el juez consideró que el planteo de la actora en punto a la nulidad del contrato era accesorio a la pretensión principal y por ello, rechazó la excepción interpuesta, con costas. Arguyó que dicha decisión implicó una violación del art. 34 Cpr. pues fue el modo de demandar de la actora el que la llevó a introducir dicha cuestión.

En subsidio al planteo de nulidad de la sentencia, reiteró que la acción está prescrita por haber transcurrido en exceso el plazo de 5 años previsto por el art. 4030 del Cód. Civil y el de 4 años previsto por el art. 847, inc. 3 del Cód. Comercial desde que firmaron el contrato de agencia.

Adelanto que el cuestionamiento será admitido parcialmente.

2.a.1 Nulidad de la sentencia

En primer lugar, cabe señalar que es principio receptado en el estudio y la teoría de las nulidades procesales que resulta inútil admitir su declaración cuando se trata de vicios o defectos reparables por vía de recurso de apelación, en el que se encuentra ínsito el de nulidad.

Cuando los defectos que constituyen el fundamento del recurso de nulidad se han intro-

ducido a la vez como agravios del de apelación, queda evidenciada la aceptación de la propia recurrente, en el sentido de que los errores in procedendo pueden obtener adecuada reparación a través de la revisión; recuérdese también lo especialmente establecido por el CPR 253 (en similar sentido: Podetti, Ramiro, “Derecho Procesal Civil y Comercial. Tratado de los actos procesales”, T. II, p. 488, Ediar, Bs As, 1955; ídem: “Tratado de los recursos” p. 17, Buenos Aires, 1952; Alsina Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, T. II, p. 630, Ediar, Bs. As. 1961; Palacio Lino, “Derecho Procesal Civil”, T. IV, p. 168; Calamandrei Piero “Derecho Procesal Civil”, T. III, p. 301, Ejea, 1962; Fassi Santiago “Código Procesal Civil y Comercial”, T. I, ps. 438 y ss., Buenos Aires, 1971; conf. Sala D, 05/08/2004, “Cellini de Margheritis Ana”; conf. CNCom., Sala F, 20/11/2018 “Nueva Estación Once SA s/ pedido de quiebra a Horcisa SA”).

En la litis, el sustento del recurso de nulidad coincide con la línea argumental con la que se estructuró la apelación. Por ello, solo serán tratados los agravios invocados contra la decisión de grado.

2.a.2. Prescripción de la nulidad del contrato.

La demandada señaló que la actora en su presentación inicial introdujo la nulidad del contrato y, por eso, interpuso la prescripción de dicha acción, a la cual se le dio curso de excepción (v. fs. 806). Por eso, pide que se trate su planteo de prescripción o, cuanto menos, se revoque la imposición de costas en su contra.

Ahora bien, aun cuando se le diera el trámite que menciona el apelante, en definitiva concuerdo con lo que el juez decidió, pues se adecua al objeto de la demanda.

Es que la consideración del magistrado en punto a que la nulidad no es la cuestión principal sino un fundamento más para sustentar el incumplimiento contractual es la acertada ello pues es en síntesis lo que Cellulares pretende en este juicio.

En efecto, la naturaleza de la acción que inició la accionante se dirigió claramente a obtener la reparación de los daños derivados del incumpli-

miento del contrato. Nótese que interpuso la demanda “de cobro de pesos y daños y perjuicios contra AMX” (144/144 vta.).

Sin embargo es cierto, como se dijo, que en su libelo de inicio dedicó un extenso capítulo a la nulidad parcial del contrato “VI. De la nulidad parcial del contrato suscripto con CTI/AMX” (v. fs. 145), específicamente, en punto al uso abusivo que la accionada hizo de varias cláusulas que señaló en su presentación.

Así las cosas, no soslayo que ciertas expresiones formuladas por la actora podrían aludir a la nulidad de todo el contrato —v.gr, “nulidad de todas aquellas cláusulas que constituyan un abuso de la posición dominante de CTI/AMEX”, fs. 252 vta.—, pero de ello no se desprende un planteo de nulidad en los términos invocados por la accionada.

En consecuencia, admitir la nulidad del contrato contrariaría la finalidad de la pretensión de la accionante, que se ciñe a la indemnización de los daños derivados del incumplimiento contractual de AMX. Es por ello que, en definitiva, concuerdo con el temperamento que asumió el primer sentenciante sobre esta cuestión.

No obstante, distinta solución adoptaré respecto de las costas derivadas de esta incidencia, las que deberán ser soportados en el orden causado.

Es que, por un lado, concuerdo con el planteo de la accionada referido a que pudieron ser confusos los términos utilizados en la demanda y dar lugar a la articulación de un planteo de nulidad. Mas, del otro lado, ello no justifica eximir a AMX por completo del peso de las costas ya que, si consideraba que no era clara la pretensión de Cellulares, contaba con otros medios procesales para quedar a salvo de esa imprecisión y no los utilizó (v.gr., excepción de defecto legal, art. 347, inc. 5 Cpr).

Se advierte, entonces, parcialmente acertado el agravio de la defendida, pues el modo en que fue tratada la prescripción en la sentencia de grado podría conducir a una solución injusta. Si la improcedencia de la prescripción se motiva en la falta de planteo de la nulidad, no pueden imponérsele a la accionada las costas

derivadas de la incidencia. En esa inteligencia, y aun cuando se confirma la conclusión de la sentencia apelada, ha de modificarse el régimen de distribución de las costas.

En ese escenario, se recepta parcialmente el planteo de AMX en lo que hace a las costas derivadas de la incidencia, las que se distribuyen en el orden causado.

2.a.3. Prescripción de la pretensión de la actora por cobro de las comisiones.

Distinta solución se adoptará sobre este agravio. Ello toda vez que, a diferencia del argumento esgrimido supra, la nulidad invocada por la accionante sobre ciertas cláusulas del contrato no resulta incompatible con la pretensión principal.

Así las cosas, recuerdo que la demandada en sus quejas objetó que la sentencia atacada rechazara la prescripción de nulidad parcial, pero luego admitiera el pago de algunas comisiones que el contrato expresamente excluyó.

Alegó que es aplicable el plazo de 2 años previsto por el art. 851 del Cód. de Comercio para el cobro de comisiones de corredor, el cual debe extenderse al presente caso. Y añadió que, aun cuando no se considerara de aplicación ese plazo, correspondió admitir el lapso de 4 años establecido para los casos de deudas por ventas de cuenta aceptadas.

Una lectura del planteo de la actora en su escrito inicial conduce a concluir que en realidad no introdujo la nulidad de ciertas cláusulas sino su aplicación abusiva. Nótese que, si bien en su escrito inaugural la demandante reitera en varias oportunidades que la demandada “hizo de las cláusulas leoninas un uso abusivo” (v. fs. 249), en ningún momento alude a una causal que motive la nulidad de la cláusula, sino que en todo momento refiere al modo en que éstas fueron ejercidas.

Dicho ello, aclaro que coincido con el temperamento asumido por el magistrado de grado en punto a que los plazos de prescripción alegados por la demandada no pueden considerarse, pues implicaría aplicar por analogía un plazo no previsto para el supuesto analizado en la especie.

De ello se sigue que, a falta de una previsión legal que establezca un término específico para

la acción derivada de aquel contrato, debe considerarse aplicable al caso el plazo previsto en el art. 846 del Cód. Comercial (V. CNCom. Esta Sala, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Haidar, Roberto M. y otros s/ Ordinario”, del 13/05/2010).

Ello pues, la prescripción es una institución de orden público que responde a la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones jurídicas indefinidamente, de poner fin a la indecisión de los derechos y consolidar las situaciones creadas por el transcurso del tiempo, disipando la incertidumbre (CSJN, 29/08/1995, JA, 1995-IV-367). No obstante, en caso de duda ha de estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción, dando preferencia al plazo de prescripción más amplio. Así pues debe aplicarse con criterio restrictivo (Sallas - Trigo Represas, “Código Civil. Anotado” T.3, arts. 3262 a 4051, Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 288 y ss; Alterini-Ameal-López Cabana, “Derecho de las Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 647; LA LEY 11-114).

En consecuencia y partiendo de la premisa de que estrictamente no está previsto para el caso un plazo menor de prescripción, corresponde estar a la vigencia de la acción entablada por la demandante.

Así las cosas, el planteo de nulidad parcial efectuado por el modo en que fueron ejercidas las estipulaciones del contrato por parte de la demandada, será abordado en el capítulo de rubros indemnizatorios. Las costas de esta incidencia deberán imponerse a la demandada vencida.

3. Rescisión del contrato: Regionalización

3.1. La mora como impedimento al ejercicio de la facultad contractual de rescindir.

Liminarmente serán analizadas las quejas de AMX relativas a que Cellulares no estaba en condiciones de rescindir el contrato porque le adeudaba ciertas sumas de dinero.

Advierto que existen dos razones que conducen al error del presupuesto fáctico que funda el argumento de la demandada.

El primero es que, de las probanzas de la causal surge que no se ha acreditado que la deuda

invocada por AMX hubiera sido exigible con anterioridad a la rescisión, sino que, según los documentos allegados por la propia apelante, se habría originado con posterioridad a que la accionante le comunicara la voluntad rescisoria. Por lo segundo, tampoco existiría certeza en punto al monto y causa de dicha deuda.

Sobre el primer aspecto, nótese que: (i) de la certificación contable acompañada por la demandada se desprende que la deuda se basa en documentos emitidos desde el 05/09/2014 al 15/01/2015 (fs. 518); y, (ii) la rescisión del contrato tuvo lugar en julio de 2014 (v. fs. 116/23).

Así, resulta evidente que la deuda invocada se generó con posterioridad a la fecha en que se rescindió el contrato.

En consecuencia, no puede admitirse el agravio de la reclamada, pues al tiempo en que la actora comunicó su voluntad rescisoria, aún no se habría generado la deuda que pretendió acreditar con la certificación contable.

Agregase a lo anterior otro elemento que impide concluir el acaecimiento de la mora de Celulares en el cumplimiento de las obligaciones, a saber: la falta de certeza respecto del monto y la causa de la supuesta deuda.

Al respecto, destaco las divergencias existentes entre los elementos fácticos referidos a este tópico. En efecto:

(i) AMX aludió al “Convenio de reconocimiento y refinanciación de deuda” celebrado el 22/04/2009, que comprende conceptos devengados hasta el 1 de abril de 2009 y que asciende a \$1.837.939,61 (fs. 521);

(ii) La pericia contable indica que de la cuenta corriente de AMX se desprende que CBA tiene una deuda de \$1.140.001,81 y que esto coincide con el anexo 1 de la certificación contable acompañada por la demandada (Punto 3, fs. 1445).

(iii) la certificación contable acompañada por la reclamada informa una deuda de \$710.310,29.

Así las cosas, es notoria la diferencia del monto que surge de cada elemento probatorio.

Dicho sea de paso, señalo que la disparidad apuntada no resulta ilógica si se tiene en cuenta que las partes operaban mediante una suerte de cuenta corriente y, en ese sentido, es esperable que existieran deudas y créditos recíprocos en cada período.

Mas en ese contexto, no cabe considerar configurado un estado de mora que obstaculice la facultad rescisoria de la actora al momento en que ésta la ejerció.

3.2. Existencia de conducta abusiva. Valoración de la prueba.

AMX objetó que el anterior sentenciante hubiera calificado su actuación de abusiva e indicó que detentar una posición dominante no implica necesariamente un obrar abusivo. Arguyó, en ese sentido, que las declaraciones testimoniales y la pericia contable en los cuales el *a quo* apoyó su decisión no evidencian que el proceso de regionalización haya afectado a la actora.

Cuestionó, entonces, que se hubieran demostrado los elementos necesarios para tener por configurado un caso de abuso de derecho.

Anticipo que no haré lugar a este aspecto de la queja, pues considero que sí está probado que la rescisión dispuesta por celulares halló su causa en un incumplimiento de AMX y que configuró un ejercicio abusivo de lo previsto en el contrato.

(a) Primeramente se impone el tratamiento de las críticas dirigidas contra la valoración de la prueba de testigos. Considero que lleva razón la demandada en sus agravios respecto de la falta de eficacia probatoria de las declaraciones, aunque ello no conduce a la solución propiciada por ella.

Es que: (i) por un lado, quedó acreditada la falta de idoneidad del testigo C., en tanto es socio accionista de Celulares (v. fs. 350 e impugnación de la accionada en fs. 999/1000); (ii) por otro lado, ciertamente Cinelli (fs. 980/983) se limitó a mencionar la disconformidad de la actora respecto del proceso de regionalización mas no echó luz respecto de un efectivo daño que AMX hubiera provocado con su accionar.

En ese orden de ideas, considero que estas declaraciones no conducen a tener por configurado un obrar abusivo por parte de la comitente.

b. Prueba de la abusividad: valoración de la pericia contable y otros medios probatorios.

Ahora bien, la demandada afirmó que la implementación del proceso de regionalización no afectó al contrato ni alteró su ecuación económica y que, por ello, mal puede ser calificada como abusiva. Agregó que no existe prueba que demuestre una merma en los ingresos de la actora en virtud de esa modificación.

A diferencia de lo expuesto por AMX en su queja, a mi criterio, ha quedado debidamente acreditado que su decisión de modificar el ámbito territorial en que debía desempeñar su actividad la contraparte le generó perjuicios a ésta última y que no están justificados por lo previsto en el contrato.

Ello pues, sin dudas esa decisión importó una actitud abusiva.

Recuerdo que la doctrina del abuso del derecho sirve para establecer si medió o no una conducta de las partes reñida con los fines éticos, sociales, económicos y técnicos de las prerrogativas o facultades jurídicas que surgen de la ley, del contrato y de los derechos subjetivos (conforme José María Gastaldi, “La autonomía de la voluntad y su vigencia en el contrato de concesión para la venta de automotores”, ED, 133-133, comentando la posición de la Cámara Comercial).

Con relación a los contratos en los cuales se ha estipulado el plazo de duración debe tenerse en cuenta que los contratantes deben someterse a lo pactado como una suerte de *lex privata*. Pero, así como no cabe desvirtuar los fines sociales y económicos en cuya virtud la ley (o derecho objetivo) ampara el ejercicio de los derechos subjetivos, si no se quiere incurrir en abuso del derecho (artículo 1071), así también los contratantes deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esto, so pena de la sanción que el ordenamiento legal establece; ya al someter al incumpliente a las consecuencias de la rescisión culpable; ya al brindar legitimidad

a la excepción de incumplimiento deducida por la contraparte; ya al autorizar la pertinente condena resarcitoria de daños y perjuicios.

La buena fe-lealtad o buena fe-probidad conlleva:

a) Colaboración recíproca.

b) Abstención de actos antifuncionales.

c) Brindar conocimiento a la otra parte de actos dañosos para ésta, y que puede evitarse sin detrimento para la contraparte.

d) Cumplimiento a lo que en forma virtual surja de lo pactado (Artículo 1198 parte 1°).

e) Comprensión legal y prueba de lo contratado.

f) Terminación no intempestiva.

Todo conduce a aprehender esta materia como un capítulo del principio fundamental del ordenamiento jurídico que constituye aquel que veda el ejercicio abusivo de las prerrogativas jurídicas (conforme Juan M. Farina, “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, p. 157/158, Ed. Astrea, 2004; con cita de Spota).

Así las cosas, a fin de decidir si la modificación de las cláusulas contractuales de un contrato como el de autos implica abusividad o no, resulta necesaria una ponderación de todas las circunstancias inherentes a la vinculación examinada en todos sus aspectos y conjuntamente, realizándose una valoración dinámica y no estática relacionada exclusivamente con la pérdida de remuneraciones (conf. CNCom., Sala B, 24/11/2011, “PCS NET SA c. AMX Argentina s/ordinario”).

Desde dicha perspectiva conceptual y como anticipé, los elementos reunidos en el expediente verifican la postura abusiva de la demandada.

Ello así pues recuerdo que la accionante en su escrito inicial indicó que la regionalización le provocó una disminución en la cantidad de tarjeta SIMS prepagas que AMX le entregaba para comercialización —entre otras cuestiones que enunció— y que ello implicó una disminu-

ción en la cantidad de comisiones por percibir (fs. 1/80).

Dichas alegaciones fueron corroboradas por el perito contador. Nótese que en el punto 4.1.2 el experto afirma que:

“Tanto AMX como CBA coinciden en que el año 2013 se limitó la operatoria del Agente CBA, que antes podía operar en todo el territorio de Argentina, a un área específica donde debía limitar la comercialización de sus productos.

La cantidad de tarjetas SIMS asignadas por AMX a CBA después de esa fecha fue menor. Las tarjetas SIMS prepagas generan al ser utilizadas por los clientes una comisión por activación y comisión residual a favor del agente. Es decir, la activación de la tarjeta importaba una comisión por ello y la recarga de crédito que se realiza por el usuario en una tarjeta SIM comercializada por el agente, en el caso de CBA, importa para este último una comisión residual equivalente a los porcentajes indicados anteriormente por el consumo por un plazo de 18 meses.

La repercusión en la comercialización de venta de líneas prepagas es proporcional a la menor cantidad de producto para poder realizar la misma, es decir de tarjetas SIM de líneas prepagas que dispusiera CBA.” (v. fs. 1409/1411).

Se agrega a ello que lo dicho por el perito está corroborado por los agravios formulados por la propia AMX. Véase que el recuadro efectuado en fs. 1741 da cuenta de la disminución en la facturación de la actora con posterioridad a la implementación del proceso de regionalización.

Así, desde el año 2006 hasta el año 2012 la facturación se incrementa progresivamente, cada año, en aproximadamente \$1.000.000 y, en el año 2012, disminuye aproximadamente \$1.000.000.

Ello, adquiere mayor veracidad si se tiene en cuenta que dichos montos no contemplan ningún índice de inflación.

De este modo, los agravios de la recurrente resultan insuficientes para refutar lo decidido sobre el punto.

Es que, la disminución de la venta de las SIMS evidencia la existencia de un daño consecuente con la decisión comercial de AMX de regionalizar la actividad de las agencias.

Y ello fue impuesto unilateralmente por la accionada a Cellulares y no se probó que tal recorte fuera mitigado mediante alguna alternativa equivalente. Esa postura configuró sin dudas un obrar abusivo.

Además, existen otros elementos que corroboran la procedencia de un reproche a la demandada.

Nótese, a modo de ejemplo, que como consecuencia de la regionalización la actora fue obligada a restituir el local de “...” (v. fs. 1739 vta.).

Al respecto, de los correos electrónicos compulsados por la perito en el Anexo VIII (DVD acompañado a la pericia informática, reservados según constancias de fs. 1016), ponderando especialmente las circunstancias afirmadas por la actora y el tenor de las respuestas de la demandada, se desprende que:

(i) AMX le había pedido a Cellulares que se hiciera cargo del local de ... en noviembre de 2012. Dicha petición se motivó en una “necesidad y urgencia de Claro...ya que el agente anterior lo dejaba” (v. correos electrónicos del 27/12/2013 y del 04/02/2014, pericia informática fs. 1002).

(ii) En diciembre 2012 AMX comunicó a todos sus agentes la implementación del proceso de regionalización. Esto implicaba, según arguyó la demandada en sus agravios, la obligación de la actora de devolver el local por estar fuera de su territorio (v. fs. 1739 vta.).

(iii) En febrero de 2014, AMX requirió expresamente a la accionante que dejara el local. Esta cuestión, según los dichos de la accionada, ya le habría sido adelantada a la agente en septiembre de 2013 cuando le manifestó que debía hacerlo “en algún momento” (v. fs. 187 y fs. 1739 vta.).

(iv) Cellulares puso en conocimiento de su adversaria la “pérdida de ventas y altos costos” que implicaba dejar el local y detalló los gastos e inversiones que tuvo que afrontar para poder cumplir con lo solicitado por su adversaria

(v. correo electrónico titulado “Re Situación CBA”, Anexo VIII, fs. 1016).

Véase que, en su comunicación, alude a: gastos de indemnización de dos empleados, alquiler de un lugar para depósito, adecuación del depósito y mudanza.

Asimismo, tal como expuso allí, a dicha situación debía sumar los gastos que insumiera abrir el local en Berazategui, de acuerdo con la propuesta de la accionada.

(v) Dicha comunicación fue respondida por AMX, quien le dijo que no podía hacerse cargo de los costos por desvinculación de empleados o bien de depósitos, pero le propuso que dichos dependientes realizaran una actividad de venta de portación de líneas y armar un pequeño “Call” para captación de clientes de la competencia, y le dio ciertos beneficios a fin de implementar ese sistema.

De lo dicho cabe concluir ciertamente que las modificaciones efectuadas por las políticas de regionalización implicaron un obrar abusivo ya que implicó una restricción sustancial a la actividad que debía desplegar la contraria, sin que haya mediado por parte de la defendida un ofrecimiento concreto de readecuar la ecuación económica contractual.

Nótese la sinrazón de la postura contractual de AMX: obligó a Cellulares a asumir un local a pedido de la comitente y le exigió que lo devolviera luego de haber transcurrido tan solo un mes y por un cambio unilateral de políticas de esta última. Más aun si se considera lo afirmado por la accionante respecto del tiempo que insume la apertura de un local.

Destaco, además, que tal situación no pasó desapercibida para la demandada, lo que se evidencia con el ofrecimiento de alternativas para palear los perjuicios que esas políticas provocaron en el agente (v.gr., “implementación de Call Center con los empleados del local de ...”).

Sin embargo, tal como dije anteriormente, la accionada no demostró que esos ofrecimientos se hubieran efectivizado ni tampoco que fueran suficientes para compensar los perjuicios que,

por su cambio de política de comercialización, ocasionó a Cellulares.

De las circunstancias descriptas se desprende sin dudas que el proceso impuesto por la demandada importó una alteración esencial del contrato, pues modificó la ecuación económica del negocio, que claramente fue un punto medular tenido en cuenta por el agente al momento de decidir embarcarse en esta actividad.

Como consecuencia de ello, cabe rechazar los agravios de la demandada dirigidos contra este aspecto del decisorio en punto a que la rescisión del contrato ejercida por la actora tuvo causa directa en el daño que le provocó la modificación unilateral de los términos sustanciales del negocio preexistente (arts. 520 y ctes. del Cód. Civil).

3.3. Valoración de la Pericia contable.

Otro aspecto del recurso de AMX es la valoración de la pericia contable. Si bien sus críticas son insustanciales a fin de dirimir la causal de rescisión del contrato por el resto de las probanzas valoradas precedentemente, sí resultan relevantes para determinar los alcances de los daños que esta rescisión provocó y que serán analizados en el capítulo siguiente.

El principal cuestionamiento de AMX se dirige contra la conclusión del perito relativa a que los libros de AMX no están llevados en legal forma.

Recuerdo que el experto fundó dicha conclusión en el hecho de que “se vuelcan en el libro diario asientos globales de cobranzas que bajan de un sistema de gestión no existiendo un subsidiario de cobranzas donde se puedan identificar en forma individual cada una de las operaciones” (v.fs. 1367). Citó en sustento las disposiciones del Cód. Civ. y Com. de la Nación y la Ley General de Sociedades.

La demandada impugnó este aspecto de la pericia pues arguyó que concluyó indispensable llevar un libro físico subsidiario de cobranzas por virtud del art. 327 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (fs. 1451/1466). Alegó que dicha norma no es aplicable por el tiempo en que sucedieron los hechos y que el dictamen debió emitirse de

acuerdo con lo previsto por la Ley de Sociedades y el Código de Comercio.

El perito, en oportunidad de contestar dicha impugnación (fs. 1484/85), mantuvo lo indicado en su informe y destacó que: (i) AMX registra asientos globales y por ello, más allá de lo dispuesto por el Cód. Civ. y Com. de la Nación, el art. 45 del Código de Comercio dispone que en el libro diario deben registrarse las operaciones día por día; (ii) al registrarse las operaciones de manera global, debe contarse con un libro subdiario, el cual si bien no es indispensable que sea llevado de manera física, sí debe reunir los requisitos dispuestos por la ley y la IGJ; (iii) en los registros de AMX, las operaciones individuales que nutren el sistema mensual surgen de un sistema de gestión que él no puede validar pues solamente puede emitir opinión de información que surja de libros contables.

El anterior sentenciante, partiendo de la prueba pericial, concluyó que la demandada no lleva sus libros en legal forma y, por eso, adoptó la solución propuesta por el art. 63 del Cód. de Comercio en lo atinente a la fuerza probatoria de los asientos contables de la actora.

Ahora bien, disiento con la conclusión del señor juez *a quo* pues considero que la contabilidad de AMX, al tiempo en que se registraron las operaciones aquí cuestionadas, sí reunía los requisitos exigidos por la ley.

En efecto, no puede receptarse lo argüido por el experto contador en punto a que los “resúmenes deben surgir de anotaciones detalladas practicadas en subdiarios, los que deben ser llevados en la formas y condiciones establecidas en los artículos mencionados en los párrafos precedentes”, pues tal conclusión se basa en el art. 327 Cód. Civ. y Com. de la Nación que resulta inaplicable en la especie.

Y lo que dispone el art. 43 del Cód. de Comercio —citado por el perito en oportunidad de responder a la impugnación de la demandada— soslaya los alcances establecidos por el art. 61 de la Ley de Sociedades, que también debe ponderarse en “*sub lite*”.

A fin de fundar mi posición estimo preciso resaltar que:

- El artículo 45 del Código de Comercio establece que “en el Libro Diario se asentarán día por día, y según el orden en que se vayan efectuando, todas las operaciones que haga el comerciante...”.

- El art. 61 de la Ley de Sociedades dispone que “podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por el art. 53 del Cód. de Comercio para llevar los libros en la medida que la autoridad de control o el Registro Público de Comercio autoricen la sustitución de los mismos por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros, salvo el de inventario y balances.

El libro diario podrá ser llevado con asientos globales que no comprendan períodos mayores de un mes”.

Y, añade como recaudo, que “El sistema de contabilización debe permitir la individualización de las operaciones (...) con arreglo del art. 43 del Cód. de Comercio”.

- Está demostrado en el expediente que los recaudos de la citada normativa se encuentran cumplidos de acuerdo con la autorización de la Inspección General de Justicia (1468/1481).

En efecto, IGJ autorizó a AMX a llevar CD ROM para el sistema de almacenamiento de los registros contables (v. inimpugnado oficio de fs. 1468/1481).

En dicha autorización se describe que AMX utiliza el sistema SAP “el cual está conformado por una serie de módulos que registran las distintas operaciones; el módulo contable se alimenta de los módulos de inventarios, Cuentas por Pagar, Activo Fijo, Recursos Humanos y Tesorería, entre otros. A través del mismo, puede obtenerse información de los movimientos que afectan a la Sociedad, información de tipo legal para presentación ante distintos Entes y pueden anillarse listados que detallan las transacciones diarias, ordenadas por fecha y por imputación contable.

(...) Del ingreso de las transacciones en los distintos módulos y en los distintos subsistemas que alimentan la contabilidad, se generan asientos que ingresan al sistema contable, una

vez que las transacciones son analizadas por la persona responsable de la transacción, previo control automático del propio sistema, para luego emitir un listado mensual de asientos de diario, que constituyen el libro “Diario general”(...)” (fs. 1469 vta. y fs. 1474).

Dicha autorización del órgano de control, por lo demás, concuerda con el alcance de la norma indicado en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades. Allí se permite que “las registraciones se efectúen en forma mensual y global (...) sin crear impedimentos excesivos, quedando las registraciones diarias y singulares a cargo de los medios mecánicos que se autoricen”.

En ese sentido, sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla; siendo en esa tarea el examen de la exposición de motivos de las leyes un valioso criterio interpretativo de la intención de sus autores (CNCom. esta Sala, “Murga, Sebastián c.. Volkswagen SA s/ ordinario” del 19/12/2017; con citas de CSJN, “Dessy, Gustavo G.”, del 19/10/1995 y “Craviotto, Gerardo A. y otros c. Estado nacional”, del 19/05/1999).

En conclusión, no se advierte configurado el presupuesto expresado por el perito contador para concluir que la reclamada no lleva sus libros en debida forma pues, en los términos autorizados por el órgano de control, se desprende que sí registró las operaciones individuales.

En tanto están reunidos los requisitos exigidos por la ley, no cupo valorar el informe pericial bajo la órbita del tercer párrafo del art. 63, es decir, concluir que AMX no hubiera presentado asientos hechos en libros arreglados a derecho.

Consecuentemente con ello, a fin de cuantificar los rubros indemnizatorios, cuestionados por ambas partes, no podrán ponderarse las conclusiones del dictamen pericial que solo se funden en los registros de la actora o contemplan parcialmente los de la demandada.

En ese orden de ideas, se encomendará al perito contador en una etapa ulterior que cuantifique, tras compulsar los libros de ambas partes, los rubros que expresamente se indiquen “infra”.

4. Rubros indemnizatorios.

Aclaro que, a fin de analizar los perjuicios, se tendrá en cuenta que en este voto quedó decidido que el obrar abusivo de la demandada se configuró respecto de la implementación del proceso de regionalización, lo que no implica necesariamente admitir las restantes pretensiones de la actora incluidas en su escrito inicial.

En efecto, sólo procederán los daños y perjuicios que deriven de la rescisión del contrato provocados por la regionalización y que se encuentren demostrados.

Dicha conclusión se impone por cuanto no se demostró una conducta abusiva de AMX en otros aspectos del contrato tales como las supuestas modificaciones en las cláusulas sobre comisiones y errores en las liquidaciones —conducta de la que derivarían algunos rubros indemnizatorios y otorgados en la sentencia de grado—.

Esta conclusión es, como se verá infra, una consecuencia de la valoración de la conducta de las partes verificada durante la ejecución del contrato.

Al respecto, considero preciso señalar que revisten especial importancia los hechos y actos de los contratantes durante la vigencia del convenio y la conducta asumida antes, durante y después de la formación del mismo (CNCom, Sala B, “Gráfica Editora Primor c. Gibelli M.”, 26/10/1988; “Goldzer, Jorge M. c. De la Torre SA”, 14/03/1990; “Comelec SA c. Maderas y Vivienda Lago Fagnano SRL”, 20/09/1991; “Pérez, Alberto y otro c. Cargill SACI”, 22/12/1991; “Caropresse, Carlos A. c. Transportes Andreani SA”, 04/03/1998; voto del Dr. Barreiro, esta Sala, “Socmer Sacrific c. Macba Museum Art Center Bs. As. Sa s/ Ordinario” del 14/02/2019).

Desde dicha perspectiva conceptual, examinaré dos elementos que a mi juicio, tornan impropio la imputación de conducta abusiva de AMX por otros hechos distintos a la regionalización.

a. Acuerdos de conciliación hasta diciembre de 2012.

Adelanto que estos acuerdos evidencian la conformidad de Cellulares con el modo de ejecutar el contrato por parte de AMX, cuanto menos, hasta que se generó el conflicto que desencadenó este proceso.

En efecto, las partes celebraron estos convenios anuales en el período comprendido entre el año 2006 y hasta el año 2013. Estos implicaron, de acuerdo con el *modus operandi* seguido por las partes, un “cierre” de cuentas de las deudas y créditos que se hubieran generado en cada período (agregados en fs. 634/676 y reconocidos por la actora en la Audiencia del Cpr. 360, fs. 645).

A modo de ejemplo, se transcribirán algunas de las cláusulas incluidas en el último acuerdo que celebraron en Agosto 2013 —comprensivo del período concluido en diciembre 2012— (fs. 671/676).

Las partes allí declararon que para celebrar el acuerdo: “(a) han contado con asesoramiento jurídico y contable adecuado, (b) han discutido y acordado libremente los términos y condiciones de este Acuerdo, y (c) que lo aquí previsto resulta representativo de los intereses de ambas Partes.

Que a raíz de lo indicado en los considerandos precedentes, las Partes han llevado a cabo un minucioso y extenso proceso de análisis y determinación de los créditos y deudas que correspondan bajo el Acuerdo de Agencia por los conceptos expresamente indicados en el presente(...).

Y acuerdan que:

“nada más se adeudan por los conceptos expresamente previstos en el Anexo I, devengados hasta la fecha indicada en el apartado 1.1, por lo que renuncian irrevocablemente a realizar cualquier reclamo o acción al que pudieran considerarse con derecho con motivo del Acuerdo de Agencia”.

El anexo detalla una serie de operaciones celebradas entre las partes y, en la cláusula 1.4, refiere expresamente a la “totalidad de los cré-

ditos, débitos y compensaciones aplicados por “AMX” a la “Agencia” hasta la fecha indicada en el apartado 1.1., tales como, pero sin limitarse a: reconocimiento de gastos en general, descuentos por cancelación de líneas en el período de charge back, descuentos por documentación irregular, descuento por bajo consumo de clientes, descuentos por cambios de planes y modelos de equipos, penalidades, pago de líneas demo, descuentos por deudas de clientes, descuentos por maverik plus, saldos adeudados por tarjetas prepagas, entre otras, como asimismo las distintas adecuaciones de las escalas comisionales oportunamente comunicadas y aceptadas por la Agencia, y las distintas promociones de venta lanzadas al mercado, las cuales las Partes expresamente se ajustan, en un todo, a la legislación vigente y a lo previsto en el Acuerdo de Agencia, lo cual abarca el criterio principal, del mismo, sus anexos y los posteriores documentos, los cuales al estar asociados y vinculados al Acuerdo de Agencia, son para las Partes parte integrante e inescindible del mismo. Por tal motivo, la Agencia renuncia a realizar cualquier reclamo que pudiera considerarse con derecho por los motivos antes mencionados”.

La actora reconoció haber suscripto los documentos y no cuestionó el alcance de los mismos.

En consecuencia de lo expuesto, una adecuada interpretación con la conducta de las contratantes, conduce a concluir que esos acuerdos eran la oportunidad para efectuar los reclamos que pudieran tener sobre las liquidaciones de los períodos allí comprendidos. Cuanto menos, si Cellulares consideró que AMX estaba liquidando erróneamente las comisiones desde el inicio del contrato, debió plantearlo en esa oportunidad.

Al respecto, y tal como fue juzgado por mi distinguido colega Dr. Barreiro en la causa “Distribuidora Belgrano Norte SRL c. CESCE Argentina SA Seguros de Crédito y Garantía s/ Ordinario” del 03/06/2014, no puede soslayarse la norma del Ccom: 218 inc. 4°, que —concretamente— confiere relevancia hermenéutica a los hechos de los contratantes, posteriores a la celebración del contrato. Es que, la conducta asumida por las partes, en la etapa de ejecución del contrato, resulta decisiva a la hora de interpretarlo pues

se trata de actos propios, reveladores de su real intención, a veces más elocuentes que las propias palabras —*facta concludentia*— (Rouillon, Adolfo N.A., Código de Comercio Comentado y Anotado, p. 452 y ss, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2005).

De otro lado, la regla de la interpretación fáctica ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia, a veces remitiéndose también a la doctrina de los propios actos, señalándose que el modo y la forma en que las partes ejecutan el contrato es la prueba más concluyente que puede tenerse acerca de la verdadera intención contractual, pues constituye la traducción en los hechos de aquello que resulta dudoso en la palabra (CNCom, Sala C, 1995/11/24, CNCom. Sala D, “To Talk SA c. Miniphone SA s/ ordinario” del 11/09/2002; “El Comercio Cía. de Seguros c. Nieto Hnos. SA”, LA LEY 1996 B, 248; íd., Sala A, 2004/11/17, “Rodríguez, Rodolfo c. Bankboston NA”; DJ 2005/03/30; 828; C).

La CSJN ha receptado desde antiguo dicha doctrina, habiéndola formulado en época más reciente en el sentido de que es exigible a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, debiéndose desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que merced a sus actos anteriores, se ha suscitado en la otra parte (CSJN, Fallos: 312:1725; 315:158 y 890).

A su vez, resulta apropiado señalar que el art. 1059 Cód. Civil explica que la confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad. De ello que es una especie de convalidación del acto jurídico donde los vicios no desaparecen con el acto de confirmación sino que se sanean o expurgan, es decir, se eliminan los efectos de la causa de nulidad otorgando definitiva eficacia al acto que se reputa como inválido, entre los que se destaca el ejercicio de la acción de nulidad (Alberto A. Bueres y Elena I. Highton, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, T. 2-C, ps. 622/33, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999 y Compagnucci, Kemelmajer, Kiper, Lorenzetti y otros, “Código Civil de la República Argentina Explicado”, T. III, ps. 552 y ss., Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2011).

Por ello, en atención a la seguridad jurídica que debe primar en el marco de las relaciones contractuales entre comerciantes, no puede considerarse irrestricta la facultad de impugnar actos que han sido consentidos y, en ese orden de ideas, no resulta admisible la postura asumida por Cellulares al iniciar esta acción. Máxime cuando en el contrato se incluyeron expresamente mecanismos para reclamar por las diferencias de saldos que existieran.

b. Aprobación tácita de las liquidaciones desde el año 2013.

Súmase a lo dicho en el punto anterior, que si bien la actora solo consintió de manera expresa las liquidaciones hasta diciembre 2012 con el convenio suscripto en agosto de 2013, la forma en que la reclamante continuó en la ejecución del contrato, contraría el planteo nulificadorio y la revisión de las cuentas practicadas con posterioridad a esa fecha (arg. Art. 1198 del Cód. Civil).

En efecto, cabe señalar que la causal que invocó para pretender impugnar las liquidaciones era la falta de información de parte de la demandada desde el comienzo de la relación contractual.

Ahora bien, como fue dicho en el punto precedente, la demandante prestó conformidad con las liquidaciones efectuadas desde el 2006 hasta el 2012. Y no demostró que hubiera habido ningún cambio en el modo de procesar la información.

En consecuencia, esa línea argumental no puede ser admitida pues implicaría un obrar contrario a sus propios actos (art. 1198 del Cód. Civil).

Además, resulta incontrovertido que Cellulares facturaba de acuerdo con las pautas brindadas por AMX e, insisto, adquiere relevancia el hecho de que no hubiera formulado ningún reclamo tempestivamente.

En ese orden, considero contraria a derecho la conducta de la demandante, quien ahora pretende una indemnización por el pago incorrecto de comisiones y otros rubros liquidados desde el inicio de la relación contractual, que:

(i) no originaron ningún conflicto sino hasta casi 10 años después y, (ii), tendrían origen en una causa ajena a aquella que generó la disputa que condujo a la rescisión.

Nótese que Cellulares no formuló un reclamo concreto sobre abusos relativos a comisiones y otros rubros de la liquidación sino hasta el inicio de esta demanda.

En efecto, en el correo electrónico que envió la actora a la demandada en el año 2013, le manifestó su preocupación ante la caída de ingresos en virtud de la regionalización y por “las proyecciones que hizo para el 2014” (v. correo electrónico con asunto “Informe”, agregado en el Anexo IX. y luego, en un correo de febrero de 2014, profundizó lo reiterado anteriormente y solicitó “buscar alternativas para paliar esta situación” —aludiendo a las circunstancias que rodean a la nueva estrategia de distribución— (v. correo electrónico con asunto, “Situación CBA”, Anexo VIII).

Nótese que en ese intercambio, la actora mencionó las comisiones sólo como una prueba de las caídas de ingresos en virtud de la nueva estrategia de distribución implementada por AMX. Mas no cuestionó, siquiera mínimamente, el modo en que se practicaban las liquidaciones ni alegó que existiera algún error o conducta abusiva de su adversaria.

En ese contexto, de manera sorpresiva, la accionante introdujo en su carta documento enviada en junio 2014 una mención a la existencia de errores en las liquidaciones.

Sin embargo, los términos empleados en esa epístola tampoco pueden considerarse un reclamo serio, pues son meramente genéricos. Véase que allí intentó impugnar “la totalidad de las liquidaciones practicadas por AMX durante la vigencia del vínculo contractual, considerándose los pagos efectuados, que bajo ningún concepto implican aceptación de lo liquidado, a cuenta de su correcta liquidación” (v. carta documento incorporada en fs. 122).

Es decir, en un párrafo luego de que se hubiera desencadenado la causal que condujo a la rescisión, pretendió impugnar las liquidacio-

nes realizadas por su adversaria durante más de 8 años.

c. Conclusión

En ese orden de ideas, se verifica aquí la mala fe de la accionante pues resulta una sinrazón que: a) durante 6 años firmó acuerdos de conciliación de cuentas sin efectuar el más mínimo reclamo; b) facturó liquidaciones sin mencionar ningún error ni conducta abusiva de su adversaria; y, c) al momento de reclamar por el proceso de regionalización insinuó vagamente esta cuestión y no demostró que antes hubiera generado un conflicto entre las partes.

Tampoco está probada la falta de acceso a la información ni la existencia de un vicio en la voluntad o algún impedimento para reclamar tempestivamente por errores en las liquidaciones, las cuales, en algunos casos fueron expresamente aprobadas luego de haber sido revisadas con asesoramiento jurídico y contable.

Por las consideraciones expuestas la actora no acreditó que: a) las cláusulas fueran nulas “per se”; b) que se hubieran modificado a lo largo del vínculo contractual de manera arbitraria; o, c) que su ejercicio hubiera resultado abusivo.

Dicha tesitura conduce a admitir parcialmente los agravios de la demandada referidos a la nulidad parcial de las cláusulas y rechazar lo reclamado por la actora sobre los siguientes puntos decididos por el anterior sentenciante, los que se revocan por los motivos juzgados en la presente: e.1.4. Comisiones residuales sobre líneas regulares; e.1.5. Comisiones residuales sobre líneas prepagas; e.1.7. Comisiones residuales sobre líneas prepagas. Diferencia sobre base de cálculo; e.1.8. Comisiones sobre líneas regulares (up front, comisión residual y comisión diferida) y comisión de líneas prepagas (up front y residual). Penalización por falta de tráfico incorrectamente liquidada; e.1.10. Penalización documentación; e.1.11. Penalización por migración, suspensión, cancelación o falta de pago; e.1.12. Comisión sobre líneas regulares. Comisión residual abusiva; e.1.13. Comisión sobre líneas prepagas. Comisión residual. Variación abusiva; e.1.14. Diferencia por falta de actualización de las comisiones originariamente pactadas; e.1.15. TCM sobrefactu-

radas; e.1.16. Diferencia por reducción abusiva en las comisiones por venta de tarjetas prepagas (TPP); e.1.20. Pérdida originada por el cierre intempestivo del negocio corporativo —que se aclarará infra—.

4.4. Daño emergente

4.4.1. “Comisiones residuales sobre líneas regulares pendientes de liquidación” y “Comisiones residuales sobre líneas prepagas pendientes de liquidación”.

AMX objetó que admitieran estos rubros pues señaló que el anterior sentenciante se basó únicamente en lo que dispone la pericia contable sin atender a lo que habían pactado en el contrato en el cual supeditaron la admisión de las comisiones a que el contrato se mantuviera vigente. Añadió que impugnó este aspecto de la pericia, pues el experto no explicó que método utilizó para efectuar los cálculos y solo compulsó los registros contables de la actora a pesar de que habían sido puestos a su disposición los de la demandada.

Adelanto que el modo en que las circunstancias bajo las cuales se extinguió el contrato torna abusivo condicionar la admisión de las comisiones a la vigencia del contrato.

En efecto, respecto “Comisiones residuales sobre líneas regulares pendientes de liquidación” el punto 1.5 del Anexo VI del Contrato, dispone que las mismas se devengarán solo si el contrato estuviera vigente y explica el método que ha de seguirse para su cálculo. Y el punto 2.2.1, aplicable a las “comisiones residuales sobre líneas prepagas”, añade que en caso de que el presente acuerdo se resuelva el derecho al devengamiento de la Comisión Residual caducará en forma indefectible y automática (v. fs. 595).

La validez de dichas cláusulas sí fue expresamente atacada por la demandante pues arguyó que lo previsto en el 1.5.4, es leonino en tanto supedita el pago de la comisión a que el contrato se mantenga vigente (fs. 241 vta.).

Ahora bien, advierto que es contrario a derecho que la accionada le negara la liquidación y el pago a la agente por dicho concepto en razón de la falta de vigencia del contrato cuando,

como fue anticipado, la extinción del vínculo fue causada por un incumplimiento de AMX.

En esos términos, considero que no puede aplicarse la mentada estipulación con los efectos pretendidos por la reclamada y cabe rechazar los cuestionamientos dirigidos contra este aspecto de la indemnización.

En punto a su cuantificación, resulta acertado lo señalado por la demandada concerniente a que el informe pericial contable fue parcial. Ello así en tanto el experto manifestó que no contó con elementos contables para poder informar la situación de cada línea y lo estimó de acuerdo con los datos del último período facturado por AMX (v. pto. 1.1. y pto. 1.2, fs. 1370/7).

Consecuentemente con lo decidido en el supra 3.3 y en la etapa de la ejecución de la sentencia, cabe ordenar que el perito realice nuevos cálculos en base a los registros contables de ambas litigantes a fin de determinar la “comisión residual sobre líneas regulares” y “comisión residual sobre líneas prepagas” pendientes de liquidación y durante el período en que se mantuvieran activas.

4.4.2. Liquidaciones no abonadas efectivamente confeccionadas.

AMX expuso que no pudo condenársela al pago de las liquidaciones que habrían quedado sin abonar en tanto la demandante tenía una deuda al tiempo de rescindirse el contrato y por eso correspondió la compensación de este saldo.

Ahora bien, advierto que el argumento de la demandada no la exime del pago de las liquidaciones, en los términos decididos en la sentencia apelada, toda vez que la procedencia de este reclamo no puede supeditarse a la compensación invocada.

En efecto, para ser admitida esta defensa, debe cumplir con los requisitos previstos por el art. 819 del Cód. Civil y siguientes, que establecen que para que la compensación legal tenga lugar es necesario que los créditos sean fungibles, exigibles, líquidos y expeditos.

En el caso, como fue decidido supra, no puede aquí predicarse la existencia de deudas con

carácter líquido y exigible en favor de AMX. Por dicha razón, no cabe revocar este aspecto de la sentencia de grado en los términos procurados por la defendida en sus agravios.

Por lo demás y en tanto este punto de la pericia fue elaborado de acuerdo con una planilla entregada por la demandada, no se advierte necesario diferir su cuantificación para una etapa posterior (v. pto. 1.3 incorporado a fs. 1377.).

4.4.3. Pérdidas de comisiones por menor venta de abonos causadas por la regionalización/reducción. Límite de crédito para terminales y Pérdida de comisiones por reducción de cupos de comercialización tarjetas SIM prepagas demandada.

La procedencia de estos rubros también fue rebatida por la Recuerdo que el anterior sentenciante estimó que este capítulo de la indemnización está demostrado por la pericia contable y lo cuantificó en la suma de \$560.978,67, con más los intereses que fijó en acápite “e.1.1.”

Cellulares, en su escrito inicial, fundó este perjuicio en la reducción de créditos para adquirir terminales a partir de la regionalización y dijo que esto provocaba una disminución en la cantidad de abonos y de ese modo, de las comisiones que el agente percibía.

Respecto de las SIMS la accionante arguyó que corresponde indemnizar el monto equivalente a la cantidad de operaciones que no efectivizó luego de la regionalización dispuesta por la demandada.

A fin de calcular el daño, multiplicó la cantidad de altas regulares después de efectuada la regionalización y la cantidad de altas antes de realizada la misma y, esa diferencia se multiplicó por la comisión promedio. Así, concluyó que se verifican el monto correspondiente a las comisiones que la actora dejó de percibir y facturas.

Ahora bien en razón del criterio que se adoptará respecto de la indemnización por lucro cesante y de acuerdo con los parámetros allí dispuestos, considero que conceder estos aspectos resarcitorios implicarían una doble indemnización por un mismo concepto.

Corroboró lo expuesto, el propio fundamento de la demandante quien en su pretensión indicó su reclamo comprendía aquellas operaciones que “hubiera podido realizar en caso de mantenerse en su zona, su crédito y cantidad de tarjetas SIMS CARD primigeniamente acordadas y la cantidad de kit prepago” (fs. 297 vta.). Los términos empleados por la actora se enmarcan en las características del lucro cesante.

En ese orden de ideas, estimo que ambos aspectos se encuentran incluidos dentro del rubro lucro cesante, que será abordado infra.

4.4.4. Pérdida originada por el cierre intempestivo del negocio corporativo.

Previo al análisis de la indemnización por desvinculación de empleados, advierto necesario aclarar que tampoco procede la admisión de este rubro.

Ello así pues no ha sido demostrada su configuración.

En efecto, la pericia contable al concluir la recepción de esta indemnización informó que el daño se habría producido en el año 2010 por el cierre del “llamado negocio corporativo”.

Por otro lado, el escrito de inicio refiere que este incumplimiento se habría iniciado en el año 2005 y que el cierre se produjo en el año 2010 (fs. 171 vta. y fs. 177).

Sin embargo, más allá de la imprecisión sobre las circunstancias relativas al cierre de venta corporativa, advierto que no se acompañó ningún elemento fáctico que permita concluir que el cierre configurara una conducta reprochable a AMX. De hecho, ni siquiera se demostró acabadamente que éste hubiera ocurrido o que importara un cambio sustancial del contrato impuesto unilateralmente por la demandada.

Y tampoco fue demostrado que esta cuestión se vinculara con el proceso de regionalización —causal de rescisión del contrato—.

4.4.5. Daños provocados por desvinculaciones laborales

Considero necesario precisar las consideraciones que se tendrán en cuenta a fin de decidir

cuáles son los daños provocados por desvinculaciones laborales que proceden y cuáles no.

Así pues, resulta aplicable al presente caso el criterio asumido por este Tribunal, que si bien no soslayo que fue utilizado en el marco de un contrato de concesión, se advierte la similitud con el presente. En esa oportunidad se juzgó que procede otorgar resarcimiento por las sumas que el pretensor pago a título de indemnizaciones laborales, originadas en los despidos de personal provocados por la mentada rescisión cuando, —como en el caso—, no parece cuestionable que los mentados despidos hayan derivado de la ocurrencia del distracto, toda vez que la correspondencia cronológica entre la conclusión del vínculo y el despido de los empleados abona decisivamente esa impresión (CNCom, Sala D, “R. Martín y Cía. c. Autolatina Argentina SA y otros s/ ord.”, del 03/10/2001, cit.; esta Sala, *in re* “Escobar SACIFI c. Ford Argentina SCA y otros s/ ordinario”, del 19/05/2016).

En ese orden de ideas, únicamente procederán las indemnizaciones por desvinculación laboral que, de acuerdo con las probanzas del expediente, se hubieran originaron en la rescisión intempestiva del vínculo.

4.4.5.a. Daños provocados por el cierre del local ...

La reclamada, en sus agravios, solicitó el rechazo de este aspecto indemnizatorio pues arguyó que no fue acreditado en el expediente.

El anterior sentenciante juzgó que las circunstancias que rodearon ese cierre fueron acreditadas mediante la declaración testimonial de O. J. C. (rendida a fs. 986/995).

Y consideró, entonces, que este rubro estaba integrado por las dos indemnizaciones que se abonaron a los empleados M. R. y A. K., cuyo monto fue indicado por el perito contador.

Anticipo que cabe rechazar los agravios de AMX.

Es cierto, como propició la demandada, que el dictamen del perito contador se limitó a mencionar el pago de dos indemnizaciones laborales, pero en ningún momento señala si éstas se vincularon con el cierre del local de la calle ...

Así las cosas, y más allá de la impugnación a la idoneidad del testigo C. ya valorada “supra 3.2.a.”, lo cierto es que el deponente no realizó ninguna mención al pago de indemnización por despidos aquí reclamada.

No obstante, estimo procedente este rubro pues está demostrado que el distracto de ambos trabajadores son una consecuencia de la implementación del proceso de regionalización.

Ello, si se atiende a las fechas en las que estas ocurrieron, que de acuerdo con lo informado por el perito contador fueron el 31/03/2014 y el 30/04/2014 (v. fs. 1412). Es decir, poco tiempo antes de que Cellulares manifestara su voluntad rescisoria (junio 2014), pero después de que AMX implementara la regionalización.

En consecuencia, considero que deben desestimarse los agravios de la reclamada pues está demostrado que las desvinculaciones son contemporáneas con la implementación del proceso de regionalización que condujo al cierre del local de ... De modo que se confirma lo decidido por el magistrado de grado respecto de este rubro, con el alcance y pautas de liquidación fijados en la sentencia de grado (v. pto. e.1.19).

4.4.5.b. Pérdidas por desvinculación de personal

También deben desestimarse los agravios de la demandada que se dirigieron contra la admisión de este daño. Recuerdo que AMX cuestionó que las indemnizaciones abonadas a los trabajadores fueran una consecuencia de la extinción del vínculo contractual.

Ello así pues considero, al igual que en el punto anterior, que del informe del perito contador se advierte claramente la vinculación entre las indemnizaciones por distractos laborales y la rescisión del contrato.

En primer lugar, pues la demandada no demostró un error en las conclusiones del perito contador. Así, pues AMX sostuvo en su expresión de agravios (fs. 1769 vta.) que oportunamente habría requerido explicaciones al perito a fin de que aclarara la documentación compulsada para determinar este ítem. Ahora bien, lo cierto es que de la lectura de su escrito de im-

pugnación de pericia de fs. 1451/1466, no surge que hubiera formulado ningún planteo ni observación del capítulo “VII-A.4. 1. Denominado “Pagos por desvinculación de personal”.

Sino que por el contrario, en fs. 1463 vta./1464, pidió aclaraciones sobre las indemnizaciones tratadas en el punto anterior —cierre de local de ...— y las vinculadas al cierre intempestivo del negocio corporativo.

Los agravios carecen, entonces, de entidad suficiente para rebatir los fundamentos del perito que dieron sustento a lo decidido en la sentencia de grado.

En razón de ello, corresponde confirmar este aspecto del decisorio pues considero demostrado que la desvinculación del personal se motivó en la rescisión intempestiva del contrato. Ello así pues las fechas de las desvinculaciones informadas en la pericia, hallaron inicio de manera contemporánea con la implementación proceso de regionalización.

Así las cosas, también se impone la confirmación de este rubro indemnizatorio con alcance y pautas de liquidación fijados en la sentencia de grado (v. pto. e.1.21).

No procederán, por el contrario, las desvinculaciones derivadas del cierre intempestivo, pues no se acreditó su existencia.

4.5.1. Lucro cesante.

Recuerdo que, en este caso, el magistrado de grado estableció en 6 meses el plazo de preaviso. Ello aclarando que aunque el tiempo de duración del contrato celebrado en 2004 llevaría a un período mayor, consideró aplicable el límite de 6 meses fijado por la jurisprudencia.

La demandada se agravó de la procedencia del rubro preaviso por cuanto se justificó en el daño generado por la regionalización que, según su entender, no fue probado. Asimismo, se quejó de los parámetros tomados para calcular dicha indemnización. Dijo, en subsidio, que no debía tomarse la facturación del agente sino su ganancia neta y que debía contemplarse que la relación no duró 10 años sino 8 años.

El accionante, en sus agravios, indicó que el desarrollo del *a quo* luce “impecable” (fs. 1705), salvo por haber limitado el plazo de preaviso a 6 meses.

Cabe señalar que el preaviso ha sido definido como “el lapso de tiempo que transcurre entre el momento en que se notifica a la otra parte la intención de desligarse del vínculo jurídico y el momento de la ruptura propiamente dicha” (conf. “Código de Comercio Comentado y Anotado”, obra dirigida por Roullion, Adolfo A. N., ed. LA LEY, Buenos Aires, 2005, T. II, p. 743, con cita de Klein, Michele, “El desistimiento unilateral del contrato”. Civitas, Madrid, 1997, p. 103).

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación (“Código Civil y Comercial de la Nación”), no existía norma legal que regulara los “contratos de distribución” —en sentido amplio de la expresión— ni el plazo de preaviso que debía otorgarse a la cocontratante ante la rescisión sin causa del contrato (v. Libro III, Título IV, Capítulos 17, 18 y 19, del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sin embargo, la jurisprudencia coincidía en señalar que el término de preaviso debía tratarse de un plazo razonable, de acuerdo a las circunstancias de cada caso (Roullion, Adolfo A.N., op. cit., p. 745-749; Doynel, Santiago, “Contratos de Distribución”, ed. Ad-Hoc, 2010, p. 43-58).

Desde dicha perspectiva conceptual, considero que más allá del tope que indicó el juez *a quo* para fijar esta indemnización, computó el preaviso por los dos contratos celebrados por las partes, es decir, el de 2004 y el de 2006.

No obstante y como ya fue señalado supra, el primer contrato que las litigantes celebraron, fue oportunamente rescindido y luego, celebraron un nuevo convenio. En razón de ello, considero que esta indemnización procede respecto del segundo contrato.

Ello, en tanto no puede estimarse una suerte de continuidad pues decidieron extinguir el primer vínculo contractual —con la expresa aclaración de que nada tienen que reclamarse— y dieron nacimiento a un nuevo contrato. Así, entonces, la indemnización sustitutiva del prea-

viso se considera en razón del último acuerdo celebrado en 2006 y que fue rescindido en 2014.

En el *sub lite*, teniendo en cuenta el tiempo de duración del vínculo contractual habido entre las partes y la magnitud del negocio en cuestión, considero ajustado a derecho establecer el plazo de preaviso en ocho meses.

A fin de cuantificar estimativamente este parámetro, deberán seguirse las siguientes pautas:

(i) En primer lugar, deberán considerarse el último año de facturación de Cellulares anterior a la implementación del proceso de regionalización.

(ii) Por otro lado, se adoptará un promedio de las ganancias netas obtenidas durante ese último año como base para calcular la indemnización sustitutiva de preaviso.

Ello, pues no puede soslayarse a efectos de calcular la indemnización correspondiente, cuáles fueron los gastos que insumió razonablemente el negocio de la actora. En ese orden, a la suma que se fije de acuerdo con las pautas indicadas, debe descontársele un 20 % que se estiman en concepto de los gastos que le insumió.

Así, lo he juzgado recientemente en un antecedente que exhibe analogía al *sub lite* y que concuerda con el temperamento de la Sala (v. esta Sala, *in re*: “Lloydis SA c. Pernod Ricard Argentina SRL y otros s/ ordinario”, del 29/10/2019 y “Escobar SACIFI c. Ford Argentina SCA y otros s/ ordinario”, del 19/05/2016; Foward Services Latin American SA contra Telefónica de Argentina SA sobre Ordinario”, del 27/11/2012 entre otros.)

(iii) La pericia contable informó que el promedio de facturación mensual del año 2012 era de \$570.663,26 (v. fs. 1415). Y al contestar a la impugnación de la demandada, el experto señaló que tomó en consideración la totalidad de la facturación anual (fs. 1497).

Por tanto, el monto al cual asciende este aspecto de la indemnización es de \$3.651.704,86. Corresponde adicionar a esa suma los intereses de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia de grado, es decir, desde la fecha de

rescisión operada el 22/08/2014 —aspecto que no fue rebatido por las partes en sus agravios—.

4.5.2. Clientela

Se queja la demandada porque el Sr. Juez *a quo* receptó el reclamo indemnizatorio de la actora por el rubro clientela.

Sostiene que resulta infundado y absolutamente desproporcionado y excesivo.

En sustancia indica que el agente solo se limita a actuar en interés del comitente y no en interés propio, con lo cual, ningún valor, al margen de la comisión correspondiente puede significar a su establecimiento, el ingreso de los clientes al sistema Amx Claro. Agrega que el pago de la comisión por su parte a la actora fue la contraprestación por la incorporación al sistema de cada cliente traído por el agente, por lo cual, mal puede hablarse en este caso de enriquecimiento sin causa. Se quejó, asimismo, del monto de este rubro.

A mi juicio, el agravio debe ser receptado favorablemente.

La actora y la demandada se encontraban vinculados por un contrato de agencia a plazo fijo renovable automáticamente, pero que podía ser rescindido sin causa y sin derecho a indemnización alguna, en la medida que tal decisión fuese notificada con sesenta días de antelación (fs. 574, Anexo A, Tercero). De lo expuesto queda claro que la actora no podía tener una expectativa a percibir un resarcimiento de su contraria por clientela en ningún momento.

Aún cuando, como en el presente caso, se admita que la finalización del vínculo contractual sea imputable a la demandada, el reclamo indemnizatorio no habrá de prosperar. Recuerdo que la actividad de la actora en beneficio de la accionada era retribuida con distinto tipo de comisiones, las que se encuentran descriptas en el Anexo VI del contrato (fs. 592 y ss). Tal como ha decidido esta Sala en un caso similar al presente, en las relaciones en que el fabricante sólo utiliza la organización empresarial de su distribuidor, para vender el producto, la clientela pertenece al producto y no al que lo comercializa (ver fundado voto del Dr. Barreiro en los autos

“Total Cell SA c. Telefónica Móviles Argentina SA s/ ordinario” de fecha 26/03/2013).

En efecto, a diferencia de lo que he señalado respecto de la indemnización sustitutiva de preaviso, no cabe admitir una expectativa de la demanda a percibir indemnización alguna por la clientela. Ello en razón de que estaba previsto que en algún momento el contrato finalizaría y, según sus propios términos, sin derecho a indemnización alguna a favor de las partes. Por lo demás, una vez que la actora comercializó los servicios de la demandada, los clientes son de ésta última con total independencia de si la ruptura contractual pueda atribuirse a la accionada.

5. Costas.

En el caso, resulta de plena aplicación en el *sub lite* el inveterado criterio que sostiene que, en los reclamos por daños y perjuicios, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia de que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente respecto de la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom., Sala C, *in re*: “Enrique R. Zenni y Cía. SA c. Madefor SRL y otro s/ ordinario” del 14/02/1991”; *in re*: “Martín, Oscar C. c. Toyoparts SA s/ sumario” del 11/02/1992; *in re*: “Levi, Raúl J. c. Garage Mauri Automotores s/ ordinario” del 23/03/1994; *in re*: “Alba de Pereira, Victorina c. Morán, Enrique A. s/ daños y perjuicios” del 29/03/1994; *in re*: “Pérez, Esther E. c. Empresa Ciudad de San Fernando SA y otro s/ sumario” del 02/02/1999; entre otros; esta Sala, *in re*: “Fernández Blanco, Guillermo E. c. Volkswagen Argentina SA y otros s/ ordinario”, del 07/04/2015).

Asimismo, ya ha expresado esta Sala que la noción de vencimiento ha de ser establecida —a los efectos de distribuir las costas del trámite— con sujeción a una visión sincrética de lo sucedido en el juicio y no mediante una simple comparación aritmética entre lo pretendido y su resultado (CNCom., Sala F, *in re*: “Escandón Gherzi, Gonzalo A. c. Martinelli, Guillermo y otro s/ ordinario” del 21/03/2013).

Desde dicha perspectiva y en tanto la interposición de la litis resultó necesaria para el reconocimiento del derecho del Cellulares (esta Sala, *in re*: “Bebolino, Anabella K. c. Ford Argentina y otro s/ ordinario”, del 06/12/2011; *in re*: “Ortega, Patricia L. c. Fiat Auto SA de Ahorro P/F Determinados s/ ordinario” del 10/09/2015, entre otros), corresponde confirmar lo decidido en la instancia anterior; vale decir, que los gastos causídicos sean afrontados por la demandada vencida (Cpr. 68).

VI. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo:

Receptar parcialmente los agravios de AMX y revocar los siguientes puntos decididos por el anterior sentenciante:

e.1.4. Comisiones residuales sobre líneas regulares; e.1.5. Comisiones residuales sobre líneas prepagas; e.1.7. Comisiones residuales sobre líneas prepagas. Diferencia sobre base de cálculo; e.1.8. Comisiones sobre líneas regulares (up front, comisión residual y comisión diferida) y comisión de líneas prepagas (up front y residual). Penalización por falta de tráfico incorrectamente liquidada; e.1.10. Penalización documentación; e.1.11. Penalización por migración, suspensión, cancelación o falta de pago; e.1.12. Comisión sobre líneas regulares. Comisión residual abusiva; e.1.13. Comisión sobre líneas prepagas. Comisión residual. Variación abusiva; e.1.14. Diferencia por falta de actualización de las comisiones originariamente pactadas; e.1.15. TCM sobrefacturadas; e.1.16. Diferencia por reducción abusiva en las comisiones por venta de tarjetas prepagas (TPP); e.1.17 Pérdidas de comisiones por venta de abonos causadas por la regionalización/reducción. Límite de créditos para terminales; e.1.18 pérdida de comisiones por reducción de cupos de comercialización tarjetas SIM prepagas; e.1.20. Pérdida originada por el cierre intempestivo del negocio corporativo; y, e.2.2. La indemnización por clientela.

Receptar parcialmente los agravios de la demandada y modificar la imposición de costas derivadas de la prescripción de la acción de nu-

lidad, las que se distribuyen en el orden causado (cfr. pto. 2.a.2);

Estimar parcialmente los agravios de la actora y la demandada contra el lucro cesante en los términos que surgen del punto 4.5.1.

Modificar lo decidido en la sentencia de grado sobre la indemnización por comisiones residuales sobre líneas regulares pendientes de liquidación y comisiones residuales sobre líneas prepagas pendientes de liquidación. Las pautas para su liquidación surgen del pto. 4.4.1.

Las costas de ambas instancias por la acción principal y la excepción de prescripción de la nulidad del contrato se imponen a la demandada (2.a.2.), sustancialmente vencida (Cpr. 68).

Por análogas razones los doctores *Tevez* y *Barreiro* adhieren al voto que antecede.

Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: I. Receptar parcialmente los agravios de AMX y revocar los siguientes puntos decididos por el anterior sentenciante: 1) e.1.4. Comisiones residuales sobre líneas regulares; e.1.5 Comisiones residuales sobre líneas prepagas; e.1.7. Comisiones residuales sobre líneas prepagas. Diferencia sobre base de cálculo; e.1.8. Comisiones sobre líneas regulares (up front, comisión residual y comisión diferida) y comisión de líneas prepagas (up front y residual). Penalización por falta de tráfico incorrectamente liquidada; e.1.10. Penalización documentación; e.1.11. Penalización por migración, suspensión, cancelación o falta de pago; e.1.12. Comisión sobre líneas regulares. Comisión residual abusiva; e.1.13. Comisión sobre líneas prepagas. Comisión residual. Variación abusiva; e.1.14. Diferencia por falta de actualización de las comisiones originariamente pactadas; e.1.15. TCM sobrefacturadas; e.1.16. Diferencia por reducción abusiva en las comisiones por venta de tarjetas prepagas (TPP); e.1.17 Pérdidas de comisiones por venta de abonos causadas por la regionalización/reducción. Límite de créditos para terminales; e.1.18 pérdida de comisiones por reducción de cupos de comercialización tarjetas SIM prepagas; e.1.20. Pérdida originada por el cierre intempestivo del negocio corporativo; y, e.2.2. La indemnización por clientela. 2) Receptar

parcialmente los agravios de la demandada y modificar la imposición de costas derivadas de la prescripción de la acción de nulidad, las que se distribuyen en el orden causado (cfr. pto. 2.a.2); 3) Estimar parcialmente los agravios de la actora y la demandada contra el lucro cesante en los términos que surgen del punto 4.5.1.

4) Modificar lo decidido en la sentencia de grado sobre la indemnización por comisiones residuales sobre líneas regulares pendientes de liquidación y comisiones residuales sobre líneas prepagas pendientes de liquidación. Las pautas para su liquidación surgen del pto. 4.4.1. Las costas de ambas instancias por la acción principal y la excepción de prescripción de la nulidad del contrato se imponen a la demandada (2.a.2.), sustancialmente vencida (Cpr. 68). II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Alejandra N. Tevez*. — *Ernesto Lucchelli*. — *Rafael F. Barreiro*.

ENFERMEDAD PROFESIONAL

Pérdida casi total de la audición. Determinación del grado de minusvalía. Depresión. Incapacidad psicológica. Responsabilidad de la ART. Reparación integral de perjuicio.

1. — Se encuentra innegable la incidencia negativa en la psiquis del trabajador la pérdida de la audición causada por las tareas que realizaba en un ambiente ruidoso; más, si es una persona de mediana edad que con la afección seguramente le costará reinsertarse en el campo laboral.
2. — La ART incumplió con los deberes de seguridad y control y por ello debe responder a las obligaciones emergentes con base a lo normado por el art. 1074 del Código Civil.
3. — No sólo se debe resarcir el daño laboral en el sentido de la pérdida de ganancia, sino también la totalidad del perjuicio que se deriva para otros aspectos de la vida de quien ha resultado víctima del evento da-

ñoso y sus consecuencias. (Del voto del Dr. Pérez).

CNTrab., sala III, 29/10/2019. - Curras, Mariano c. Experta Art SA s/ Accidente - Ley Especial.

[Cita on line: AR/JUR/58984/2019]

Causa N° CNT 15.122/2015/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 29 de 2019.

La doctora *Cañal* dijo:

I. La Sra. Juez de anterior grado, hizo lugar a la demanda y condenó a Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, a pagar la reparación integral (daño material y daño moral) por la incapacidad física, parcial y permanente que ostenta el accionante, como consecuencia directa de las tareas cumplidas para su empleadora (fs. 455/457).

Contra tal pronunciamiento, se alzan las partes actora y demandada, a tenor de los memoriales obrantes a fs. 459/461 y fs. 463/464 vta. con réplica de fs. 469/ vta.

II. No es materia de controversia que el actor dirigió la presente demanda contra Experta ART SA, y en los términos de las previsiones del ex art. 1074 del Cód. Civil.

A tal fin manifestó que ingresó el 2 de noviembre de 2009 en perfecto estado de salud para prestar tareas para TNT Argentina SA (empresa dedicada al Correo Internacional y Servicio de Transporte), desempeñándose como operador de servicios en la Terminal de Cargas (sector Currier) del Aeropuerto Internacional de Ezeiza. Sus tareas consistían en recibir la mercadería y verificar el contenido de la misma por medio de un scanner, para luego distribuirla a cada una de las compañías aéreas. A la vez, señaló que su puesto de trabajo se encontraba a 20 o 30 metros de la pista de aterrizaje de los aviones, por lo tanto debía trabajar en un ambiente nocivo, debido al intenso ruido que tenía que soportar. Ello le trajo aparejado el padecimiento de una enfermedad laboral, hipoacusia neurosensorial bilateral.

III. Luego de una breve síntesis del reclamo de autos, procederé a expedirme en relación con los recursos de apelación.

En efecto ambas partes, se consideran agraviadas por el grado de minusvalía laboral determinado por la Sra. Juez de anterior grado, ya que la misma consideró que el trabajador padece una incapacidad física, parcial y permanente del orden del 61,88% de la T. O. (42% hipoacusia bilateral + 10% RVAN grado II + 9,88% de factores de ponderación).

El actor en su presentación, manifiesta que debería valorarse el informe del perito actuante, quien estableció que padece una Fecha de firma: 29/10/2019 Reacción Vivencial Anormal Neurótica de grado III, la cual se traduce en una incapacidad del 25% de la T. O. —conforme decreto 659/1996— y no del 10% de la T. O., tal como se definió en la sentencia, y que por lo tanto, debería considerarse el grado de incapacidad psicofísica del 86% de la T. O., informado por el perito médico.

Mientras que Experta ART SA, considera que el grado de incapacidad laborativa es excesivo, y que resultó enorme la diferencia establecida entre la cuantía informada por el perito médico y la comisión médica.

En el punto, la perito médico informó que conforme los estudios realizados de audiometría, logaudiometría, y tinpanometría tanto anteriores como actuales, muestran una afección bilateral auditiva de origen ocupacional, sin patología previa, con examen preocupacional de inicio normal. La experta dio cuenta de que la afección de Curras es una hipoacusia grave bilateral, que se traduce en una pérdida del 80% de la audición en el oído derecho y, una disminución del 90% en el oído izquierdo. A su vez, el informe reveló que la hipoacusia neurosensorial que afecta al actor es una enfermedad laboral causada por la exposición constante a ruidos por más de 7 años de labor y que resulta “irrecuperable”.

Para más, la pericia médica en relación con la exposición al ruido arrojó la siguiente consideración “Toda persona expuesta al ruido constante puede desarrollar una hipoacusia progresiva y cuanto más joven es la persona

más rápido se desarrolla la hipoacusia, comienza con acúfenos, luego se le distorsionan los sonidos y finalmente deja de escuchar todo en el medio ambiente que lo rodea, por los acúfenos quedan permanentemente, a lo que se puede agregar la pérdida de estabilidad, mareos e incoordinación motriz y/o vértigos. El actor con 39 años presenta una pérdida auditiva bilateral del 80% y 90%, es decir que tiene una pérdida casi total de su audición, una pérdida que evoluciona si continua en el ambiente ruidoso, y que es de tal magnitud que correspondería a una persona de más de 70 años. Los audífonos bilaterales que debe usar no impiden que, al sacarlos de noche para dormir, sienta los ensordecedores acúfenos que no le permiten el descanso necesario. La pérdida auditiva está perfectamente constatada en la Historia Clínica del actor, en la asistencia de la ART, en el Instituto Superior de ORL, en la OS "OMINT", estas cuatro entidades coinciden en el diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral es por exposición al ruido constante, no tiene antecedentes traumáticos, familiares ni congénitos de sordera, es una hipoacusia bilateral laboral, (...) no es una conjetura, es un hecho comprobado fehacientemente por diferentes entidades y estudios que determinan en forma objetiva que hay lesión auditiva" (fs. 401/406 vta. y fs. 413/414 vta.). Todo ello concluye que el actor padece una disminución física del 42% de la T. O., a ello deberá adicionarse los factores de ponderación como dificultad en tareas 8%, recalificación 10% y edad 1%.

En cuanto a la afección psicológica, el psicodiagnóstico dio cuenta que "En la esfera de la conciencia el pensamiento está dominado por cogniciones catastróficas y sentimientos de minusvalía. Predomina la desesperanza, la apatía y la abulia. (...) Las consecuencias permanentes físicas vinculadas a la pérdida de la audición, le impiden desempeñarse adecuadamente en las tareas que históricamente realizó y además no cuanta con los recursos para insertarse en otros mercados laborales. Su esfera psíquica está dominada por sentimientos de temor frente a la invalidez y minusvalía, esto o sumerge en un profundo cuadro sintomático de depresión que afecta el resto de las áreas de su vida".

"Es posible establecer que el Sr. Curras, como reacción al impacto producto del hecho de autos, ha desarrollado conductas de aislamiento

y evitación, sentimientos distímicos muy marcados, alteraciones en la interacción familiar y perturbaciones en el aprovechamiento de la energía psíquica. Ello además, se ve intensificado e impacta de manera más contundente debido a que el actor se encuentra en una etapa vital de la vida en la cual un sujeto tiene necesidades de productividad y construcción de objetivos y metas a desarrollar. Estas necesidades se encuentran totalmente inhibidas por una permanente sensación de falta de energía y motivación, consecuencia directa del cuadro depresivo que padece".

"El cuadro psicológico que en la actualidad presenta el peritado obedece a un trauma complejo y guarda un nexo causal directo con los eventos denunciados".

Ahora bien, considero que corresponde valorar que, tal como expresó la psicóloga, el reclamante padece de una "reacción vivencial anormal neurótica, con manifestación depresiva, grado III", y que la afección es fruto de la depresión por la pérdida de audición, sintomatología que fue causada por las tareas que realizaba el actor en un ambiente ruidoso.

Por mi parte, considero que el peritaje analizado, constituye un estudio serio y razonado del estado actual del actor, que se sustenta en exámenes clínicos y complementarios, y que se funda en sólidos argumentos científicos.

En definitiva, encuentro innegable la incidencia negativa en la psiquis del trabajador del daño producido y consistente en una "reacción vivencial neurótica de grado III", derivada de la depresión "por la pérdida de la audición", cuando el mismo es una persona de mediana edad que con la afección seguramente le costará reinsertarse en el campo laboral.

En atención a todas las razones expuestas, considero que corresponde adicionar el porcentaje de 25% de la T. O., en concepto de incapacidad psicológica a la minusvalía física que porta el trabajador del 61% (incapacidad física 42% factores de ponderación 19%). Esta modificación que propongo, se proyecta sobre el porcentaje de incapacidad parcial y permanente, el cual se traduce en un 86% de la total obrera

y que guarda relación directa con las tareas que cumplía el trabajador en un ambiente ruidoso.

IV. Ahora bien la modificación que propongo se proyecta en la reparación integral a la que será acreedor el actor.

Previo a otorgar las pautas y la cuantía del daño material observo que el agravio vertido por la parte demandada resulta desierto en los términos del art. 116 de la ley 18.345, por cuanto no controvierte con adecuado fundamento los parámetros utilizados por la Sra. Juez de grado (la edad del trabajador a la fecha de toma de conocimiento, el porcentaje de incapacidad, la expectativa de vida).

La Aseguradora de Riesgos del Trabajo se limita a manifestar su disconformidad con el monto determinado por la sentenciante, sin brindar pautas que corroboren su postura.

V. Acto seguido, procederé a expedirme en relación con la cuantificación del daño material conforme el grado de incapacidad laboral que auspicio modificar.

Por lo tanto, tampoco es materia de controversia que Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo incumplió con los deberes de seguridad y control y por ello debe responder a las obligaciones emergentes con base a lo normado por el art. 1074 y conchs. del ex Cód. Civil, hoy art. 1749 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Para ello, señalo que tal como lo establece el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación la reparación del daño "debe ser plena" y tiene como finalidad, la restitución del damnificado al estado anterior al hecho dañoso.

Asimismo, el art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante, la pérdida de chances, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Por su parte, el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación determina que "la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un

capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad..."

Ahora bien, tanto como Juez de primera instancia, a cargo del Juzgado de Trabajo N° 74, cuanto como vocal de este Tribunal tuve oportunidad de manifestar en la sentencia N° 2570, del 23/02/2009, en autos "Santa Cruz, Guido N. c. Pinedo SA y otros s/ accidente - acción civil", que para calcular el daño material y a mero título indiciario, es decir indicativo, pero en el intento de alejarme en lo posible de toda discrecionalidad, he realizado un cálculo comparativo con la fórmula consagrada en "Vuoto, Dalmiro y otro c. AEG Telefunken Argentina SA", SD N° 36010 del 16/06/1978, modificada en la causa "Méndez, Alejandro D. c. Mylba SA y otro s/ accidente - acción civil" SD N° 89654 del 28/04/2008, del registro de esta Sala.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido a partir del fallo "Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pamental Peluso y Compañía SRL" (08/04/2008) la doctrina que para evaluar la reparación integral del daño fundado en el derecho civil que padece un trabajador, víctima de un accidente del trabajo, no se deben aplicar las fórmulas matemáticas, ni son válidos los criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de la Ley de Riesgos del Trabajo.

En la causa "Mosca, Hugo c. Pcia. de Buenos Aires", el Supremo Tribunal de la Nación sostuvo que "(...) para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida labo-

ral de la víctima y en su vida de relación (Fallos: 320:1361 y 325:1156)."

Atento lo expuesto precedentemente, y visto como sostuvo la Sra. Juez de grado anterior, que estamos en presencia de un trabajador que al momento de la toma de conocimiento de la enfermedad tenía 35 años, con una incapacidad del 86% T. O., y la expectativa de vida, encuentro que tanto el daño material como el moral en cálculos hodiernos, resultan reducidos y por ello, propongo modificar estos aspectos de la sentencia, y elevar el daño material a la suma de \$4.200.000.

En tanto que propongo también elevar el resarcimiento por daño moral, en el monto \$840.000 y por aplicación de la doctrina del plenario "Vieytes, Eliseo c. Ford Motors Argentina SA s/ art. 1113 del Cód. Civil", (Fallo: Plenario N° 243 del 25/10/1982).

Asimismo, considero necesario señalar que toda vez que la ley 26853 en su artículo 12, dispone dejar sin efecto al art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, y siendo que la misma establece su obligatoriedad de manera inmediata, no existe más la contradicción constitucional.

VI. Por todo lo expuesto propongo modificar la sentencia de grado anterior y elevar el monto de condena a la suma \$5.040.000, que será abonado por Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, al actor Sr. Mariano Curras, en la forma, plazo y con más los intereses dispuestos en primera instancia —cuestiones que llegan firmes a esta instancia—.

Ante el nuevo resultado del litigio que propicio y lo normado por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria.

Propicio que las costas de ambas instancias sean soportadas por la parte demandada (art. 68 de la normativa procesal señalada).

Teniendo en cuenta el monto de condena con los intereses, la calidad y la extensión de las ta-

reas y lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 22 y concs. de la Ley de Aranceles y ley 24.432 y demás normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios de los letrados de las partes actora, demandada y Sra. perito médico por sus trabajos en la instancia previa en los porcentajes de 16%, 11%, y 8%, respectivamente, a calcular del monto total de condena con los intereses.

Asimismo, auspicio regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 459/461 y fs. 463/464 vta. por sus trabajos ante la alzada, en 25% y 25% respectivamente de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa (art. 14 de la ley 21.839), con más el impuesto al valor agregado.

Respecto de la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios, esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27/09/1993, en autos "Quiroga, Rodolfo c. Autolatina Argentina SA s/ accidente-ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación" (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio —adicionárselo a los honorarios regulados— implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

En definitiva y por lo que antecede auspicio: I. Modificar la sentencia de primera instancia y por ende elevar el monto de condena a la suma de pesos cinco millones cuarenta mil (\$5.040.000) que deberá abonar Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, al actor Sr. Mariano Curras, en la forma, plazo y con más los intereses dispuestos en primera instancia. II. Dejar sin efecto el régimen de costas y las regulaciones de honorarios de la instancia previa. III. Regular los honorarios de los letrados de las partes actora, demandada y Sra. perito médico por sus

trabajos en la instancia previa en los porcentajes de 16%, 11%, y 8%, respectivamente, a calcular del monto total de condena con los intereses. IV. Regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 459/461 y fs. 463/464 vta. por sus trabajos ante la alzada, en 25% y 25% respectivamente de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa (art. 14 de la ley 21.839), con más el impuesto al valor agregado.

El doctor Pérez dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Cañal, en el marco de las especiales circunstancias de hecho y prueba que aquí se ventilan, y en virtud de lo señalado en la pericia médica (fs. 401 y ss.).

Ya he manifestado acerca del alcance de la reparación y su cuantía, en el ámbito de la acción civil que aquí se trata, que es del caso recordar —por una parte— que no sólo se debe resarcir el daño laboral en el sentido de la pérdida de ganancia, sino también la totalidad del perjuicio que se deriva para otros aspectos de la vida de quien ha resultado víctima del evento dañoso y sus consecuencias, siempre en congruencia con los límites de la pretensión y del derecho aplicable al caso, y —por otra parte— que no existe una normativa que establezca una tarifa para el cálculo de dicho daño (doctrina del fallo “Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y en Pametal Peluso y Compañía SRL”, Recurso de Hecho: A. 436. XL, fallo del 8 de abril de 2008, de la CSJN).

Por otra parte, dejo a salvo mi postura, en el caso particular que nos ocupa, en relación con la no aplicabilidad inmediata del nuevo Cód. Civil y Comercial de la República Argentina, dado que el accidente de marras ocurrió con anterioridad a la vigencia de este cuerpo normativo, aun así con la normativa del anterior Código (art. 1074 del mismo); comparto la decisión que se propone.

Por lo tanto, el Tribunal resuelve: I. Modificar la sentencia de primera instancia y por ende elevar el monto de condena a la suma de pesos cinco millones cuarenta mil (\$5.040.000) que deberá abonar Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, al actor Sr. Mariano Curras, en la forma, plazo y con más los intereses dispuestos en primera instancia. II. Dejar sin efecto el régi-

men de costas y las regulaciones de honorarios de la instancia previa. III. Regular los honorarios de los letrados de las partes actora, demandada y Sra. perito médico por sus trabajos en la instancia previa en los porcentajes de 16%, 11%, y 8%, respectivamente, a calcular del monto total de condena con los intereses. IV. Regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 459/461 y fs. 463/464 vta. por sus trabajos ante la alzada, en 25% y 25% respectivamente de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa (art. 14 de la ley 21.839), con más el impuesto al valor agregado. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — Miguel O. Pérez. — Diana R. Cañal.

AMPARO COLECTIVO DE SALUD

Insuficiencia renal crónica. Tratamiento de diálisis. Pandemia. Ausencia de conflicto entre las partes. Posibilidad de acudir al Poder Judicial. Requisito de antijuridicidad. Intromisión en la actividad del Poder Ejecutivo.

1. — Dado que la pretensión —garantizar la cobertura adecuada y en aislamiento de tratamientos de diálisis a pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en el marco de la emergencia sanitaria derivada del COVID-19— subyace una suerte de advertencia u observación, más no un conflicto entre partes adversas a partir de una manifestación concreta de una omisión arbitraria o ilegítima por parte del sujeto al que se demanda, la acción de amparo no puede admitirse.
2. — Estar frente a un supuesto de tutela preventiva, encausado en el marco de un amparo, no significa que resulte válido acudir al Poder Judicial para hacerle saber que otro órgano del Estado —en el caso el Poder Ejecutivo— se está equivocando en su proceder, aun cuando ello importase la posibilidad de que eventualmente trajera consecuencias nocivas. La actualidad del conflicto debe estar presente al momento de la promoción de juicio, se trate de una acción u omisión, y sea en el marco de una tutela resarcitoria, inhibitoria y/o preventiva.

3. — No es razonable entender que corresponde al Poder Judicial disponer vía cautelar que el GCBA realice un protocolo de acción respecto del grupo cuyos intereses pretende proteger la demandante, ya que hacerlo, condicionaría la actividad esencial que está llevando a cabo el Estado dentro de un contexto en el que, el tribunal desconoce.

Contencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 23/04/2020. - Asociación Regional de Diálisis y Transplantes Renales de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires y otros c. GCBA s/ Amparo - Salud - Otros.

[Cita on line: AR/JUR/15009/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

En “Parisi de Frezzini, Francisca”, 20/10/2009, Fallos: 332:2328, AR/JUR/39781/2009, sostuvo que sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.

Número: EXP 3036/2020-0

CUIJ: EXP J-01-00020411-7/2020-0

Actuación Nro: 14581870/2020

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 23 de 2020.

Considerando:

1. Que, con fecha 16/04/2020, el Sr. juez de grado en turno resolvió desestimar la medida cautelar incoada por la parte actora consistente en que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) adoptase una serie de medidas que garantizaran “... la cobertura adecuada y en aislamiento de tratamiento de diálisis a pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en el marco de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19”. Asimismo, dispuso la remisión de las actuaciones al juzgado sorteado para la radicación de la causa y ordenó la incorporación de la presente, mediante correo

electrónico dirigido a la Secretaría General de la Cámara, al Registro de Procesos Colectivos.

Para decidir de ese modo, en lo concerniente a la medida cautelar requerida consideró que la cuestión debatida superaba con creces el marco de examen admitido en una petición de naturaleza precautoria.

Entendió asimismo que “... lo pretendido produciría efectos jurídicos directos sobre personas ajenas al proceso —los propios pacientes renales—, en tanto no ha sido ofrecida su citación en el escrito de inicio y, claro está, el limitado margen de tiempo horario del turno, impide, ipso facto, instar la debida difusión pública de este amparo colectivo, para que concurren a estar a derecho todos los posibles afectados o interesados en el debate”. Agregó, por otro lado, que “... a tenor del estatuto de la amparista, no se desprende su legitimación activa para la representación de dicho colectivo...” y enfatizó que “... el contenido mismo de las medidas apunta a decisiones que, a priori, se presentan como de resorte exclusivo de las competencias y facultades propias de la autoridad ejecutiva, en tanto órgano especializado en la materia en ciernes y, sobre el particular, las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda no vienen acompañadas de elementos probatorios de suficiente entidad”.

Afirmó que sería poco prudente imponer “...un determinado criterio médico epidemiológico de actuación al organismo con competencia y versación en la materia, desconociendo incluso las eventuales implicancias fácticas en orden a la operatividad del sistema de salud en su conjunto...” y, como agregado, puso de resalto que la actora no había acreditado “... haber realizado presentación o gestiones algunas en sede de la administración porteña a los fines aquí reclamados, cuya hipotética denegatoria ameritase efectuar el control de legalidad que se pretende, por vía oblicua, con la alegada omisión”.

Finalizó su argumentación señalando que no se había logrado acreditar que “... concorra la alegada imposibilidad de los centros de diálisis que conforman el frente actor, de garantizar per se la debida atención sanitaria de sus propios pacientes. Tampoco se arriman elementos de prueba que den indicios, al menos, de que no existen actualmente pacientes con tal patología

que se encuentren ya internados en hospitales o clínicas porteños a raíz de encontrarse infectados de Covid-19. Es que, en definitiva, en la demanda no se alude a ningún caso individual concreto, sino a una estimada potencialidad de eventuales perjudicados, que no han venido a juicio”.

En suma, por todo ello, rechazó la pretensión cautelar deducida.

2. Que, frente a ese pronunciamiento, la parte actora dedujo, con fecha 17/04/2020, la ampliación de la demanda, requirió que se otorgasen medidas cautelares urgentes y planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

En dicha oportunidad, el apoderado de las entidades demandantes se presentó en calidad de gestor procesal (en los términos del artículo 42 del CCAyT) de tres personas que serían pacientes en tratamiento de diálisis y de cinco personas que serían personal de distintos centros de diálisis.

En cuanto a los fundamentos de su recurso, señaló que los “casos individuales concretos” a los que aludió el Sr. juez de grado existían por decenas en todo el país y que lo que se pretendía mediante la demanda y a través de la medida cautelar requerida era evitar que ello aconteciera en la ciudad de Buenos Aires. Explicó que “... no se dice que lo que hace el GCBA sea un acto del cual emane alguna ilegalidad manifiesta sino que lo que se ha [hecho] saber a la Justicia de la Ciudad (...) es que la omisión de adoptar medidas por parte del GCBA implica una violación constitucional y pone en riesgo a personas concretas que reciben tratamiento de diálisis y personal de los establecimientos que brindan ese servicio”.

Expuso que la presentación de pacientes renales crónicos y de personal de centros de diálisis, sumado a la intervención de las entidades que interpusieron la demanda, justificaban la adopción de las medidas reclamadas y que el GCBA había omitido tomar.

Después de referir circunstancias vinculadas con el desarrollo de la pandemia en vinculación con el estado de los pacientes renales crónicos y con quienes intervenían en su tratamiento

de diálisis, expuso que las medidas pretendidas tendían a su atención “... en condiciones de aislamiento efectivo, impidiendo las sobreinfecciones y la diseminación de la enfermedad pandémica” (el destacado obra en el original). Agregó que “[l]a infección del personal sanitario, escaso y altamente entrenado para cumplir las funciones, determinará el alejamiento de esos individuos al menos por tres semanas, dejando al centro afectado en inferioridad de condiciones para seguir prestando a los pacientes no infectados, generando un caos adicional ya que los pacientes no tendrán su centro en funcionamiento y ningún centro adicional será capaz de absorber a esos pacientes huérfanos”.

Señaló, seguidamente, cuál debería ser el procedimiento en relación con los pacientes renales crónicos en el marco de la pandemia y afirmó que “... los hospitales deberán disponer de áreas específicas para alojar a este grupo de pacientes y permitir que se realice su tratamiento in situ”. Frente a este panorama, en atención a que el GCBA no había tomado medida alguna y a que la recomendación de la atención ambulatoria indiscriminada de estos pacientes no resultaba viable, no podía considerarse que estuviéramos “... frente a una cuestión que hace a los resortes propios del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma sino ante un riesgo potencial para toda la población de la misma y un riesgo mucho más concreto para todos [sus] representados” (el destacado obra en el original).

En función de todo ello, requirió la adopción de las medidas solicitadas en la demanda y, adicionalmente, que “... se ordene al GCBA que a través de su Ministerio de Salud establezca un protocolo específico para la atención de pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en la emergencia del Covid-19, indicando concretamente los lugares de derivación para cada caso concreto (infectados, sospechosos y contactos estrechos) de manera tal de resguardar el funcionamiento de los centros y servicios de diálisis en el ámbito de la jurisdicción” y que, a tal fin, se confeccionase un protocolo que debería ser elaborado en el término de 24 horas.

3. Que, en la misma fecha, la Sra. jueza titular del juzgado de primera instancia N° 21, secretaría N° 42, ante quien quedaron radicadas las actuaciones, tuvo por presentado al gestor en los

términos del artículo 42 del CCAyT, rechazó el recurso de revocatoria interpuesto y concedió la apelación deducida en forma subsidiaria.

En lo tocante a ese punto, estimó que la actora no había rebatido los argumentos vertidos por el Sr. juez de turno y explicó que la circunstancia de que la demandante “... sea versada en la materia nefrológica no la convierte en un organismo capaz de organizar las múltiples y diversas cuestiones a las que el sistema de salud actual debe atender y organizar en un momento de crisis como el que atravesamos”. Agregó que la pretensión de la actora de que los pacientes contagiados o con riesgo de contagio “... sean trasladados a Hospitales públicos resulta en la práctica imposible de ejecutar pues —tal como lo sostiene la misma demandante— sólo cuatro cuentan con Salas de Hemodiálisis”, lo que, en los hechos, vendría a ocasionar el colapso del sistema.

Explicó que la actora tampoco habría logrado demostrar, en el acotado marco propio del examen cautelar, “... por qué sería impracticable realizar las salas de aislamiento que recomienda el Ministerio de Salud o dar los turnos específicos o distribuir los centros para que algunos atiendan a pacientes de contacto estrecho”. Por otro lado, destacó que “... la normativa que se critica indica justamente que todo paciente sospechoso o diagnosticado con Covid-19 debe cumplir su aislamiento en un centro hospitalario. Es decir, que los ‘pacientes sospechosos o diagnosticados’ con Covid-19 ya deberían estar aislados en Centros de Salud, donde les brindarán el tratamiento”. Finalmente, en cuanto a los pacientes con “contacto estrecho”, expuso que “... disponer de antemano su internación parece excesivo y vulneratorio de la autonomía personal y libertad individual, principios que también deben ser resguardados”.

Por último, y sin perjuicio del rechazo de la reposición, teniendo en cuenta el carácter de recomendación de lo publicado por el Ministerio de Salud de la Nación, instó a las autoridades locales para que, a la brevedad y con la urgencia del caso, establecieran un protocolo para el ámbito de la CABA.

4. Que, una vez remitidas las actuaciones a esta Sala de turno, intervino el Sr. fiscal ante la

Cámara en los términos de que da cuenta el dictamen de fecha 21/04/2020.

5. Que, preliminarmente, es menester poner de relieve que el tribunal debe conocer en el recurso de apelación planteado en subsidio del de reposición incoado contra la resolución dictada por el titular del juzgado N° 14, no así sobre la dictada por la titular del juzgado N° 21. En ese marco, la descripción sobre ambas resoluciones tiene como objeto lograr un mejor entendimiento de lo hasta aquí ocurrido, en la medida en que pudiera tener impacto en alguno de los aspectos que la sala habría de abordar al resolver el recurso. Por consiguiente, los agravios del apelante únicamente pueden vincularse con los fundamentos de la resolución de fecha 16/04/2020.

6. Que, ello asentado, cabe señalar que la crítica efectuada por el recurrente hace foco en aspectos genéricos antes que concentrarse en las cuestiones medulares en las que fue fundada la resolución del *a quo*. Dado el caso, resultaba necesario agravarse acerca de puntos tales como que: (i) las medidas solicitadas son de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo; (ii) no resulta posible que un juez imponga un determinado criterio médico epidemiológico de actuación al organismo con competencia y versación en la materia; (iii) la actora no realizó gestiones ni reclamos administrativos en torno a la problemática planteada en estos actuados; y, (iv) tampoco acreditó que concurriera la alegada imposibilidad de los centros de diálisis que conforman el frente actor, de garantizar la debida atención sanitaria de sus propios pacientes.

7. Que, si bien dicha circunstancia podría sellar la suerte del recurso, para aventar toda duda acerca de la pertinencia de los agravios con los que el recurrente sustenta su apelación, es adecuado efectuar varias consideraciones a su respecto.

8. Que, así, el hecho más ostensible que pondría fin a la discusión acerca de la pertinencia que eventualmente pudiera tener un requerimiento como el que trae consigo la parte actora es que, conforme el análisis primario que habilita esta etapa procesal, su pretensión no trascendería las condiciones mínimas para surtir la intervención del Poder Judicial.

El presente proceso comprendería un supuesto atípico de tutela preventiva. Dicha calificación le cabe porque adolecería de elementos dirimientes que lo hicieran idóneo para un trámite judicial, cuanto menos desde la perspectiva que a continuación se expondrá.

Al respecto, bastaría conjugar el objeto litigioso con la aclaración que, al tiempo de expresar agravios, el recurrente formula sobre el alcance de su pretensión.

Su demanda radica en que “... se garantice la cobertura adecuada y en aislamiento de tratamientos de diálisis a pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en el marco de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19”. Luego, al momento de sostener la idea basal a partir de la que formula su pretensión, arguye que “... no se dice que lo que hace el GCBA sea un acto del cual emane alguna ilegalidad manifiesta sino que lo que se ha [hecho] saber a la Justicia de la Ciudad (...) es que la omisión de adoptar medidas por parte del GCBA implica una violación constitucional y pone en riesgo a personas concretas que reciben tratamiento de diálisis y personal de los establecimientos que brindan ese servicio” (el destacado obra en el original).

La expresión goza de autonomía suficiente para, con los elementos de convicción con los que hasta ahora se cuenta, considerarla esclarecedora de que en la pretensión subyace una suerte de advertencia u observación, mas no un conflicto entre partes adversas a partir de una manifestación concreta de una omisión arbitraria o ilegítima por parte del sujeto al que se demanda. Recuérdesse que ello es condición en una acción de amparo (arts. 14 CCABA y 2° Ley 2145). La magnitud que adopta el reconocimiento efectuado por el apelante se traduciría en que su pretensa formulación jurídica carecería de las condiciones que, como requisito, son exigibles en toda acción judicial.

El hecho de que estemos frente a un supuesto de tutela preventiva, encausado en el marco de un amparo, no significa que resulte válido acudir al Poder Judicial para hacerle saber que otro órgano del Estado (en el caso el Poder Ejecutivo) se está equivocando en su proceder, aun cuando ello importase la posibilidad de que even-

tualmente trajera consecuencias nocivas. La actualidad del conflicto debe estar presente al momento de la promoción de juicio, se trate de una acción u omisión, y sea en el marco de una tutela resarcitoria, inhibitoria y/o preventiva.

Incluso el hecho que intenta imponer la actora como verdad a través de la afirmación sobre la conducta errónea que estaría desplegado la autoridad sanitaria alcanza al Poder Ejecutivo Nacional, de lo cual se dio cuenta en la resolución apelada (v. cons. VI y escrito de inicio). Es más, pareciera que su punto de partida para concluir en que, a juzgar por la actividad propuesta y desarrollada por el órgano respectivo del Estado Nacional en torno a los padecimientos del grupo cuya representación dice asumir, no se están haciendo las cosas adecuadamente ni previendo los consecuentes resultados. Sobre el punto, si bien existe necesaria coordinación entre ambas jurisdicciones respecto del abordaje sobre todo aquello que involucra la pandemia, en el plano normativo y jurisdiccional debe escindirse la conducta de cada Estado. Y lo cierto es que, desde esa perspectiva, también atribuiría eventuales responsabilidades a un sujeto (EN) sobre el cual los tribunales de este estado local no podrían disponer medida alguna, cuanto menos en el contexto en el que las cosas acontecen.

Es central que el Poder Judicial esté en condiciones de verificar desde el comienzo una atribución de conducta antijurídica. El requisito de antijuridicidad es elemental en todo proceso judicial. No hay acción sin atribución objetiva de incumplimiento ilegítimo. Para eso, cuando se reputa una omisión, debe poder confrontarse si el Estado (en el caso) está incumpliendo mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio [con las consecuencias aparejadas conforme al tipo de pretensión y proceso], de aquellos otros casos en los que está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible (conf. CSJN, *in re* “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, del 06/03/2007; Fallos: 330:563).

En este mismo sentido, el Alto Tribunal federal ha señalado que “... sería irrazonable que el

Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insosteniblemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende la actora, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables...” (*in re* “Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios”, del 20/10/2009).

Pues bien, lo que, con las constancias hasta aquí aportadas, se advierte es que no se habría puesto al Poder Judicial en posición de refrendar que existe la posibilidad de juzgar la eventual antijuridicidad de una conducta estatal en el marco adecuado a tal fin.

En efecto, el recurrente soslaya que, como regla, los enfermos diagnosticados con Covid19 ingresan a tratamientos de aislamiento y, en su caso, nada admite presumir a esta altura que ante la eventual necesidad de disponer su traslado, para recibir tratamiento a raíz de otras patologías de base, ello no ocurriría tomándose las medidas de protección adecuadas tanto para el paciente como para los equipos sanitarios involucrados. Es decir, que la tutela cautelar parte de asumir que los protocolos de actuación vigentes para tratar el aislamiento de enfermos en la pandemia resultarían ineficaces pero, tal como quedó dicho en las instancias de grado, el planteo omite aportar elementos que sostengan verosímilmente su postura.

9. Que, por su lado, el hecho de que, vía gestor judicial (art. 42 CCAyT), se presentaran particulares (pacientes dializados y personal de centros de diálisis) en nada modifica el hecho de que no se habrían acreditado los extremos mínimos para acceder a una tutela preventiva como la pretendida. En su caso, lo único que refleja es que podrían estar legitimados para efectuar peticiones, incluso —en el mejor de los supuestos y sin que implique estimarlo válido— resultar idóneos para ejercer la representación adecuada de la defensa de los derechos del colectivo invocado. Aun en ese escenario, habría que distinguir los componentes del caso judicial: legitimación por un lado y partes contrarias por otro.

A su vez, y ya en el marco de un proceso colectivo, la representación adecuada sobre un grupo para ejercer en forma idónea los intereses involucrados en el asunto.

La cuestión no es menor pues, si bien la Asociación invoca entre otros el resguardo del derecho a la salud de sus pacientes, no podría representarlos adecuadamente ante la posibilidad, nada remota, de que los intereses de aquella y éstos resultaran contrapuestos. Ciertamente mayores recaudos sanitarios podrían generar mayores costos.

10. Que si el análisis se detuviera en las condiciones de aislamiento que se pretenden para el grupo reputado como posible afectado, cabe señalar que las medidas solicitadas resultarían ajenas al ámbito de las facultades jurisdiccionales de las que esta investido el Poder Judicial en cuanto a la posibilidad de decidir sobre circunstancias tales como: diagrama o distribución de la infraestructura hospitalaria, transporte de pacientes o enfermos, factor humano e insumos destinados a la atención y traslado de usuarios del sistema de salud, entre otros. En el contexto que le corresponde resolver, resultaría ajeno a sus atribuciones formular consideraciones sobre dicha temática, en tanto no superarían el estándar de “opinión”, y, a contrario sensu, la petición que la origina una suerte de consulta, siendo que esa práctica se encuentra vedada a la judicatura.

En referencia al personal sanitario, el planteo no superaría el marco de lo hipotético. Aun con base en otras experiencias, disponer una medida preventiva de las características de la pretendida importaría entrometerse, una vez más, en asuntos propios y específicos del Poder Ejecutivo, más precisamente del Ministerio de Salud, pero también, eventualmente, de Hacienda, habida cuenta de que podría involucrar erogaciones no previstas e incluso redistribución de partidas presupuestarias.

Todo ello ocurriría, vale destacarlo nuevamente a fin de evitar equívocos, en un contexto en el que la parte actora no ha logrado mostrar que bajo las condiciones de actuación vigentes corresponda que, por vía de sentencia, se modifique la modalidad de atención que en la actua-

lidad se brinda a los diversos casos de Covid19 enumerados en la demanda.

11. Que hacerse eco sin más de la afirmación acerca de cuál habría de ser el procedimiento a seguir con los pacientes con afecciones renales crónicas implicaría, inmediatamente, correr el riesgo de contrariar aquello que está desarrollando o desarrollará el GCBA ante la verificación de los supuestos específicos (en coordinación con el EN, como se dijo) en torno a protocolos a seguir para atender situaciones que involucren al grupo indicado, sea ante las circunstancias que presenta el actor o cualquier otra que los comprenda en el escenario actual.

Es claro que al Estado se le atribuye una omisión en el marco de una pretensión que lleva consigo la petición de una tutela preventiva; ahora bien, otra vez, no corresponde al Poder Judicial, máxime en un estado de situación como el que transcurre, estimar cuál es el procedimiento adecuado para atender determinadas situaciones cuya génesis y desarrollo, en principio, son de competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo.

En su caso, las asociaciones que representa el actor podrían propiciar un diálogo profesional, y acorde a los intereses que representan, con la Administración Pública para intentar lograr consensos en torno a lo que resulta ser, claro está, materia de salud pública, sin que el tribunal advierta *prima facie* la ocurrencia —a esta altura y con los elementos disponibles en esta etapa del proceso— de una omisión ilegítima como para adentrarse eventualmente en el análisis de la cuestión.

En ese plano, la actora pareciera pretender un debate sobre política sanitaria, con base cientí-

fica. Esa discusión no podría darse ante el Poder Judicial, sino ante quienes están habilitados por el Estado al efecto, además del ala científica, independientemente, ahora sí, de que fuera pública o privada. Visto así, la cuestión lindaría con un asunto de imprescindible debate pero que no configura un conflicto dirimible por vía de sentencia.

12. Que, por último, tampoco es razonable entender que corresponde al Poder Judicial disponer vía cautelar que el GCBA realice un protocolo de acción respecto del grupo cuyos intereses pretende proteger la demandante. Hacerlo, condicionaría la actividad esencial (aun con los errores que pudieran cometerse) que está llevando a cabo el Estado dentro de un contexto en el que, conforme las limitaciones que encuentra en la presente litis en virtud del planteo efectuado, el tribunal desconoce (y no tiene por qué conocer) en cuanto a los recursos con los que cuenta, cómo los distribuye, o qué hará el día de mañana (sobre todo tomando en cuenta la dinámica con la que las cosas cambian en lo cotidiano con el avance de la pandemia en el país, y más aún en este distrito).

Por todo lo expuesto, y de conformidad con el criterio sustentado por el Sr. fiscal ante la Cámara, el tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación planteado por la parte actora. Sin especial imposición de costas en tanto no medió sustanciación. Notifíquese, en su caso con habilitación de días y horas inhábiles, a la parte actora en la dirección de correo electrónico constituida, y al Sr. fiscal ante la Cámara en turno, por la misma vía. Oportunamente, devuélvase al juzgado de radicación. — *Fernando E. J. Lima.* — *Mariana Díaz.* — *Esteban Centanaro.*

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

www.thomsonreuters.com.ar

info!
TR

En todo
momento
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



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



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



Escanee
el código
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO
ARGENTINO

CENTRAL B

CUENTA N° 10269FI

FRANQUEO A PAGAR



the answer company™

THOMSON REUTERS®



CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444