



COLUMNA DE OPINIÓN

Necesidades actuales del servicio de justicia

Mariano H. Borinsky (*) y Juan Manuel Garay (**)

Las falencias estructurales que padece el sistema de justicia (1) están a la vista y no son nuevas. A la escasez de recursos materiales y humanos se suma la demora en la designación de vacantes de magistrados, la aplicación parcial de tecnologías más modernas y eficaces, el retraso en la sanción e implementación de leyes que agilicen los procesos y otorguen mayor transparencia. Estos, dentro de muchos otros factores, dificultan la prestación de un servicio de justicia a la altura de las demandas de la ciudadanía.

Las consecuencias de lo señalado no son menores. Los procesos se prolongan más de la cuenta y afectan la concreción de un juicio justo. Las demoras en la culminación de los litigios se traducen en denegación de justicia. De esta forma, la imagen de la sociedad frente al Poder Judicial empeora.

La ciudadanía espera de la justicia mucho más de lo que esta le brinda. La consecuencia es clara: la sociedad no está satisfecha con el servicio de justicia que recibe. Es necesario revertir ese escenario de manera urgente.

Para ello, resulta imperativo que el sistema de administración de justicia sea eficaz y eficiente en su gestión y brinde una mayor transparencia y celeridad en los procesos; pilares fundamentales en un sistema republicano de gobierno.

También deben reforzarse aspectos como la mayor celebración de audiencias

Mediación online: la vulnerabilidad del justiciable

REVOLUCIÓN INDUSTRIAL VS. REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

Juana Dioguardi (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La Revolución Industrial.— III. La revolución tecnológica.— IV. La revolución científico-tecnológica.— V. El derecho procesal.— VI. La legislación que autoriza como materia mediable la ejecución de alquileres.— VII. El poder jurisdiccional.— VIII. La mediación online o a distancia en época de pandemia.— IX. La conciliación laboral.— X. La doctrina de la arbitralidad en el ciberespacio.— XI. Los aportes del derecho procesal.— XII. Las reglas protectorias de la mediación online.— XIII. El principio de colaboración procesal.— XIV. Los principios de cooperación en el ciberespacio.— XV. Las reglas específicas sobre responsabilidad en el ciberespacio.— XVI. La retribución del mediador en época de pandemia por mediación online o a distancia.— XVII. Los principios procesales que operan como mandatos orientativos.— XVIII. Principio de claridad digital.— XIX. El proceso jurisdiccional.— XX. El expediente digital.— XXI. Conclusión.

→ La mediación online en el sistema de resolución de conflictos resulta una buena alternativa. Lo cual no es lo mismo que decir que se trata de un proceso que permitiría legalidad y constitucionalidad al servicio judicial del bien público justicia; por el contrario, la mediación en línea se convirtió en tiempos de cuarentena en uno de los caminos para soluciones rápidas evitando los tumultos en tribunales, pero aun así no cuenta con seguridad jurídica.

un Estado universal, más allá de las fronteras, como la Revolución Industrial dejó en su momento de lado el mundo agrario y artesanal.

En una población, basada en el consumo y productividad, el efecto pandemia, que en poco tiempo revolucionó las normativas, hace que deban adaptarse a la realidad imperante, en especial en el tema de responsabilidad por cuestiones derivadas de la utilización del teletrabajo, profesional o esencial.

El conglomerado de personas ocupadas en fábricas u oficinas de las ciudades desarrolladas, por el efecto pandemia, pasaron a “reinventarse” fuera de la zona urbana activando la demorada revolución tecnológica digital, aplicándose sin conocimiento previo de los usuarios y logrando la expansión progresiva en época de la globalización demorada en su implementación desde siglo XX.

El inconsciente colectivo, por el efecto pandemia, logra instaurar la mediación online, y “trivializar” el arbitraje, convirtiéndolo en el más adecuado para temas como contratos de locación. Las resoluciones expresan que, desde el 21 de junio de 2020, se podrán iniciar por medios electrónicos las causas en el fuero civil y comercial, familia, laboral y contencioso administrativo, así también juzgados de paz, según lo decidido a través de la dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la res. 480/2020, para la tutela efectiva, sin modificar la prestación del servicio judicial, para paliar la emergencia suscitada por la enfermedad COVID-19 (coronavirus).

Los colegios de abogados que crearon centros de mediación o no se adhieren a un protocolo de Mediaciones a Distancia, de 19 artículos, estableciendo las particularidades del caso, y también se modifican artículos de la ley 13.951, agregando como materia obligatoria la mediación en temas de alquileres (ley 27.551), acompañando la nueva Ley de Alquileres —la cual se encuentra en contradicción con el art. 958 de Cód. Civ. y Com. que expresamente establece la libertad de contratación—.

El aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) autorizó al Poder Ejecutivo a implementar un sistema de audiencias de conciliación por videoconferencia entre las partes y los mediadores. La medida se hizo efectiva a partir de la res. 121/2020, publicada en el Boletín Oficial en abril de 2020. Las autoridades nacionales habilitaron este mecanismo de trabajo a distancia para que se resuelvan algunos conflictos en trámite en medio de la cuarentena, aunque aclararon que el proceso deberá cumplir algunas normas.

De esta manera, podrán llevar a cabo las audiencias por medios electrónicos, mediante videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios que rigen el procedimiento. Según el principio de confidencialidad y legalidad, art. 992 del Cód. Civ. y Com., si durante las negociaciones una de las

Acceda a una capacitación complementaria sobre la temática escaneando el siguiente código QR



CONTINÚA EN PÁGINA 7

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

Necesidades actuales del servicio de justicia

Mariano H. Borinsky y Juan Manuel Garay 1

DOCTRINA Mediación online: la vulnerabilidad del justiciable
Revolución Industrial vs. Revolución Tecnológica

Juana Dioguardi 1

NOTA A FALLO

Intervencionismo estatal vs. autonomía gremial. Las ponderaciones judiciales a la luz del principio de libertad sindical

Claudio Aquino 8

JURISPRUDENCIA

PERSONERÍA GREMIAL. Validez del acto de otorgamiento de personería gremial de un

sindicato. Facultad anulatoria de la Administración. Libertad sindical. Derechos subjetivos (CNTTrab.) 7

RECURSO EXTRAORDINARIO. Traslado del recurso. Sustanciación necesaria. Quiebra. Causa que compromete los recursos públicos (CS) 11

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN PANDEMIA. Orden cautelar de reingreso a una institución de una joven de 23 años que padece encefalopatía crónica. Necesidad de ingesta de medicamentos y de actividad terapéutica (CNCiv.) 11

RENDICIÓN DE CUENTAS EN PANDEMIA. Procedencia de la habilitación de feria para reanudar los plazos procesales. Imposibilidad fáctica de cumplir invocada por la demandada. Sentencia firme que condena a rendir cuentas. Ampliación de plazo. (CNCom.) 12

Mediación *online*: la vulnerabilidad del justiciable

● VIENE DE TAPA

partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. Al mismo tiempo, al no ser factible la identificación cierta de la identidad del sujeto interviniente, esto podría llevar a nulidades procesales y sustanciales.

Los mediadores tendrán “la responsabilidad de convocar” a los involucrados y “a sus letrados/as patrocinantes”, quienes previamente deberán enviar a un correo electrónico creado para tal fin “la imagen del anverso y el reverso del DNI, en la que luzca con claridad el número del trámite de la Oficina de Identificación y su firma, y la de los documentos que acrediten la personería”. El sistema tiene imperfecciones y podría traer conflictos posteriores ante un acuerdo, con vicios de forma, frustrándose la finalidad (confidencialidad del procedimiento) de la prestación de mediación según el art. 1203 del Cód. Civ. y Com.

Según la licitud de las obligaciones, art. 959 del Cód. Civ. y Com., las relaciones sociales se transforman en contratos lícitos, pero la apariencia de licitud del convenio de mediación ante la falta de certificación de identidad no producirá su extinción, salvo voluntad de ambas partes.

Las obligaciones deben tener un propósito; las partes y el mediador tienen el deber de no usarlo en su contra según art. 992, Cód. Civ. y Com. Los intereses de las partes no pueden frustrarse; la obligación deberá tener un interés lícito conforme al art. 724. La necesidad de que el acuerdo se realice con modalidades que pudieran contradecir principios que sustentan el servicio de mediación *online* podría producir sanciones que tanto el mediador como la institución no podrían subsanar sin frustrar dicha finalidad, pudiendo caer en la violación del art. 1203, salvo que demostraran imprevisión (art. 1091) logrando eximirse de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730 del Cód. Civ. y Com.).

En el presente trabajo expresamos la necesidad de normas legales específicas para no vulnerar el derecho de los usuarios, obligándonos por necesidad a contradecir y violar normas sustanciales del ordenamiento jurídico procesal y sustancial. El protocolo que conformen los colegios de abogados en la Provincia de Buenos Aires y las decisiones del Poder Ejecutivo, en Nación, no son suficientes para evitar vicios que convierten el acto procesal en anti-jurídico, ante la falta de normativas propias de un Estado de Derecho.

Nuestra posición a favor de la mediación y arbitraje *online* data del año 2010. En este caso mencionado, opinamos que el justiciable se encuentra en el ciberespacio, donde por efecto de resoluciones del Poder Ejecutivo se ha invadido en su intimidad, privacidad y confidencialidad, con mediación *online*, sin soporte jurídico, logrando así mayor vulnerabilidad del justiciable, ante el imperante estado de aislamiento.

No todo es mediación *online*, así como en el 2001 la mediación resultó ser el proceso que solucionó miles de casos en cuestiones hipote-

carias, ahora la mediación *online* superará las provenientes de falta de pago, reducción, etc., de los contratos de alquileres.

Nuestra posición no está a favor de los operadores de conflictos, amplias normas dictadas en forma constitucional, o declarar el estado de imprevisión para evitar su responsabilidad civil, o la de mediadores, conciliadores de consumo, árbitros, entre otros.

II. La Revolución Industrial

Lo antes expresado requiere explicar qué ocurre con el nacimiento de la revolución tecnológica, que posibilitó la aparición de un virus proveniente de China, que se extendió por Milán, en el norte de Italia, perteneciente a la comunidad europea, y se propagó desde los aeropuertos a otros países. La historia dirá que los gobiernos para evitar la propagación de la enfermedad (COVID-19) utilizaron distintas estrategias, que hubo quienes apostaban a la economía y otros a la vida; es así que, en Italia, la zona de Bérgamo inició acción legal contra el Estado por hacer prevalecer el valor economía y no el de la vida, dejando como consecuencia una gran cantidad de personas fallecidas, con la economía nacional devastada por el efecto mencionado.

Los funcionarios públicos no dejan de pensar en forma binaria (economía o vida humana), escapando a los matices del gris; así grandes países comenzaron a tomar distancia, lo realizó finalmente Gran Bretaña, la primera que abandonó el Convenio de la Unión Europea.

El proceso de retirada del Reino Unido de la Unión continental se inició una vez que aquel invocó el art. 50 del Tratado de la Unión Europea, lo que sucedió el miércoles 29 marzo de 2017: el proceso duró entre 18 y 24 meses, culminando antes del 29 de marzo de 2019, justo antes de declararse la pandemia. La fecha de retirada del Reino Unido se retrasó en dos ocasiones. La última, tan solo días antes de la salida efectiva de ese país, se acordó demorarla hasta el 31 de octubre de 2019, procediendo en marzo de 2020 a su retiro definitivo.

El paralelismo de la Revolución Industrial y tecnológica en dicho país ha involucrado algunas estrategias anticipatorias. La Revolución Industrial tuvo lugar 1760-1840 en Inglaterra, en siglo XVIII por diversos factores: mayor disponibilidad de materias primas esenciales, sobre todo el carbón, mineral indispensable para alimentar la máquina de vapor, que fue el gran motor de la Revolución Industrial temprana, a mediados del siglo XIX, aventajando a la madera, el combustible tradicional renovable, ya limitado por la deforestación (aun cuando el carbón es un combustible fósil, no renovable).

III. La revolución tecnológica

La revolución tecnológica es un proceso que se inició en el siglo XX con la introducción de nuevos dispositivos técnicos; su puesta en marcha marca una época de progreso, desarrollo e innovación, en una serie de aspectos de la sociedad.

La movilización tecnológica se encuadra en un proceso de cambios en lo referente a la productividad y eficiencia, circunstancia que afecta tanto las transformaciones materiales como las relativas al aprendizaje, al área de conocimientos y de la interacción social o desarrollo gerencial.

Existen dos clasificaciones que atañen a las revoluciones cuyo objeto es la tecnología:

a) *A nivel general.* Se trata de varios movimientos tecnológicos interconectados, que afectan la organización social, involucrando cambios culturales. Ejemplo de ello sería la Segunda Revolución Industrial.

b) *A nivel sectorial.* Las variaciones afectan un específico aspecto de la sociedad, como las *revoluciones comunicacionales* o sistemas de información (TICs).

La revolución comunicacional o era de la información (1985-2000) es un concepto aplicado al período de *flujo de la información* que adquirió mayor rapidez que el movimiento físico, y utilizado de modo masivo a partir de 1990. Sus antecedentes se encuentran en los inventos como el teléfono y la telegrafía en la segunda mitad del siglo XIX y luego su máximo exponente: internet.

IV. La revolución científico-tecnológica

La revolución científico-tecnológica o revolución de la inteligencia digital, llamada así por la *importancia que las comunicaciones y la tecnología han alcanzado en la transformación de la industria*. Se caracteriza por el uso de la microelectrónica, tecnologías más avanzadas y con sectores centrados en I+D (Innovación más Desarrollo), y mano de obra cualificada e investigación científica, basadas en un posible cambio de coyuntura; resultando que reinvertir en I+D era mucho más rentable que desarrollos superfluos.

El conocimiento propicia la era del desarrollo y la innovación; la revolución tecnológica está directamente relacionada con el cambio en la forma de vivir del ser humano, las costumbres, la cultura, etcétera.

Entre la existencia de amenazas hasta ahora desconocidas y algunas sumamente peligrosas sobresalen: las armas biológicas, la ingeniería geológica o manipulación del clima, la autoproducción (p. ej., las impresoras 3D) o la amenaza nuclear. Lo cual cambia nuestra realidad tal como la percibimos, hacia una “nueva normalidad” que requiere el acompañamiento de leyes adecuadas a tal finalidad. Los economistas piensan que de todos modos la desigualdad social aumentará, al mismo tiempo que la polarización.

Se producirá la disminución salarial en empleos rutinarios que podrían ser desempeñados por robots, mientras que la tecnología supondrá un beneficio para los más cualificados, lo que hace imprescindible pensar cómo proteger a aquellas personas que se verán expulsadas del mercado laboral.

El presente trabajo resulta indispensable para adecuar los servicios esenciales a una era social interconectada, esperando una respuesta del Poder Judicial, hoy carente de herramientas para hacer frente a los derechos de los ciudadanos, ante este escenario.

La justicia como servicio público confluye en el proceso judicial con alternativas de mediación y arbitraje, círculos de diálogo y la prevención del conflicto; a la vez su gestión por medio de casas de justicia, que puedan prestar ese servicio para evitar el caótico estado futuro de Poder Judicial, lo cual no quiere decir que deba prestarse sin normas dictadas en legal forma, para otorgar seguridad jurídica a los operadores de justicia en el sistema de resolución de conflictos.

V. El derecho procesal

Los servicios esenciales, el acceso a justicia, se hallan ausentes en época de crisis, con plazos procesales judiciales suspendidos, lo cual

empobrece a los profesionales del derecho en una sociedad democrática.

La mediación *online* en el sistema de resolución de conflictos resulta una buena alternativa. Lo cual no es lo mismo que decir un proceso que permitiría legalidad y constitucionalidad al servicio judicial del bien público *justicia*; por el contrario, la mediación en línea se convirtió en tiempos de cuarentena en uno de los caminos para soluciones rápidas, evitando el hacinamiento en los tribunales; pero aun así no se cuenta con seguridad jurídica. La modificación del art. 75 del Cód. Civ. y Com. permitiría considerar domicilio especial a un *domicilio electrónico*, en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones.

El Código Procesal también modifica su estructura legislativa en los avances procesales hacia un juez dinámico “activo”, habilitando al *mediador* como sujeto capacitado para llegar a la verdad de los hechos invocados, con lenguaje coloquial. En época de pandemia podrían realizarse las audiencias de conciliación judicial en forma remota por medios digitales; algunas herramientas tecnológicas estarían al alcance de todos.

Lo expresado no implica que una ley deberá tener varias interpretaciones a los efectos de aplicarla. Como tal se requiere que por decisión del Poder Ejecutivo se convoque un grupo de expertos para realizar una ley conforme a los lineamientos constitucionales, que considere temas como la *violación de datos en el servicio de acceso a justicia*, protección de la intimidad, responsabilidad civil de los proveedores del servicio público “justicia”, ya que estas son mínimas garantías para no caer sobre la responsabilidad de los operadores de resolución de conflictos.

Los avances doctrinarios requieren considerar estos desarrollos procesales, en especial el sistema de solución de conflictos *online*, en la modificación de la conflictividad social, que complemente los métodos existentes.

El proyecto enviado en diciembre de 2019 al Congreso de la Nación Argentina modificaría el derecho procesal, que se *humaniza* constantemente, debiendo los sujetos procesales de resolución de conflictos —jueces, específicamente— capacitarse, con formación para mediadores y gestores de la resolución, no solo en herramientas *online*, que ofrecen las nuevas tecnologías, sino también en lenguaje corporal, manejo de emociones, teoría de la comunicación, conflictividad organizacional, sociología y psicología, teoría de los sistemas, y teoría de la decisión, para lograr una mirada sistémica, entre otras variables, para arribar a la verdad, en busca del *juez activo*, con lenguaje coloquial.

“La mediación, englobada en el movimiento ADR, con las nuevas tecnologías ingresa a los ODR, procedimiento de gestión y resolución de conflictos que, tiene como objetivo crear un espacio de entendimiento donde las partes son capaces de gestionar el conflicto surgido entre ellas con la ayuda de un tercero imparcial que dirigirá el procedimiento y les conducirá para el alcancen de un acuerdo satisfactorio para las dos partes” (1). Los procesos *online* parecen ser la respuesta mágica para agilizar la dramática situación de ausencia de acceso a justicia; entre ellos aparece la “mediación *online*” como solución a todos los problemas profesionales, de violencia de género, etc., en suma: para paliar todos los problemas judiciales, “todo es mediación”.

VI. La legislación que autoriza como materia mediable la ejecución de alquileres

La ley 27.551 sustituye el art. 1996 del Cód. Civ. y Com., en cuanto a la locación habitacional, hasta tres años y no pudiendo pedir más que un mes de adelanto, como así tampoco la garantía mayor a un mes. El mes de garantía solo podrá ser utilizado por deudas de servi-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (*) Abogada; árbitro; mediadora; profesora investigadora, docente titular de Teoría del Proceso, directora de la maestría en Sistemas de Resolución de Conflictos, de la especialización en Medios Alternativos, y la diplo-

matura en Métodos Alternos de la Facultad de Derecho (UNLZ).

(1) DIOGUARDI, “Teoría general del proceso”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 30.

cios impagos; tampoco podrá pedirse *valor llave*, ni pagarés que no formen parte del contrato original.

Se sustituye el art. 1998, extendiendo el plazo de locación habitacional a tres años; si no constara plazo, se entenderá por tres años (excepción art. 1199); la renuncia a dicho plazo solo puede hacerla el locatario en tenencia de la cosa.

La rapidez legislativa para resolver problemas de caos en tribunales: en el 2001, por mediación para solucionar temas hipotecarios; en 2020 para solucionar temas de alquileres (ley 27.551); en el Código Civil y Comercial de la Nación, tít. IV, referido a los métodos alternativos de resolución de conflictos, art. 21, sobre la resolución de conflictos, el Poder Ejecutivo nacional, a través del área competente del Ministerio de Justicia y Derechos humanos en forma concertada con la Provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fomentan la mediación y el arbitraje, gratuito o a bajo costo, aplicando métodos específicos para la resolución de conflictos, derivados de la relación locativa.

El art. 22 de la mencionada ley modifica la ley 26.589, sustituyendo el art. 6º, en el cual era aplicable en forma optativa la mediación en cuestiones de ejecución de alquileres, aplicando en forma obligatoria la cual se registra como ley 27.551.

La mediación no podrá ser la reparación, para restaurar uno de los poderes del Estado, un Poder Judicial a bajo costo, sin importar la excelencia de los mediadores, su experiencia y su capacitación en muchos casos y, sin temor a equivocarme, más cuantiosa que la que reciben los jueces (en algunos casos).

La iniciativa de mediación a distancia también ha tenido asidero en la Provincia de Buenos Aires, al reformar la ley 13.951 y permitiendo realizar mediaciones prejudiciales a distancia y de manera remota. La perspectiva de género entró *solapada* por el art. 15, innovando en la actual gestión. Dos mil quinientos mediadores asistieron a los cursos de actualización ofrecidos por ODR, lo que permitió ingresar una ley omnibus al Poder Legislativo provincial, permitiendo que la mediación cumpla la fase negada de actuar en forma *online*.

Los beneficios que originó la ley omnibus, al ingresar la perspectiva de género y la forma o herramienta virtual o tecnológica a la mediación presencial, fue la capacitación de los mediadores. Las desventajas: resulta ilusorio pensar que el requerido consienta la herramienta al ser voluntaria, debiendo aceptarse la conformidad de la nueva modalidad. La ley en su art. 15 define la mediación presencial, con la comparecencia obligatoria de las partes y la intervención de la mediadora o el mediador; se exige la presencia obligatoria de las partes, salvo que vivan a más de 150 kilómetros, en ese caso podrán ser representadas por apoderado, con poder suficiente para transigir y mediar. Al incorporar el art. 15 bis, se permite la opción de la mediación a distancia a propuesta del mediador o mediadora; los canales tecnológicos se realizarán por medio de la resolución de la autoridad de aplicación, es decir, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, con sede en La Plata.

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde, conforme el art. 18 de la ley 13.951, y el art. 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una *firma digital* que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.

VII. El poder jurisdiccional

El instrumento proceso de “mediación, como instancia previa judicial” (ley 13.951) o proceso prejudicial (ley 26.589) no es más que un paliativo genérico de poco resultado ante la responsabilidad y el desequilibrio estructural del Poder Judicial. El mediador, como sujeto indispensable en toda crisis, es llamado para contribuir a reducir el caos por los numerosos casos que ingresarán en la pospandemia (Como en el 2001, con las cuestiones hipotecarias). En la República Argentina rige el DNU 297/2020, con la excepción de los jueces de intervenir por no contar con los medios tecnológicos necesarios, para una audiencia de conciliación, solicitando a las partes que por el art. 12 de la ley 11.653 arriben a un acuerdo, delegando las actuaciones procesales a aquellas, de acuerdo a la resolución 6/2020 Tribunal de Laboral, Nº 4 de San Justo-La Matanza.

El servicio público gestionado por particulares por mediación de un tercero imparcial, de bajo costo para el Estado, seguirá como profesión especial, en el proceso judicial, que deberá aceptar la modificación de los códigos procesales.

La reforma procesal pretende transformar al juez *distante*, que deberá ser un especialista en la conciencia de la verdad de los hechos, estar presente en las audiencias, además de conocer el lenguaje cotidiano, dicho de otra forma, las emociones, lenguaje gestual, aquello en que al mediador entre otras capacitaciones se lo especializa y lo caracteriza.

Cuando el juez está presente con lenguaje coloquial, es comprensible y empático, y el proceso judicial será compatible con la capacitación que los mediadores en cursos de formación básica y continua logran. La pregunta a resolver sería por qué desmerecer al mediador, cuando la legislación moderna espera un nuevo juez, con capacitación de mediador.

Las instituciones académicas en los procesos *online* utilizan herramientas de plataformas virtuales, aun carentes de seguridad, para preservar los datos de los usuarios; así pasaremos a ser transformados en sujetos robotizados. Al mismo tiempo, instituciones privadas, ante la crisis del Poder Judicial, entregan información de la base de datos, sin consentimiento del mediador, para capacitar y seguir capacitando al experto mediador a distancia, con nuevas herramientas procesales, mientras el Poder Judicial no se sostiene ni a distancia larga o corta.

Los atajos de la justicia son malas soluciones a corto plazo, culminando en caos por constantes nulidades procesales actuales y futuras. A lo cual sumaremos los amparos pospandemia y la crisis de los usuarios de los servicios de justicia.

VIII. La mediación *online* o a distancia en época de pandemia

La mediación y el mediador o la mediadora —conforme a la cuestión de género introducido en la modificación del Código sustancial— seguirán siendo ese núcleo o eslabón perdido que en la crisis del 2001 contribuyó a solucionar temas hipotecarios contradictorios. Ahora solucionará conflictividad de daños y perjui-

cios sanitarios, alquileres, entre tantos derechos vulnerados, ante la ausencia del Poder Judicial, que delega la transacción a las partes. Nuevamente la historia se repite: el mediador con estudio propio y capacitación ofrece el servicio, criticado por las retribuciones que le corresponde conforme a la ley, con una función indispensable en época de crisis para solucionar los problemas.

La mediación seguirá siendo la herramienta barata, *gratuita o de bajo costo*, sin adquirir el valor procesal en las reformas de los códigos de forma, en muchos de los cuales carece de un espacio legislativo como sujeto esencial, contrario a la ley 13.951, que receptó al mediador o mediadora como tercero en conflictos judiciales y la mediación como instancia previa judicial obligatoria.

Las videoconferencias para cubrir el vacío del Poder Judicial deberán ser consideradas como herramientas excepcionales, ante la imposibilidad demostrable de realizar el acto procesal presencial. Sostener la idea de que lo tecnológico ha venido a quedarse es imposibilitar la renovación de sujetos procesales existentes, siendo estos sumamente exigidos y robotizados; violando derechos profesionales e invadiendo la intimidad, desvalorizando su capacitación.

La posibilidad de desconexión del usuario por insuficiencia de la red logrará infinidad de nulidades procesales, convirtiendo en un caos el Poder Judicial, hechos procesales notorios que provoca la actual falta de justicia y vacío de normas regulatorias de responsabilidad civil de las entidades de resolución de conflictos *online*.

La interpretación del proceso civil posibilita una visión más finalista y axiológica, ligada a cambios de valores que operaron en la sociedad y su cultura, donde el derecho reviste mayor “humanidad” y el modelo de litigación clásico se mostró agotado ante las nuevas tecnologías. Los medios telemáticos en la actualidad hacen *inviables las pruebas, núcleo del proceso judicial*.

El Poder Judicial deberá dar continuidad a las causas iniciadas, expediente virtual, las notificaciones electrónicas, la firma digital entre las herramientas en manos del sistema judicial, que en estado de pandemia ha demostrado ser ineficiente para brindar ese servicio.

IX. La conciliación laboral

La conciliación laboral será sumamente esencial en la pospandemia. El conocimiento de los principios procesales de nuestro rito no puede soslayar la incidencia constitucional ni el derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*; y que si es preciso resguardar los derechos sustanciales, las garantías del contradictorio toleran su flexibilización si su esencia no se desnaturaliza de la mano de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs).

Los valores de justicia, participación leal, colaboración, cooperación y efectividad subyacen en los principios y caracterizan el proceso civil adaptado a las características del proceso informático, los presupuestos procesales para la plena eficacia de los derechos, de la mano de las notificaciones electrónicas y actos procesales seguidos de las nuevas tecnologías. En ese cometido el juez y el doctrinario cuentan con un proceso dinámico, con principios procesales que pueden deducirse de la letra de la ley adjetiva; y otros de índole constitucional y convencional, que la completan.

La testificación, prestada en lugares donde no existen funcionarios públicos que identifiquen la declarante en videoconferencia, ante la ausencia de vicios, puede ser valorada como tal, como nula.

La videoconferencia pierde detalles del lenguaje corporal, entorno, escenario, como la exposición de menores en los procesos de familia o la falta de protección de sus derechos fundamentales; en este caso la cercanía humana es imprescindible, la del juez para humanizar el proceso, como paso previo a buscar su informatización.

Las decisiones inmotivadas de un juez distante, pasivo, con ritual pleno de publicidad, frente a un juez director del proceso, al que se le demanda un *activismo protagónico*, para lo que cuenta con un elenco de principios que lo convierten el nuevo protagonista del proceso judicial moderno.

Al decir del recordado *Augusto Mario Morello*, traductor y pieza decisiva de una ‘nueva cultura de la litigación y un cambio copernicano en la mentalidad de los que hacen la justicia’, que, “en esfuerzos compartidos apunta a obtener resultados efectivos y valiosos mediante un proceso justo” (2).

X. La doctrina de la arbitralidad en el ciberespacio

La resolución de conflictos de los usuarios de servicios en internet requiere determinar el ámbito de aplicación de sus derechos; resulta indispensable fijar los lineamientos generales, a través de los cuales quedan delineados sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación.

Los principios procesales que operan como mandatos orientativos, principios estáticos o dinámicos, este último propio del derecho electrónico, significa que la mediación *online* ante los posibles inconvenientes, y la regulación defectuosa, a nuestro entender, legislación deficitaria de la mediación *online*, es un proceso útil para resolver civilizadamente conflictos y será efectiva en la medida de los mediadores capacitados, buenas normas reguladoras y, principalmente, en la medida en que se cree una cultura de búsqueda de acuerdos.

La mediación comprende áreas tan diversas que, en principio, es difícil dar una definición concreta. La definieron como: “El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades” (3). Por su lado John Haynes la define diciendo que es: “Aquel proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto” (4).

De igual forma se expresó Marlow: “El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas” (5). Las nuevas tecnologías, en concreto, la mediación electrónica u *online*, suponen un avance en el acceso a la justicia, en época de crisis, una forma de acercar la justicia al particular; alivia el caos en los órganos jurisdiccionales; y fue adoptada por parte de la Unión Europea como un proceso significativo del espacio común de seguridad y justicia.

La mediación *online* resulta ser un mecanismo idóneo para facilitar la vida de los ciudadanos y de las empresas al facilitar la resolución rápida y eficaz de los litigios, no solo nacionales sino también transfronterizos. Ahora bien, ¿realmente serán la solución para evitar el

{ NOTAS }

(2) MORELLO, Augusto M., “Del Proceso que se va, al que viene”, en *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, 2001, p. 477.

(3) CONFORTI, F., “Mediación electrónica de Conflicto en España”, *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 10, Florianópolis, 2014, ps. 285-309.

(4) HAYNES, John, “Fundamentos de la mediación familiar - Manual práctico para mediadores”, Ed. Ga7ia, 1995, ps. 5-6.

(5) MARLOW, Lenard, “La mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho”, Ed. Granica, Barcelona, 1999.

caos en la Argentina? ¿Realmente acercarán a los ciudadanos a la justicia? Se ha demostrado en el 2001 que ha solucionado infinidad de casos de contratos o préstamos financieros, por medio de hipotecas, cuestiones de sumas de dinero ante la devaluación de la moneda argentina. Esto puede fácilmente llevarnos a la frustración cuando, tras un tiempo de aplicación, veamos que lo prometido puede no haberse productivo, que como mecanismo voluntario las partes probablemente solo acudirán si lo consideran conveniente y si lo llegan a conocer lo suficiente como para plantearse siquiera su utilización.

Los atajos para evitar el escenario en el ciberespacio serán otra de las notorias excepciones que opondrá el demandado para evitar que prospere la pretensión. En consecuencia, el Estado dará por cumplido el derecho de acudir a ejercer el derecho de acción, pero la materialización de ese derecho aparecerá desvirtuada por las herramientas que posee el demandado en desmedro de las valiosas herramientas que prosperan en la época de las nuevas tecnologías.

XI. Los aportes del derecho procesal

La mayoría de los aportes del derecho procesal constitucional de los países de América Latina, con enfoques a veces distintos, han incorporado el derecho a acceder y obtener su rectificación o modificación, por vía del *habeas data* o tutela del derecho a la intimidad, bajo el denominado concepto de *autodeterminación informática*. Altmark y Molina Quiroga expresan que Brasil ha reglamentado el procedimiento de *habeas data*, pero luego lo ha incorporado en el Código de Defensa al Consumidor.

“De la etapa del capitalismo financiero se ha pasado a lo que se ha denominado el capitalismo informacional y digital, también llamado ‘capitalismo del conocimiento’, ya su sistema de producción, circulación y acumulación de conocimiento tiene un carácter digital. El capitalismo está sustituyendo los mercados por las redes. Las nuevas materias prima no son solo los datos, sino que se trata de una nueva economía del conocimiento. Los mercados, el dinero, el capital ya son digitales, son paquetes de datos, de información de conocimiento” (6). Para proteger los derechos de los usuarios en el servicio informático de justicia, será necesario recurrir a la noción de relación de consumo, proveedor de *servicios online*.

“La doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (CS, 26/06/2007, “Olariaga”, Fallos 330:2826), como también se dijo que

“En resguardo de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas —tanto fáctica como jurídicamente— y, de tal modo, constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias concretas de la causa sin que basten a tal fin las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de contenido” (CS, 20/03/2007, “Lipnizky”, Fallos 330:1060; *id.*, 04/11/1997, “Wiater”, Fallos 320:2289-109; *id.*, 01/01/1962, “Argota de Muñoz”, Fallos 253:461-110; *id.*, 19/03/2002, “Jatib de Villanueva”, Fallos 325:456).

El objetivo es demarcar las fronteras de los derechos de los consumidores, a través de la explicación de dichas definiciones, para

decidir, en última instancia la aplicación a un supuesto fáctico concreto, como puede ser en tal sentido lo receptado en el Código Civil y Comercial, en el art. 1093, que expresa:

“Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los servicios por parte de los usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

La justicia no escapa a ser un servicio público que brinda el Estado; y los métodos confluentes, como la mediación (leyes 13.951 y 26.589) o el arbitraje nacional (ley 26.994) e internacional (27.499), resultan complementarios para un acceso a justicia como principios rectores dinámicos del derecho procesal.

El servicio de mediación en línea es un sistema *online* para solucionar conflictos entre vecinos que brinda el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad de Buenos Aires, una de las primeras en Latinoamérica en poner en práctica la mediación en línea.

Los servicios públicos (proceso judicial) o privados (arbitraje o mediación) configuran un fin único el servicio de justicia, público, pero que puede ser realizado por particulares, del mismo modo que los servicios públicos de educación y la salud.

La falta de seguridad jurídica torna improcedente y carente de reglas armónicas el proceso judicial, garante del acceso a justicia o proceso justo, como lo denominara Morello.

En efecto, existen programas de mayor complejidad y prestaciones para responder a la tipología de los contratos informáticos, debiendo informarse el usuario sobre las características del *software*, objeto del contrato, para adaptarlo a las características de la organización. El objeto del contrato es estandarizado, pero debe responder a las necesidades del usuario, en muchos casos analfabeto digital.

XII. Las reglas protectorias de la mediación online

Las características o reglas protectorias para las entidades que resuelven conflictos en el espacio de internet deberán considerar:

1) La relación de contrato de tipo general que ostenta particularidades relacionadas con cierta regulación tendiente a la protección mínima de los usuarios, sujetos de derechos, en el ciberespacio, asimilable al medio ambiente en los métodos de arbitraje y mediación *online*. En cambio, el acceso a justicia por medio del Estado una obligación constitucional, del debido proceso *online* o presencial, un proceso público y transparente contra la *confidencialidad* del arbitraje y la mediación.

2) El acuerdo de voluntades en mediación *online* requiere *consentimiento informado*; resulta indispensable que la prestadora del servicio brinde en forma cierta, clara, detallada, las características de servicios, las condiciones de comercialización, según art. 4º, LDC de la legislación vigente en defensa al consumidor; de la misma forma se considera tácitamente prestada con la presentación del requerido.

3) El consentimiento deberá provenir de los usuarios por medio de la aceptación de la oferta o propuesta, quienes deberán hacer, en forma expresa, la elección de otro medio de comunicación en los procesos o métodos privados que utiliza el Estado, expresando su voluntad de aceptar *la oferta del servicio*.

Para la ley es obligatoria la mediación judicial o prejudicial, y también para la mediación *online*, conforme a la ley vigente, lo cual se contradice con los derechos del usuario a aceptar libremente la oferta de resolver el conflicto por mediación en línea.

El consentimiento informado, por aplicación del art. 284 del Cód. Civ. y Com., podrá surgir aun del silencio, libertad de forma, y en los términos de los arts. 286 y 972 del Cód. Civ. y Com., cualquier soporte resulta suficiente, conforme al art. 971 del Cód. Civ. y Com.; para demostrar la *existencia de un acuerdo privado*, o la constitución de contrato a distancia, según art. 1104 del Cód. Civ. y Com.

4) El administrador de la plataforma *online* del *software*, dueño o guardián, deberá celebrar el contrato entre quienes formen parte de las categorías de usuarios del servicio y proveedores; estos cumplen la calidad de sujetos de la relación de consumo.

5) Los contratos públicos o privados celebrados a título oneroso o gratuito quedarán incluidos como materia mediable u objeto de arbitraje.

6) La entidad institucional pública o privada podrá actuar en calidad de persona jurídica prestadora de servicios *online*. La administradora o proveedora deberá cumplir con el deber de lealtad y diligencia, utilizando medios precautorios que reduzcan el riesgo; responden en calidad de administradores en forma solidaria por los daños causados por acción u omisión de los terceros intervinientes.

7) En la entidad de resolución de conflictos, aunque su relación contractual proviene de la aceptación del cargo con cada una de las partes, cobra importancia la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, en el caso que la administradora inicie acción de reintegro contra los sujetos que realizan el servicio privado de brindar justicia a los usuarios por mediación *online*.

8) El supuesto de incumplimiento, conforme a lo establecido en el art. 1723 en el Cód. Civ. y Com., esto es, cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, el factor de atribución de la responsabilidad civil será objetivo. Los operadores de conflicto ofrecen un saber hacer, típico de las obligaciones de medio.

9) Lo cual importa que, para el caso de actividad debida, inc. a) del art. 774 el factor de atribución de la responsabilidad sea subjetivo, por tratarse de obligaciones de medios adecuado para la “tutela efectiva”.

El deber de reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos, como consecuencia de la ausencia del servicio en una relación de consumo ante el Poder Judicial o ante los actuales mecanismos de resolución de conflictos *online* alternos no representa una forma idónea de salvaguardar la seguridad jurídica y garantía de los operadores de conflictos, en sistema de resolución. Las garantías de los usuarios a un servicio telemático, a distancia o electrónico terminan siendo ilusorias, si no se concibe a breve plazo.

En el mismo sentido se expresó Caivano:

“Aun haciendo abstracción de la situación actual y, aun imaginando que el sistema pudiera funcionar con eficacia, los obstáculos con que se enfrenta el consumidor son de tal magnitud que, la mayoría de las veces, su derecho termina convirtiéndose en ilusorio” (7).

XIII. El principio de colaboración procesal

El principio de colaboración en los procesos a distancia tiene mayor importancia en la etapa probatoria, pues aun ante la ausencia de una regla de inversión del *onus probandi* en cabeza de quien “está en mejores condiciones de probar”, supuestos en los que exista entre las partes desigualdad de recursos materiales (económicos, de acceso a la información, acceso tecnológicos, etc.), el principio de colaboración procesal impone a la parte “fuerte” de la relación procesal la carga de aportar los elementos que se encuentren (o deban razonablemente encontrarse) a su disposición para el esclarecimiento de la verdad, a la cual contribuye, al permitir indicios y argumentos de prueba derivados de la conducta procesal.

Así lo expresó Giannini, L. J.:

“La aplicación del principio de colaboración al ámbito de la prueba, con la teoría de las cargas probatorias dinámicas, esta última, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo, mientras que la consecuencia del mencionado principio en la prueba, conlleva la posibilidad de extraer indicios (o argumentos de prueba), derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. En fórmula que a mi parecer sintetiza ambos conceptos, el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, dedicado a la carga de la prueba, en su inc. 7º, establece: ‘Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio’” (8).

XIV. Los principios de cooperación en el ciberespacio

El ciberespacio funciona en distintos niveles, en atención al equilibrio entre la privacidad informática y la necesidad de los negocios comerciales, convirtiéndose en un instrumento internacional que ingresa en todos los cuerpos legislativos. Estos principios podrían enunciarse de la siguiente forma:

1. Prevención del daño: debe reconocerse el interés del individuo a sus expectativas legítimas de privacidad, por lo que la legislación deberá prevenir y sancionar el uso ilegítimo de la información.

2. La obligación de dar aviso claro y preciso al titular de la información, respecto de las prácticas de privacidad, incluye el reclamo de información, el fin de esta última, las personas u organizaciones con las cuales se podrá compartir, la identidad de quien recolecta datos, los copartícipes, limitando el uso o divulgación de dichos datos.

3. Limitar la recolección de datos personales, por medios lícitos con consentimiento de sus titulares. Feldstein de Cárdenas en este sentido expresó que vivir en una sociedad donde la información ha evolucionado hasta el punto de erigirse en una suerte de herramienta básica para optimizar la producción de bienes y servicios impone la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de las personas (9).

4. Además, debemos destacar que el art. 14 de la Ley Modelo del UNCITRAL sobre comercio electrónico hace referencia al tema de requerimiento de acuse de recibo como elemento necesario en determinados casos para el perfeccionamiento de la relación contractual. Ese requerimiento solo operará en los casos en que el iniciador solicite al destinatario

{ NOTAS }

(6) ALTMARK, Daniel Ricardo - QUIROGA, Eduardo Molina, “Tratado de Derecho informático”, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 661.

(7) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje de amigable compondores”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1996, p. 62.

(8) BERIZONCE, Roberto (coord.), *Principio de colabo-*

ración y carga dinámica de la prueba, en “Los principios procesales”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 145.

(9) FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “Internet,

comercio electrónico y derecho a la intimidad un avance de los tribunales argentinos”, *elDial*, suplemento de derecho internacional privado y de la integración

el envío del acuse de recibo, o bien que en sus relaciones hayan acordado dicha operatoria recíprocamente, que según el art. 8º de la Ley Modelo quedará satisfecho con un mensaje de datos, con la firma digital (ley 25.506, arts. 3º y 6º) [Intercambio electrónico de datos EDI] (10).

5. El contrato sin registro entre máquinas, como tarjeta magnética o transferencia de fondos; la oferta, al recibirla y remitir la aceptación; lo cual podría exceder el presente trabajo, solo haremos referencia a que se equipara al principio de equivalencia funcional receptado por la ley 25.506 de Firma Digital, arts. 3º y 6º, otorgando el carácter de documento de relevancia jurídica.

6. El principio de neutralidad tecnológica desde la valoración jurídica de comunicación telemática; la mediación *online* sería exigible a la tecnología informática, requisito que el derecho no ha exigido a los documentos tradicionales en soporte papel, escritos en gráfica tradicional y firmados.

XV. Las reglas específicas sobre responsabilidad en el ciberespacio

El ciberespacio, lugar de interacción, requiere un estudio específico de responsabilidad, que establezca los actos antijurídicos, la acción preventiva, el derecho al olvido, el derecho a acceder al proceso a distancia, *online* o telemático, como herramienta accesoria del principal, es decir el “incidente judicial a distancia”, con el fin de reducir la asistencia de personas en tribunales en calidad de partes, en época de pandemia.

La burocracia, con el pretexto de la pandemia, aplica la falta de justicia indistintamente a los sujetos, despropósito contrario a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos. La legislación no podrá imponer el acceso a la justicia a través de una computadora; es un derecho innegable y por tanto que debe ser accesible a todo ciudadano.

El servicio público deberá ser de calidad, las sentencias sin fundamento o con falta de motivación sincrónica o asincrónica del Poder Judicial desprestigian a las instituciones académicas de las cuales son egresados dichos funcionarios.

La ley 26.032 dispone que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art. 10), lo que constituye una calificación ineludible del legislador; la libertad de selección del medio o espacio territorial o cibernético debería ser legislada como una opción, no puede obligarse a la mediación *online*.

La videoconferencia o telemática resulta del art. 10 del Convenio Europeo Relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal 2000, contemplada anteriormente en el Convenio de Estrasburgo 1959 (art. 9º). Asimismo, la Convención de Palermo (art. 24), en protección de la víctima, aconseja videoconferencias. Las videoconferencias son posibles, además de útiles, siempre que existan *medios de confirmar la veracidad de la identidad de los sujetos intervinientes*, con el debido proceso, conforme a los principios procesales dinámicos.

El carácter transformador de internet, como medio que permite que miles de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su

capacidad de acceder a información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información (“*Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*”, junio de 2011).

El acceso a internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva (11). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado, en reiteradas oportunidades, la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático, al afirmar que “entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que, sin su debido resguardo, existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso, no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia contra toda desviación tiránica” (Fallos 331:1530, entre otros).

En sentido similar, la Corte Suprema ha expresado en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional (Fallos 200:180).

XVI. La retribución del mediador en época de pandemia por mediación *online* o a distancia

Según el dec.-ley 8904, el juez tiene la facultad de apreciar la labor desarrollada por cada letrado para cuantificar sus honorarios (arts. 16 y 28 decreto ley), en la mediación la actividad del mediador resulta confidencial.

En oposición al dec. ley 8904 donde el juez tiene la facultad de apreciar la labor desarrollada por el letrado para cuantificar sus honorarios, la ley 13.951 establece en forma tabulada una suma fija a través de jus arancelarios (v.gr., arts. 31 y 32, ley 13.951 y 27, del 2530/2010) con las variaciones del dec. 43/2019, y donde uno de los principios fundamentales en que se sustenta la mediación es la confidencialidad, razón por la cual no puede contemplarse la tarea llevada a cabo en la etapa o instancia previa judicial (12). “En época de crisis puede suponerse que las retribuciones debieran morigerarse, en este sentido: ‘... la actividad del mediador se realiza en forma prejudicial, no pudiendo soslayarse que el artículo en estudio se refiere a gastos de primera instancia. Se impone remarcar que los honorarios del mediador no derivan de sentencia o transacción, los mismos derivan de su actuación en la *instancia previa*, en el momento de la entrega del *acta de cierre* de la mediación y desde ese momento adquiere el derecho de percibir honorarios. Es que la instancia previa obligatoria que implementa la ley 13.951, *no es un modo anormal de terminar el proceso*, por el contrario, *es una instancia previa obligatoria al proceso judicial*. Los honorarios del mediador deben establecerse con sujeción a la escala vigente al momento de celebrarse la audiencia de mediación, pues la regulación judicial solo supone la *cuantificación de un derecho preexistente a la retribución del trabajo profesional*” (13). A mayor abundamiento, de sumarse dichos honorarios al tope establecido, se reducirían aún más *los honorarios de los demás profesionales (teniendo presente el porcentaje que debe afrontar el condenado en costas)*, v.gr., *peritos, apoderados o patrocinante de la parte*

gananciosa, es decir, los que intervienen en la etapa judicial y son alcanzados por el art. 730, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, los honorarios del mediador no deben incluirse en el prorrateo (14). La retribución del mediador tiene la virtud de ser actualizada conforme a una medida arancelaria suministrada por la ley y el propio Poder Judicial, que no es otra que la utilizada para determinar los honorarios de los abogados. Sin embargo, en este último caso, como debe ser, nadie discute si tal medida arancelaria se torna o no gravosa, como tampoco se da la discusión sobre los salarios de jueces de primera instancia que, en definitiva, son los que fijan los aumentos en la medida arancelaria.

Las contingencias económicas del país y los efectos de la pandemia no podrán recaer sobre el mediador que actúa como pacificador en época de crisis. La realidad de la mediación hoy en día sería tornar ilusoria la viabilidad de la mediación como actividad profesional *online*; y *a posteriori* si se disminuyera por dicha herramienta la retribución del mediador, por el contrario, su actividad debería ser retribuida con un plus, ante un vacío de acceso a justicia.

XVII. Los principios procesales que operan como mandatos orientativos

El derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías que posibilita la rotunda aplicación del art. 24 de la CE, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia. El proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad. Sus criterios funcionales de actuación son ordinarios en la medida en que se asume el compromiso constitucional de actuarlos. En caso contrario (de no existir tal compromiso de actuación) ese carácter ordinario o común sería inconstitucional o contrario a la CE. La ac. 3975, en los arts. 2º, 5º anteúltimo párrafo, 6º, 11, 14, apunta al desarrollo de un expediente digital *accesible, claro y completo*.

“Lo electrónico tiene ventajas, pero también la despapelización (principio de inmaterialidad del expediente digital) (15) puede traer complejidades, especialmente teniendo en cuenta que hemos sido formados en un contexto de siglos de soporte papel debido migrar hacia lo enteramente digital; incluso de manera muy acelerada, dada la situación sanitaria de público y notorio conocimiento”.

Los principios procesales emanan de nuestro sistema procesal y operan como mandatos orientativos, de interpretación de lagunas normativas.

“(...) estos principios *no son estáticos sino dinámicos*, apareciendo algunos nuevos, que son propios del derecho procesal electrónico y que tienen por norte el mandato de eficacia jurisdiccional” (16).

XVIII. Principio de claridad digital

El principio de “claridad digital” satisface, en líneas generales, las exigencias del art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. Dicho esto, en orden a dar respuesta a varios tópicos (art. 266, parte final, Cód. Proc. Civ. y Com.).

La legalidad ordinaria del proceso es funcionalmente autónomo; se sustenta, además, en

ser adjetivo, acrítico y mecanicista, en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende de la “efectividad” que la norma reclama (el art. 24.1 de la Constitución Española proclama que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales...”).

El concepto de *acción*, de *jurisdicción*, *petición* o *pretensión*, aun las formas del procedimiento, puede competir con el proceso como garantía ordinaria de aplicación del compromiso constitucional consistente en amparar bienes y derechos litigiosos que se reconocen a todos los ciudadanos, con la posibilidad de “accionar”; se atribuyen a “todos” en condiciones de igualdad, y se justifica en un vínculo con la “tutela” sustantiva que oferta el proceso o derecho a obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; aludimos a una efectividad sustantiva de los derechos abstractos de la posibilidad constitucional de “accionar”, que es garantizada a “todos” a través del proceso.

La referencia al proceso la realizamos como método adecuado de resolver conflictos, que conforma un sistema, compuesto de distintos subsistemas; abordan los métodos heterocompositivos o autocompositivos o mixtos. Así podemos mencionar la mediación como proceso autocompositivo, que integra la negociación de las partes en la mesa de mediación. De la misma forma podríamos incorporar al sistema el arbitraje a cargo de particulares, con un tercero que resuelve y dirige el proceso heterocompositivo, en el cual el tercero impone una solución. Se diferencia del proceso judicial simplemente, porque el proceso judicial es público, depende del Estado y lo sustentan los ciudadanos. Las causas en las cuales está en juego el orden público también son cuestiones en las cuales el Estado es el único órgano que puede resolver (17). De esta forma, la teoría de la alteridad no resulta aplicable, pues el sistema es el todo, mayor que sus partes, en el cual cada proceso cumple una función especial, en la medida en que las partes son capaces de ser responsable de resolver el conflicto creado por ellas, la disminución del empoderamiento, autonomía y control de emociones decrece cuando las partes otorgan su poder de decisión en terceros.

El derecho de acción en sentido constitucional no es como un mero “derecho al proceso”; y sí como un derecho a la tutela que garantizará del proceso: un derecho a una efectiva tutela.

XIX. El proceso jurisdiccional

Es preciso indicar que el sistema funcional jurisdiccional, atinente al derecho a la jurisdicción o el acceso a la justicia por medio de la acción, afecta no al proceso, sino más bien al Poder Judicial. La ley procesal sigue el modelo estático que se adopte; confluye en el proceso como género y el procedimiento como especie.

Los sistemas de resolución de conflictos conforman una red de procesos con distintos procedimientos interrelacionados: la mediación (incluye la negociación de las partes), como instancia previa a la judicial; la conciliación ante el juez (intraprocesal) y en el proceso judicial con su sentencia, a diferencia del laudo arbitral que conforma una sentencia que no requiere homologación pero cuya ejecución está a cargo de los jueces, donde la jurisdicción de los árbitros implica declarar incompetente cualquier intervención del juez

{ NOTAS }

(10) SCOTTI, Luciana B., “Juez competente ley aplicable en la material”, cit. por ATMARK - QUINTANA, p. 222.

(11) CIDH, “Libertad de expresión e internet”, párr. 36.

(12) Para mayor información se podrá acudir a los *Anales de Legislación Argentina*, p. 97, A, 106; *Régimen de*

mediación - Reglamentación de la ley 13.951 - Derogación de los decs. 2530/2010, 132/2011 y 359/2012; de mi autoría)

(13) DIOGUARDI, Juana, ‘La instancia previa obligatoria en la Provincia de Buenos Aires. Ley 13.951’, LLBA, 2012 [junio], p. 473.

(14) CCiv. y Com. Junín, 18/04/2017, “Morillas, An-

drea c. Sosa Guzzo, Ana L. y otro/a s/ daños y perj. autom. c. les. o muerte [exc. estado]”, expte. JU-1120-2013; el destacado es mío.

(15) GRANERO, Horacio R., “Tratado de Derecho Procesal Electrónico”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, 2ª ed., t. 2, cap. IX, punto 3.2.

(16) CAMPS, Carlos E., “Tratado de Derecho Procesal Electrónico”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, 2ª ed., t. 1, cap. I, punto 5.2”.

(17) DIOGUARDI, J., “Manual de mediación. La mediación como sistema complementario de solución de conflictos”, Ed. Huella, 2014, ps. 167 y ss.

designado por el Estado. El proceso asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo al justiciable. El *lenguaje* con transparencia, claridad y responsabilidad son tres pilares para lograr *confianza*.

“Los expedientes están llevados de manera clara y prolija, y los trámites adecuadamente titulados, esto favorece en gran medida la labor del tribunal revisor, cuando tiene que ser llevada a cabo a distancia o sin contacto con el expediente en soporte papel (ver, al respecto, esta sala en causa F3-79991, resolución del 20/09/2018, RS 216/2018), la imposición procesal de hablar claro (18).

XX. El expediente digital

La seguridad de información podemos definirla como un conjunto de medidas técnicas, organizativas y legales que permiten asegurar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de su sistema. La evolución de la informática nos proporciona beneficios en la vida cotidiana, pero de igual forma, problemas. Los pagos en línea, los seguros, la Administración Pública, el servicio privado, bases de datos, que de ser accesibles podrían ocasionar graves daños al titular de esa información. El secreto, la confidencialidad y el deber de no revelar son obligaciones que cada vez están más difundidas y es más confusa la forma de endilgar una responsabilidad civil ante el incumplimiento. El sistema es un diseño o diagrama arquitectónico de las normas, procedimientos, métodos y técnicas destinados a conseguir un medio de información seguro y confiable para la resolución de conflictos.

Ese sistema debería presidir la actividad digital de todos los involucrados en el proceso y comprendería las nociones de claridad (en sí misma), accesibilidad, además, de la —muy trascendente— integralidad (indispensable para el adecuado ejercicio de la defensa en juicio) del *expediente digital*. El acuerdo 3975/2020, mediante el cual se aprueba el nuevo Reglamento, establece la íntegra adopción del *expediente electrónico judicial* en la Provincia de Buenos Aires; por regla, todos los actos procesales serán realizados en soporte digital.

“El art. 11 del Reglamento establece: ‘Los expedientes tramitarán en forma digital’. Esa será la pauta general que regirá el proceso en esta jurisdicción, aunque también se establecen fórmulas específicas para aquellos expedientes categorizados como ‘mixtos’, es decir, los que contenían escritos o documentación oportunamente agregados en soporte papel”.

La totalidad de los actos procesales deberá encontrarse documentada en *soporte digital*; el conjunto de estas constancias digitales relativas a una causa judicial —registradas en el *sistema informático de gestión*— constituirá el *expediente judicial electrónico*. Ello, sin perjuicio de la eventual existencia de “legajos en soporte papel” correspondientes a los expedientes judiciales, en donde se incorporarán los documentos que en ese soporte sean generados o acompañados, en los casos que excepcionalmente así se admitiere y que más adelante señalaremos.

La responsabilidad de asegurar el registro completo de la información en el sistema de gestión judicial, relativa a los expedientes judiciales en trámite ante los organismos en los que desempeñen funciones, quedará en cabeza del actuario, quien deberá procurar la actualización inmediata de las actuaciones

que se vayan generando, a efectos de garantizar el efectivo acceso a la información de la causa, con excepción, claro está, de las medidas cautelares de aquellas actuaciones o trámites que por su naturaleza deban quedar en estado reservado hasta tanto se ejecuten.

Pues bien, bajo tales pautas, y frente al casi definitivo abandono del soporte papel para la tramitación de las causas judiciales, señalamos que el sistema de expediente electrónico en la Provincia de Buenos Aires queda compuesto, básicamente, de la siguiente manera:

— Sistema de gestión de causas en la Provincia de Buenos Aires “Augusta”, *software* que permite concentrar la actividad de los órganos judiciales de todos los fueros e instancias, con la íntegra gestión documental del expediente en formato electrónico/digital (recepción y procesamiento de presentaciones y notificaciones electrónicas, generación de proveídos, resoluciones y sentencias, firmas y movimientos de actuaciones, etc.); en cambio, en mediación a distancia será el sistema “Mediare”.

— Portal *web* de notificaciones y presentaciones electrónicas: Se trata de un sitio seguro desarrollado por la Subsecretaría de Tecnología Informática de la Suprema Corte de Justicia y es el instrumento central en torno al cual se estructura el sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas.

Mediante los portales o plataformas *web* se mantiene una base de datos en la que se depositan y conservan las notificaciones y presentaciones suscriptas mediante la tecnología de firma electrónica/digital.

— Mesa de Entradas Virtual (MEV): Servicio online, que permite acceder, consultar y recibir actualizaciones de las actuaciones registradas en las causas judiciales que se tramitan en organismos jurisdiccionales bonaerenses.

En el art. 2º del acuerdo se hace saber que el régimen que se establece en el Reglamento que se aprueba es de carácter “general”, lo que implica que sus normas serán de aplicación complementaria a las reglas vigentes en materia de presentaciones y notificaciones electrónicas (acuerdos SCBA 3886/2018 y 3845/2017, respectivamente) o especiales —dictadas o a dictarse— para regir situaciones particulares. Ello es reiterado en el art. 19 del Reglamento.

XXI. Conclusión

Los recursos deberán incluir la pena de prisión o la imposición de sanciones pecuniaras suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente.

Además, se establece la aplicabilidad, en el área de los derechos intelectuales, de los procedimientos para la prevención y solución de diferencias propios del GATT (el que, a partir del 1 de enero de 1996, fue absorbido por la OMC), bien conocidos por los Estados en el campo de las cuestiones tradicionalmente inherentes.

El texto garantiza que los programas de ordenador serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna y estipula las condiciones en que las bases de datos deberían estar protegidas por el derecho de autor. Las disposiciones relativas a los derechos de arrendamiento constituyen importantes adiciones a las normas interna-

cionales existentes en la esfera del derecho de autor y los derechos conexos.

Dreyzin de Klor expresó que “En definitiva, Internet es un espacio en el que se plantean casi idénticos problemas que en el mundo físico. No tiene sentido, entonces, tratarlos de manera diferente, ya que la red, básicamente, sustenta relaciones jurídicas que admiten dos versiones, pero cuya problemática, naturaleza jurídica, y necesidades de regulación ya estaban patentes en el mundo físico. Mientras que la protección del consumidor sea una prioridad, el derecho internacional privado ‘clásico’, norma material y de conflicto, es la única solución que aúna los intereses de seguridad jurídica y justicia material. Esta solución debe convivir con los códigos de conducta elaborados por proveedores y con los sistemas alternativos de solución de controversias y debe incorporar conceptos autónomos que recojan las prácticas del comercio electrónico, e incluso, complementarse con normas uniformes aplicables a esa situación”.

Adherimos a las palabras de Alexis de Tocqueville:

“El derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada. Y esto no podría ser de otro modo, puesto que la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso” (19).

La obligación de acceso a justicia por medio de una herramienta de la información y comunicación (TICs), con un proceso judicial en crisis, resulta contraria al ordenamiento jurídico, impidiendo el derecho de acción que posee todo ciudadano. La reforma del Código Civil y Comercial expresó el carácter contractual del arbitraje, contenido en los arts. 1649, ss. y concs. y art. 1665; tanto el arbitraje como la mediación son procesos confidenciales del amplio abanico de métodos alternativos de resolución de conflictos que podrán contribuir a solucionar conflictos patrimoniales, en época de pandemia por COVID-19 y especialmente en tiempos posteriores a la crisis.

Las sociedades actuales, con las nuevas herramientas de la tecnología (TICs) que ofrece el ciberespacio, no podrán sobrevivir sin la libertad de consentimiento del ciudadano.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es una organización internacional cuya finalidad es velar por la protección en todo el mundo de los derechos de los creadores y propietarios de datos activos de propiedad intelectual, así como por el reconocimiento y la debida retribución de inventores y autores. Constituye un foro en el que los Estados miembros de la ONU trabajan para crear y armonizar normas y prácticas destinadas a proteger los derechos de propiedad intelectual.

Ante la rápida mundialización del comercio, la OMPI intenta tener un rol fundamental en la consolidación de esos nuevos sistemas por conducto de la negociación de tratados, la asistencia jurídica y técnica y la formación por varios medios, en particular, en la esfera de la observancia de los derechos de propiedad intelectual (Argentina, ley 24.425). En el ADPIC se exige que se otorgue a los artistas, intérpretes o ejecutantes protección contra la grabación y la difusión no autorizadas de sus interpretaciones.

El derecho de desistimiento se define legalmente como “la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado”, desistir de la propuesta u oferta, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido, que por

lo general es de 5 a 10 días según la legislación imperante, para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión.

El usuario podrá desistir del contrato de servicio de prestación de justicia privada en los supuestos previstos en la normativa legal y reglamentaria y cuando así le reconozca la legislación promoción, publicidad o en el propio contrato el derecho a realizar una mediación o arbitraje online.

La posibilidad de habilitar diversos métodos de resolución de conflictos favorece un sistema que contemple distintas formas de enfrentar el conflicto. En la mediación las partes arriban al acuerdo y en el arbitraje la solución la realizan los árbitros.

El arbitraje es el más moderno, estructurado y funcional de los métodos de solución de conflictos, aunque la mediación es el más utilizado. El arbitraje podrá ser doméstico o internacional: el primero se rige por las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación; y el internacional por la ley 27.449 de la República Argentina.

El complemento de ambos métodos (mediación y arbitraje, o arbitraje y proceso judicial) posibilita un sistema mixto adecuado a la situación de crisis. En la práctica profesional nacional, existe la falsa creencia de que el arbitraje es un método reservado para el mundo comercial (nacional e internacional) y en asuntos de mayor cuantía. El arbitraje podría también juntamente con la mediación ser un método adecuado para la era *digital* y suplir la situación de conflictividad para la pospandemia, que derivará de los contratos de alquileres, el problema habitacional, modificando la Ley de Mediación, que se establece como opcional para estos casos.

En efecto, el objetivo del presente trabajo es difundir cuestiones fundamentales de la calidad del proceso arbitral posterior a la mediación, advertir que no es una novedad en la práctica jurídica argentina, como sí es novedosa su introducción en el derecho de fondo, generando un cambio de doctrina, al definir su naturaleza jurídica contractual, pero a la vez proclive a solucionar por vía de un compromiso arbitral realizado en mediación, si no se arribara a un acuerdo en dicha etapa autocompositiva.

En la doctrina nacional sobre arbitraje predominó la tesis procesal, durante muchas décadas, que comenzó a perder sustento con el avance en el mundo del método heterocompositivo del arbitraje en calidad de contratos.

Del art. 1649 del Cód. Civ. y Com. surge la naturaleza bidimensional del arbitraje privado; se trata de un acuerdo entre personas privadas, sin embargo se inicia como “contrato” que tiene por objeto designar un tercero imparcial con facultades para resolver como un juez, fijarle competencia y dotarlo de normas procesales propias. Ello resulta poco factible en la realidad de nuestro país, acostumbrado a la idea de que la administración de justicia es uno de los tres poderes constitucionales, ejercido por jueces designados por el Estado, donde sus competencias y sus procedimientos surgen de la respectiva ley. Lo extraordinario de este juez que las partes eligen para resolver su caso es que se encuentra dotado de jurisdicción; es decir, sus decisiones tendrán el valor legal de una sentencia firme emanada de un juez estatal, porque así lo establecen el Código Procesal Civil y Comercial y las restantes leyes aplicables.

La mediación, el arbitraje *online*, con nuevas herramientas de la información y comunicación (TICs); que el legislador deberá poner al alcance de las partes para contribuir al objetivo de acceso a justicia, para la cultura del acuerdo y compromiso social en época de pandemia.

{ NOTAS }

(18) Ver, al respecto, PEYRANO, Jorge W., ‘Una imposición procesal a veces olvidada’, El Clare Loqui, JA 1991-IV-577; esta sala en causa 42708, RS 912/04, entre otros.

(19) DE TOCQUEVILLE, Alexis, “La democracia en América”, traducción de Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1957, ps. 202 y ss.)

Asimismo, gestionar el conflicto por medio de mediación *online* y luego resolverlo por medio de un laudo resulta moderno para una ciudadanía que será afectada por inevitable congestión de conflictos pospandemia. La situación previa de conflicto y su resolución establecerán las bases para evitar conflictos futuros, con origen en la misma situación. La elección del proceso *online* será una decisión de las partes, que tendrá que evaluar lo adecuado o no del procedimiento por este sistema, en función de las características propias de cada conflicto y mediación en particular.

La posición que adoptamos en el presente trabajo se fundamenta en la libertad de expresión y de decisión de los sujetos, bajo la confidencialidad del proceso y los lineamientos o principios procesales estáticos y dinámicos del proceso judicial en general; y de la mediación y el arbitraje en particular.

El objetivo la ley debería ser la utilización de los métodos de resolución de conflicto con las nuevas herramientas tecnológicas, protegiendo los derechos tanto de los usuarios como de los mediadores y árbitros.

En el caso de los procesos judiciales electrónicos deberá asegurarse el respeto por los derechos humanos, los derechos de privacidad y confidencialidad, sin ventilar situaciones que podrían dar lugar a crear un perfil erróneo del sujeto en cuestión, por tratarse de procesos públicos, en los cuales la nueva herramienta podría ser un arma de violación de la privacidad del individuo.

La seguridad jurídica como garantía para los cibernautas requiere ser reformulada, permitiendo articular el teletrabajo, confluente con los métodos alternativos de resolución de conflictos, aun en la modalidad

ODR; además, se requiere protección jurídica, para sostener los programas de modernización del Estado, en la Argentina y en Latinoamérica, de tal manera de garantizar el trabajo, el prestigio y la seguridad de los operadores de conflictos, mediadores, conciliadores, árbitros y jueces entre otros.

Cita online: AR/DOC/2440/2020

MÁS INFORMACIÓN

Fernández Balbis, Amalia - Cornero, Guillermina A., “La cuantificación del daño en la mediación y en la conciliación judicial”, RCCyC 2020 (junio), 156, AR/DOC/1294/2020
Faced Abal, Francisco, “Caducidad de la instancia de mediación. El archivo como exceso ritual manifiesto”, LA LEY, 2019-B, 452, RCyS 2019-VII, 173, AR/DOC/886/2019

Scotti, Luciana B., “El rol de la mediación transfronteriza en la solución de controversias familiares”, RDF: 89, 175, AR/DOC/1273/2019
Dioguardi, Juana, “El sistema de mediación en la provincia de Buenos Aires. Las consecuencias de la implementación del decreto 43/2019 comentado”, ADLA 2019-4, 106, AR/DOC/557/2019

LIBRO RECOMENDADO

Tratado de Derecho Procesal Electrónico
Director: Camps, Carlos E.
Edición: 2019

COLUMNA DE OPINIÓN

Necesidades actuales del servicio de justicia

VIENE DE TAPA

orales, en las que se posibilite el acceso al público y a la prensa, de forma tal que se potencie la publicidad de los actos judiciales, el principio de inmediación y el de concentración.

Vinculado con ello resulta vital fomentar el avance en materia de comunicación y transparencia, tal como se ha hecho desde el Centro de Información Judicial (CIJ), mediante un lenguaje claro y sencillo.

Otro aspecto importante es rendir cuentas a la sociedad mediante la recopilación y puesta en conocimiento de la ciudadanía de datos estadísticos vinculados al funcionamiento y rendimiento de un tribunal. Dos datos son claves: el número de expedientes que ingresan a un tribunal y la cantidad de resoluciones dictadas en tiempo oportuno en dicho tribunal, debiendo procurar que el número de resoluciones dictadas sea superior al de las causas ingresadas en el mismo tribunal. Se trata de instrumentos que sirven para medir y visibilizar la gestión judicial en términos cuantitativos. A la par se garantiza el control de los ciudadanos en los actos públicos.

Por otro lado la maximización de los recursos disponibles, de modo que se aumente la productividad, es un pilar fundamental en la búsqueda de mayor celeridad. Para ello tam-

bién es necesario recurrir a la extensión horaria de trabajo (respetando los derechos laborales) y a la habilitación de días y horas inhábiles, especialmente en lo que respecta a la realización y efectiva culminación de los juicios.

Asimismo es necesario impulsar la observancia del *principio de economía procesal* a través del respeto al cumplimiento de los plazos procesales, la evitación de incurrir en demoras o en dispendios jurisdiccionales innecesarios.

Estos aspectos deben ir acompañados de métodos de trabajo uniformes que distribuyan de modo eficiente y justo las cargas y responsabilidades laborales entre el personal, fijando parámetros claros para la realización y concreción en tiempo prudencial de las tareas asignadas. Todo ello con especial atención a las particularidades que cada caso demande (como los tiempos de detención y prescripción de la pena o de la acción penal).

La capacitación y especialización de los integrantes de todo el Poder Judicial y Ministerio Público resulta un complemento fundamental para los propósitos apuntados. En este punto deben ser destacados los programas de capacitación en perspectiva de género, llevados a cabo desde la Oficina de Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La capacitación de los operadores judiciales se traduce en una mejor prestación del servicio de justicia. La permanente actualización y capacitación en los asuntos que preocupan a la ciudadanía acercan al Poder Judicial con la sociedad, que reclama ser escuchada y protegida.

Como puede observarse, el Poder Judicial a lo largo de toda su estructura requiere de modificaciones profundas y del avance de los procesos de cambio que ya han sido iniciados.

La necesidad de nuevos paradigmas normativos tanto procesales como sustantivos devienen transcendentales. Por ello es necesario que el impulso que se ha dado en estas áreas se continúe llevando adelante en la actualidad.

No debe olvidarse que uno de los reclamos más trascendentes de la sociedad es una justicia más ágil e igualitaria. En este sentido resulta vital la aprobación del nuevo Código Penal que se encuentra en el Honorable Senado de la Nación (Comisión de Justicia y Asuntos Penales) pendiente de aprobación desde 2019 (el actual es de 1921), la puesta en marcha en todo el país del Código Procesal Penal Federal (depende de la Comisión Bicameral del Congreso Nacional), la designación del Procurador General de la Nación y la cobertura de vacantes de jueces. Todas estas cuestiones son fundamentales para darle celeridad a la justicia (pues se abrevian los plazos), transparencia y equidad en la distribución del poder entre jueces y fiscales, como así también plena autonomía a estos últimos. De esta forma se podrá aspirar a cumplir con la máxima constitucional de “afianzar la justicia”.

El nuevo Código Penal representa los intereses de la sociedad actual y de los tiempos que corren. Establece con claridad y modernidad cuáles son las conductas sancionadas y sus consecuencias penales, que no solo incluyen la pena de prisión a las personas físicas, sino sanciones a las corporaciones que

cometieron delitos y el decomiso de bienes para recuperar lo robado en favor del Estado desde el comienzo mismo del proceso penal. Su principal objetivo es devolverle identidad y modernizar el actual Código Penal que rige, con innumerables modificaciones (más de novecientas), desde hace ya casi 100 años.

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal Federal se caracteriza por brindar una mayor eficiencia, transparencia y celeridad al proceso, abandonando la estructura escrita altamente formalizada de la actualidad por una con mayor oralidad. Se instaura un diseño procesal acusatorio que garantiza un mayor equilibrio de poderes entre el juez y el fiscal. También acorta los plazos procesales. Pues establece que la investigación penal preparatoria no podrá, en principio, superar 1 (un) año de duración; y todo el proceso, incluida la sentencia definitiva y su impugnación, no podrá superar los 3 (tres) años de duración (prorrogable por igual término en procesos complejos). El incumplimiento de dichos plazos constituirá falta grave y causal de mal desempeño del fiscal y el juez.

En definitiva, se debe apuntar a modificaciones estructurales y profundas. No podemos pretender que los “parches” normativos brinden una solución real a problemas tan arraigados. El objetivo debe ir más allá y convertirse en un verdadero cambio de paradigma. De ese modo, la ciudadanía se sentirá oída y realmente protegida por el servicio de justicia.

Cita on line: AR/DOC/2391/2020

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Doctor en Derecho Penal UBA, Juez Cámara Federal Casación Penal. Co-Director del Posgrado en De-

recho Penal Tributario de la UBA. Presidente de la Comisión de Reforma del Código Penal. Profesor Universitario UBA, UTDT, UA.

()** Abogado UBA. Especializado en Derecho Penal y Maestrando en Derecho Penal —UTDT—. Prosecretario de Cámara de la Cámara Federal de Casación Penal.

(†) “Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía” [Séneca (4 AC-65). Filósofo romano].

NOTA A FALLO

Personería gremial

Validez del acto de otorgamiento de personería gremial de un sindicato. Facultad anulatoria de la Administración. Libertad sindical. Derechos subjetivos.

Véase en página 8, Nota a Fallo

1. - La posibilidad de revocar el otorgamiento de la personería gremial por parte de la autoridad administrativa, a la luz del ordenamiento jurídico interno y del ordenamiento jurídico internacional en materia de libertad sindical, aparece —cuando menos— discutible, ya que el ejercicio de la facultad anulatoria que posee la administración —invocada como argumento de la

decisión adoptada— estaría colisionando con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce en materia sindical.

2. - De conformidad con lo previsto por el último párrafo del art. 25 de la ley 23.551, la nulidad del otorgamiento de la personería gremial debe derivar de la falta de observación de los recaudos señalados en el

dispositivo y tal circunstancia no aparece debidamente explicitada en la resolución cuestionada en estos actuados. Y, además, en lo que se refiere a la suspensión o cancelación de la personería gremial, de conformidad con el inc. 3 del art. 56 de la ley 23.551, el Ministerio de Trabajo solo está facultado para “peticionar en sede judicial” y en determinados supuestos.

CNTrab., sala II, 16/03/2020. - Asociación Gremial de Computación c. Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación y otro s/ Acción de amparo.

[Cita on line: AR/JUR/17685/2020]

COSTAS

En el orden causado.

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 16 de 2020.

El doctor *Pirola* dijo:

La Secretaría de Gobierno de Trabajo y Empleo, dependiente del Ministerio de Producción y Trabajo, continuador del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dedujo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo, revocó la Resolución N° 210/2018 dictada el 20/12/2018 por el Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación y sostuvo la vigencia de la Resolución N° 239 del 29/11/2018 que otorgó la personería gremial a la actora, ordenando su publicación en el Boletín Oficial (ver sentencia de fs. 243/247 y aclaratoria de fs. 251).

En el memorial recursivo de fs. 254/258 el Ente Estatal cuestiona el análisis efectuado en la sede de grado respecto de las resoluciones involucradas; se agravía por el desconocimiento de la facultad anulatoria de la administración cuando no se hayan generado derechos subjetivos y sostiene que la sentencia se arroga atribuciones que solo posee la Cartera Ministerial demandada y soslaya la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de la que goza la resolución revocada.

En atención a la índole de la cuestión, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, que se expidió en los términos del dictamen de fs. 281/282, cuyos fundamentos comparto y cabe aquí dar por reproducidos, por razones de brevedad.

Liminarmente es necesario memorar que, como señalara Néstor T. Corte, el requisito de la “personería gremial” —cuya revocación por la autoridad administrativa, luego de otorgada, es la cuestión sustancial de esta contienda— “...es uno de los ejes en torno a los cuales gira todo el sistema de ‘unidad promocionada’ o ‘unidad inducida’ ... al punto tal que Von Potobsky lo califica como una ‘piedra angular del sistema’ (aut. cit., “El Modelo Sindical Argentino”, p. 308, Rubinzal Culzoni Editores, 2ª edic. act.). Ello así, por cuanto más allá de la doctrina elaborada por la Corte Federal a partir de los fallos “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” (A. 201. XL, 11/11/2008) y “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina” (R. 1717. XLI., 9/12/2009) en relación a los alcances de la libertad sindical y a las facultades y derechos que le asisten a las asociaciones gremiales simplemente inscriptas, lo cierto es que la obtención de la personería gremial reviste un carácter trascendental y de suma relevancia en la actividad sindical, merced a los derechos que solo estas pueden ejercer, como resultan los contemplados en el art. 31 de la ley 23.551.

La Fiscalía General ante esta Cámara reiteradamente ha sostenido que la ley 23.551 consagra un proceso en el ámbito administrativo con características jurisdiccionales normativamente delegadas, cuya validez se halla supeditada “...a que se respeten, con particular énfasis, las exigencias de bilateralidad y participación en la prueba producida como exigencia de la garantía de defensa en juicio, y a que se garantice la ulterior revisión judicial (doct. arts. 25; 28; 62 y concs. de la

Ley 23.551 y, con carácter general, CSJN Fallos: 244:548; 298:214, etc.)...”.

Sentado ello, es importante precisar que el objeto de autos es la validez de la resolución mediante la cual el Ministerio demandado revocó una decisión anterior mediante la cual se otorgó la personería gremial al sindicato accionante al concluir el procedimiento legal.

En el caso, como señala el señor Fiscal General Interino, “el cotejo del copioso expediente administrativo, como bien remarca la magistrada de grado, *no evidencia en forma clara e incuestionable la verificación de vicios trascendentes* en los actos previos al dictado de la Res. 239 del 29/11/2018, con entidad tal *que autoricen a la propia Administración a revocar sus propios actos, sin petición del interesado*” (el remarcado es mío).

“Nótese que la mencionada asociación acompañó la documentación idónea a fin de acreditar el universo de trabajadores (ver fs. 1147 y concs. del Expte.1-2015-1720397-2016) y, a lo largo del tiempo, fue cumplimentado las pertinentes observaciones formuladas, obteniendo dictamen favorable de la Asesoría Legal (ver fs. 1207/8). En tal contexto, se aconsejó otorgar la personería gremial sobre el ámbito de actuación personal que agrupa a los trabajadores que desarrollen tareas de “operador, programador, analista, soporte técnico, desarrollo de sistemas, centro de cómputos, técnicos”, en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires (dictamen de la Asesoría Técnica Legal del —entonces— Ministerio de Trabajo que fuera compartido por la Directora Nacional e Asociaciones Sindicales el 27/11/2018)” (ver fs. 281).

Ahora bien, de conformidad con lo previsto por el último párrafo del art. 25 de la ley 23.551, la nulidad del otorgamiento de la

personería gremial debe derivar de la falta de observación de los recaudos señalados en el dispositivo y tal circunstancia no aparece debidamente explicitada en la resolución N° 210 cuestionada en estos actuados.

Repárese que, como destaca el señor Representante del Ministerio Público, “el propio Ministerio de Trabajo de la Nación —aquí recurrente— fue el que llevó a cabo, en uso de las facultades que le confiere la ley 23.551, y a sabiendas que se habían tenido por presentadas diversas asociaciones sindicales, la correspondiente comprobación relativa a la eventual presencia de sindicatos superpuestos (descartando tal hipótesis en el informe técnico, ver fs. 1228 del expediente administrativo) y, respecto de tal verificación —en sí misma—, no aduce haber cometido errores; siquiera, cabe apuntar, en la queja que nos reúne”.

Dicho de otro modo, la falta de citación de los diversos sindicatos que se presentaron oponiéndose al otorgamiento de la personería carece de la relevancia que la resolución pretende otorgarle cuando el propio Ministerio había concluido que “conforme los registros de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, dentro del ámbito pretendido no existe ninguna entidad con personería gremial que agrupe específicamente al personal solicitado” (ver considerandos de la propia resolución N° 210 a fs. 1245 del noveno cuerpo del expediente administrativo) y dicho ente estatal —tal como destaca el señor Fiscal— no manifiesta error alguno en la comprobación que llevó a descartar la existencia de sindicatos con ámbitos superpuestos.

La posibilidad de revocar el otorgamiento de la personería gremial por parte de la autoridad administrativa, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico y del ordenamiento jurídico internacional en materia de libertad sindical,

Intervencionismo estatal vs. autonomía gremial. Las ponderaciones judiciales a la luz del principio de libertad sindical

Claudio Aquino ()*

SUMARIO: I. Antecedentes fácticos del caso.— II. Los aspectos más destacados de los fallos recaídos. El dictamen del Fiscal General. Temas clave analizados para decidir.— III. Las proyecciones del derecho administrativo en el ámbito laboral. La insoslayable e imperiosa conjugación entre los escenarios administrativos y los judiciales.— IV. Perfiles y contornos de la acción incoada.— V. El remedio que no se utilizó. La acción de lesividad.— VI. Conclusiones finales en el marco de las obligaciones fundamentales de los Estados miembros de la OIT.

I. Antecedentes fácticos del caso (**)

A modo de una breve reseña atinente a las circunstancias de hecho con efectos jurídicos desplegadas en la causa que aquí comentamos, cabe especialmente resaltar que el propio Ministerio de Trabajo nacional interpuso un recurso de apelación contra aquella sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo interpuesto por la organización sindical actora, toda vez que la cartera laboral dictara que la cartera laboral dictara la res. 210/2018 del 20 de diciembre de ese año, revocando la an-

terior res. 239/2018 del 29 de noviembre de la Secretaría de Gobierno, Trabajo y Empleo de la Nación, en virtud de la cual se le confirió la personería gremial al ente identificado como Asociación Gremial de Computación (AGC).

Resumidamente, en orden a su pretensión de sustentar la mencionada revocación de su propio acto administrativo anterior, el Ministerio expresó que la nueva resolución implicaba un análisis más profundo de la cuestión, siendo de su competencia ejercer facultades anulatorias administrativas.

Por otro lado, ataca la sentencia de la instancia inferior —que más adelante se detallará— y la cuestiona imputándole haber soslayado el principio presuncional de legitimidad y fuerza ejecutoria que campea en todo acto administrativo.

II. Los aspectos más destacados de los fallos recaídos. El dictamen del Fiscal General. Temas clave analizados para decidir

Como metodología de comienzo efectivo, en orden al análisis condensado de los pronunciamientos judiciales recaídos en la presente controversia, como lógicamente deviene imprescindible evocar las características gnoseológicas de la tan mentada personería gremial, habida cuenta de que dicha calidad institucional se edifica a manera de un eje medular del sistema de unidad promocionada que se desprende del elenco normativo vigente en la materia sindical conforme los lineamientos esenciales de la ley 23.551/88 y su dec. reglamentario 467 de igual año.

Precisamente y con el inequívoco apoyo enmarcado en el dictamen de la Fiscalía General ante la Cámara del Trabajo, evidente es que los perfiles de las instancias administrativas, con nítido reflejo en materia gremial, conllevan el principio de resguardo y respeto de la tutela sindical; y particularmente a partir del otorgamiento de una personería gremial, dados sus potentes alcances y efectos.

A su vez, todo ello bajo el inalienable resguardo de los presupuestos de bilateralidad y gestión del material probatorio, ineludiblemente sometido a la revisión judicial pertinente (conf. arts. 25, 28 y 62, Ley de Asociaciones Sindicales).

Precisamente, a tenor del pronunciamiento dictado en la primera instancia, se concluye en la inexistencia de vicios que pudieren implicar la nulidad del procedimiento administrativo que fuera llevado a cabo.

Menos aún, que pudieren haberse tipificado defectos de suficiente gravedad como para

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Asesor legal de pymes, obras sociales, y sindicatos. Docente de grado y posgrado titular de las cátedras de derecho del trabajo individual y colectivo y de la seguridad social en las universidades Católica de Salta, San Isidro, Facultad de Derecho UBA, y

UCES. Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Graduado en carrera docente por la Facultad de Derecho UBA. Subdirector del Área Académica del Colegio de Abogados de San Isidro. Vicepresidente del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho del Trabajo de Colegios de la

República Argentina. Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino.

(**) “Cuando el Comité pide a un gobierno que le facilite sentencias judiciales, tal solicitud no constituye en ningún caso un menoscabo de la integridad o la in-

dependencia del Poder Judicial. La esencia misma de la tramitación judicial es que los resultados sean conocidos y la confianza sobre su imparcialidad radica precisamente en ello” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT).

aparece —cuando menos— discutible, ya que el ejercicio de la facultad anulatoria que posee la administración —invocada como argumento de la decisión adoptada— estaría colisionando con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce en materia sindical.

Ello así en tanto “El art. 4º del convenio 87 de la OIT prescribe textualmente: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha interpretado que este artículo del convenio completa la protección relativa a la constitución y funcionamiento de las organizaciones brindando a estas una garantía contra toda disolución o suspensión arbitraria por vía administrativa”. “La misma Comisión ha advertido que ciertas medidas, que no pueden calificarse en sentido estricto de disolución o suspensión administrativa, plantean no obstante dificultades, porque acarrear efectos similares para las organizaciones en cuestión. Puede tratarse, por ejemplo, de la pérdida de ventajas esenciales en el ejercicio de sus actividades...” (ver “Derecho Colectivo del Trabajo”, Carlos Alberto Etala, ps. 143/144, Ed. Astrea).

Y, además, en lo que se refiere a la suspensión o cancelación de la personería gremial, de conformidad con el inc. 3 del art. 56 de la ley 23.551, el Ministerio de Trabajo solo está facultado para “peticionar en sede judicial” y en determinados supuestos.

Como señala el Dr. Etala, “Cabe poner de relieve que la ley vigente (...) veda al Ministerio de Trabajo disponer por sí la suspensión o cancelación de la personería gremial, debiendo efectuar estas peticiones judicialmente, lo que acrecienta de manera destacable las garantías otorgadas para la preservación de la autonomía sindical, como un modo de evitar la posibilidad de un ejercicio arbitra-

rio o abusivo de las facultades otorgadas a la Administración; que podrían poner en juego finalidades de sometimiento político o manipulación de las organizaciones de trabajadores. La solución legal coincide con las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT que había señalado que la cancelación del registro de una organización equivalía a su suspensión o disolución por vía administrativa y que la cancelación del registro de un sindicato solo debería ser posible por vía judicial” (ver obra antes citada, ps. 145/146).

En ese orden de ideas se ha pronunciado la Fiscalía General ante esta Cámara, como recuerda en su dictamen por el Dr. Domínguez, en el sentido de “que no corresponde que la autoridad administrativa revoque *per se* una personería preexistente que ha cobrado operatividad y (...) que la ley 23.551 —en resguardo de los principios de la libertad sindical— supedita la viabilidad de cancelaciones o afectaciones de personerías firmes al resultado de una demanda judicial autónoma de competencia originaria de esta Cámara, que debe tramitar por las disposiciones del proceso ordinario y con la debida participación de la asociación afectada (ver, entre otros, Dictamen Nº 31.446 del 19/04/2001 en autos “Sindicato Unidos Portuarios c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asoc. Sindicales”, etc.) o, en su caso —durante el plazo de impugnabilidad—, a las vías recursivas expresamente cumplidas en el art. 62 de la ley 23.551” (ver fs. 281 vta./282).

Aun dejando ello de lado, la magnitud de la decisión que la Cartera Ministerial adoptó a través de la Resolución Nº 210 que, bajo el argumento de un acto administrativo nulo, implicó la revocación de la personería gremial otorgada luego de un procedimiento administrativo —en términos del señor Fiscal— de “desmedida duración” exigía una profunda fundamentación y una detallada explicación

de las “razones de ilegitimidad” que la motivaron, máxime cuando no medió petición del interesado, y tal exigencia no aparece cumplida.

Esa insuficiencia se mantiene incluso en el memorial recursivo.

A lo dicho hasta aquí se agrega, como obstáculo para la adopción de la decisión administrativa cuestionada, la posibilidad de generación de derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en cuyo caso solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad, conforme el art. 17 de la ley 19.549. Como advirtió el Dr. Domínguez, “la resolución en cuestión fue inmediatamente registrada en el Sistema Integrado de Normativa Interna (ver fs. 1235); y recuérdese que la atribución administrativa antes mencionada se ve restringida en los supuestos en los que del acto viciado hubiesen nacido derechos subjetivos en cabeza de los particulares, caso en el cual la invalidación debe procurarse únicamente en sede judicial, ya sea por vía de acción (de lesividad) o, en su defecto, como reconvencción o defensa de fondo (ver, al respecto, CSJN, 23/04/1991 en autos “Furlotti Setien Hnos. SA c. Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos: 314:322; LA LEY, 1991-E, 238, Considerando 11º del Voto de la Mayoría)” (ver fs. 281 vta.).

Y “aun cuando no se hubiera notificado formalmente la resolución de fecha 29/11/2018, las constancias de la causa bien podrían denotar el oportuno conocimiento de aquella por parte de la interesada; circunstancia no menor si se repara en el límite que impone el art. 17 LNPA a la potestad de revocación que ostenta la administración respecto de sus propios actos. Nótese, incluso, que pese a la falta de publicidad, en los actuados administrativos se ha presentado la FAECYS ins-

tando la presentación recursiva deducida el 20/12/2019 (ver fs. 1252). Lo cual permite aseverar que, sea por la vía que fuere dicho acto administrativo trascendió o fue conocido”.

Por las razones expuestas, de prosperar mi voto, correspondería confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recursos y agravios.

En atención a la índole de la cuestión debatida y a las particularidades del caso, cabe imponer las costas en el orden causado (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y, con arreglo a lo establecido en el art. 30 ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada, sugiero que se regulen los honorarios por esas actuaciones en el 30%, respectivamente, de lo que les corresponda por lo actuado en la instancia anterior.

El doctor *Corach* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Piroló*, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Declarar las costas de la Alzada en el orden causado; 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada, por las actuaciones en Cámara, en el 30%, respectivamente, de lo que les corresponda por lo actuado en la instancia anterior; 4) Hacer saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la Ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Gregorio Corach. — Miguel A. Piroló.*

derivar en ineficacias insalvables que se encaminaren a la revocación justificada de los propios actos del poder administrador y bajo la exigencia de una fundamentación razonable.

En el punto no puede ni debe soslayarse que dicho pronunciamiento dio cuenta de un indubitado cotejo en el marco de un copioso expediente administrativo que tuviere desarrollo durante muchos años.

Por su lado, el dictamen de la Fiscalía ante el Superior dio cuenta detallada que AGC adjuntó a la causa toda la documentación idónea destinada a acreditar el espectro y continente de su ámbito personal, atendiendo a lo largo del tiempo a cualquier observación formulada en el seno administrativo.

Por añadidura, obtuvo un dictamen favorable desde la asesoría legal del Ministerio —naturalmente, órgano técnico de relevante decisión en la tipología que prima en esta materia— por el cual se consideraron satisfechos los alcances de las actividades comprendidas desde la representación del ente gremial, tales como las de operador, programador, analista, soportes técnicos, desarrollo de sistemas, centro de cómputos, y técnicos.

En cuanto al ámbito territorial, la representatividad abarca la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires.

Ambos ámbitos determinantes de la fisonomía organizativa de toda asociación profe-

sional de trabajadores, que fueron corroborados y avalados mediante puntuales dictámenes administrativos desde la asesoría técnica legal del Ministerio de Trabajo, especialmente los emitidos por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales (DNAS).

Consecuentemente, ambas sentencias decidieron, fundadamente, que la res. 210 revocatoria de su anterior 239 no exterioriza ni visibiliza motivaciones nulificadoras del otorgamiento de una personería gremial conferida al accionante, conforme pautas medulares previstas por el art. 25, LAS. La conclusión palmaria consiste en la carencia total de causas como para la revocación dictada en un plazo menor a un mes con respecto al otorgamiento inmediato anterior.

El mismo Ministerio de Trabajo llevó a cabo, en uso de sus facultades legales y teniendo en cuenta presentaciones efectuadas por otras organizaciones sindicales, un procedimiento que permitiera comprobar la más absoluta ausencia de superposiciones entre entes gremiales, extremo que deviene excluyente de todo vicio o error invalidantes de una normal operatoria de verificación, tal como lo dispone la normativa imperante en la materia y tópico en cuestión.

A su vez, otro tema clave suscitado en el conflicto, y que fuera especialmente ponderado por el Poder Judicial, radica en que la falta de citación de otros sindicatos que se presentaron oponiéndose al otorgamiento de la personería gremial no tuvo relevancia real y efectiva por cuanto —se reitera— fue el propio Ministerio el que concluyó que, conforme los registros de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, dentro de aquellos ámbitos ya mencionados, no existe entidad alguna con personería gremial que agrupe específicamente al universo de traba-

jadores concernido. Amén de ello, la propia cartera laboral no manifiesta error alguno en la verificación realizada y que —se insiste— pudiere derivar en la tipificación fáctica de escenarios superpuestos dentro de una misma actividad y en orden a legitimar contornos representativos.

Desde luego que proceder a la revocación de una personería gremial ya otorgada sin contar con fundamentos debida y cabalmente explicitados, y con arreglo a extremos fácticos corroborados, nos conducen a profundas afectaciones al principio universal de la libertad sindical, reconocido por las fuentes internacionales con palmario derrame en nuestro ordenamiento jurídico nacional (conf. art. 4º, Convenio 87/48 OIT); normativa nuclear que se compadece con las pautas limitativas y de restricción conectadas con facultades para la disolución o suspensión de un sindicato por la vía administrativa (conf. art. 56 LAS).

No puede ni debe olvidarse en este acápite que la OIT tiene declarado y sostenido que las medidas de suspensión o disolución por parte de la autoridad administrativa constituyen graves violaciones de los principios de la libertad sindical y que esos decisorios solo pueden producirse ante casos de extrema gravedad.

Desde luego, un acto administrativo ministerial que pretenda revocar su anterior privando, nada menos, al ente de representación por excelencia de una personería gremial, se enmarca en un equivalente a los supuestos suspensivos y/o disolutorios desde la unilateralidad del poder competente.

Tampoco es dable soslayar que el Comité de Libertad Sindical considera que toda disolución de organizaciones sindicales es una medida que solo puede producirse en casos de gravedad extrema y que sea consecuencia

de pronunciamientos judiciales que garanticen plenamente los derechos de defensa.

Claro es, entonces, que las medidas administrativas que traccionan efectos suspensivos y/o disolutorios que mortifiquen derechos y garantías constitucionales entrañan inequívocos quebrantamientos a los principios de libertad sindical y los derechos de asociación con negociación colectiva, tal como surge de los Convenios OIT 87/48 y 98/49.

III. Las proyecciones del derecho administrativo en el ámbito laboral. La insoslayable e imperiosa conjugación entre los escenarios administrativos y los judiciales

A tenor de lo hasta aquí discurrido, las decisiones de ambas instancias judiciales, han determinado la carencia de legitimidad de la res. 210/2018.

Es dable invocar aquí que la presunción de legitimidad de un acto administrativo impone a los particulares la carga de impugnar aquella decisión que los agravia, a la vez que dicha presunción jamás puede implicar una alteración de las reglas relativas a las cargas probatorias en el curso del proceso (art. 12, ley 19.549/72).

Consecuentemente, cuando nos hallamos en presencia de actos administrativos nulos porque adolecen de vicios patentes, con manifiesta ilegalidad y que revelan explícita arbitrariedad, el resorte expeditivo resulta ser la acción de amparo (art. 43, CN) (1).

En lo concerniente a los visos de legalidad y razonabilidad que se edifican pacíficamente a modo de condiciones esenciales de todo acto administrativo, aparece el postulado del art. 7º, inc. F), de la Ley Nacional de Procedi-

{ NOTAS }

(1) El paradigma institucional con nítido efecto pre-toriano fue proclamado por la CS, *in re* “Pustelnik”, 293:133.

mientos Administrativos (LNPA), por el cual la proporcionalidad adviene como elemento indispensable que debe atender a la tutela del objetivo público y social que declara la normativa; constituyendo un criterio cardinal para mensurar si el acto es apto para satisfacer con el menor sacrificio de intereses concurrentes el fin prefijado por la norma (2).

Por añadidura, la norma inserta en el art. 3º de la LNPA impone la precisión del objeto en el acto administrativo, habida cuenta que los funcionarios no gozan de facultades discrecionales como para determinar cuándo un acto no es acorde a dispositivos constitucionales o legales, toda vez que, en este ámbito, la instancia judicial reviste atribuciones intransferibles.

El art. 9º especifica que la administración debe abstenerse de comportamientos materiales que importen vías de hecho lesivas de un derecho o garantía constitucional; como en el caso que comentamos donde la libertad sindical es un eminente derecho resguardado por valores de libertad y democracia (conf. art. 14 bis, CN).

En cuanto a lo que disponen los arts. 17 y 18 del cuerpo legal al que venimos aludiendo, las posibilidades y condiciones para la revocación de un *acto regular del cual ya se hubieren desprendido derechos subjetivos a favor del administrado* deviene de alcance imperiosamente restrictivo y —se reitera— solo puede nulificarse en el ámbito judicial a través de la mirada exhaustiva y pormenorizada de los señores jueces competentes.

Naturalmente que la autoridad laboral ejerce facultades de control y regulación asignadas por ley, pero jamás ello puede obstaculizar o enervar la competencia revisora desde la jurisdicción judicial (3).

De esa premisa se deriva la trascendencia de articulación entre los estamentos administrativos y judiciales, bajo lineamientos armónicos y protectorios, insistiendo en que es la justicia la que, en definitiva, reviste la función constitucional y social de aplicar e interpretar el derecho en el marco de cada conflicto en particular.

Una iluminación histórica enmarcada en este sendero social y jurídico nos viene dado por intermedio del célebre fallo de nuestro supremo tribunal de justicia en caso “Berçaix” del año 1974, consagratorio del principio de bienestar general que brinda elocuencia al paradigma del *in dubio pro justitia socialis*.

En definitiva, la pauta conductual eminente que prima en esta tipología de cuestiones conduce a una necesaria restricción de las potestades administrativas en lo tocante a sus visos jurisdiccionales, sobremanera cuando la protección sindical se enlaza con los principios de libertad y democracia republicana siendo el valor de la prudencia una capacidad de pensar y concluir de cara a los acontecimientos y actividades, interpelando acerca de la mensura sobre los posibles riesgos que ciertas conductas —en el caso, actos administrativos— pueden encaminarse hacia serios daños (postulado icónico del art. 1710, Cód. Civ. y Com. imponiendo la evitación de los perjuicios).

IV. Perfiles y contornos de la acción incoada

En este acápite deviene oportuno consignar que la entidad sindical actora interpuso una demanda de amparo enmarcada norma-

tivamente en el art. 47 de la ley 23.551, solicitando una medida cautelar especialmente destinada a que se ordene la publicación oficial de la res. 239/2018 que le confiriera la personería jurídica gremial.

A través de dicha vía se petitionó la nulidad absoluta e insana de la posterior res. 210 por arbitraria e ilegítima.

En el contexto de su escrito inicial AGC destacó —en nuestra opinión, con eficacia y eficiencia— aquellos nítidos límites que refieren a los aspectos distributivos de las incumbencias y competencias dentro del mismo ámbito de la administración pública.

Ello por cuanto la res. 239 fue dictada por la Secretaría de Gobierno de Trabajo y Empleo, mientras que la res. 210 fue proclamada por el Ministerio de Producción y Trabajo.

En dicho contexto la accionante puso de resalto que la competencia de un órgano inferior responde en función y razón de un escenario nutrido del plexo de idoneidades transidas por la especificidad; ello significa entender y resolver aplicaciones normativas conectadas con la existencia y funcionamiento de las asociaciones profesionales de trabajadores (así reza funcionalmente en el dec. 802/2018).

Por su lado, la competencia del ex Ministerio de Producción y Trabajo (marco del dec. 801/2018) no atribuye facultades revocatorias en los términos y bajo los pretendidos efectos enderezados a la revocación de la res. 239/2018.

En el epicentro de esta distribución competencial atravesada por la especialidad, aparece la ausencia de un rasgo de “autoridad competente” (conf. arts. 7º, inc. A, y 14, inc. B, LNPA).

En tal sentido operan los atributos competenciales que concentran aspectos de centralización, desconcentración (atribución a órganos inferiores), y descentralización.

En el caso, la competencia específica perteneció al órgano inferior, no retornable al superior mientras que la revocación no puede ser enlazada —dada la trascendencia de una personería jurídica gremial— con simples razones de mérito, oportunidad o conveniencia, sino de una exclusiva atención a la legitimidad del acto (4).

Desde otro ángulo, a los fines de la valoración del caso, es procedente recordar que —atento a las circunstancias antes descriptas— no se tipifica la aplicabilidad del proceso de cotejo y desplazamiento sindical tal cual es normado por los arts. 25 y 28, LAS, pues los antecedentes y dictámenes técnicos colectados en la causa no revelan la existencia de entidades con personería gremial superpuestas, extremo que no surge del pertinente registro de asociaciones sindicales.

A su vez, tampoco deviene aplicable la norma inserta en el art. 59 de la ley 23.551, toda vez que refiere a una controversia intersindical entre entidades que ya cuentan con la personería gremial.

V. El remedio que no se utilizó. La acción de lesividad

En el marco del excelente dictamen emanado de la Fiscalía General ante el superior se menciona a la acción de lesividad con apoyo en el fallo de la Corte Suprema, del

23/04/1991, “Furlotti Setien Hnos. c. Instituto Nacional de Vitivinicultura” (314:322).

A propósito de dicho cauce de acción, cabe recordar que la acción de lesividad —elemento y herramienta esencial abordada desde las incumbencias propias del derecho administrativo— se halla pensada y elaborada a los fines de impedirle a la administración la revocación de sus propios actos decisorios y firmes, consentidos y con generación y derrame sobre derechos subjetivos plenamente operativos y de indispensable funcionalidad. Tal lo acontecido y recopilado en las presentes actuaciones.

En ese contexto los fallos de ambas instancias, con más el dictamen fiscal, dan cuenta de una justa y equitativa solución en pos de la preservación del principio de libertad sindical atendiendo a los legítimos derechos e intereses de un colectivo de trabajadores en el marco de una actividad comunitaria trascendental.

Luego, es la administración la que debe acreditar en cada caso la existencia inaceptable de vicios de ilegalidad en el seno de un acto, tanto en su génesis cuanto en las consecuencias que de allí se desprenden.

“El derecho administrativo es el derecho constitucional concretizado” (5).

Indiscutiblemente la acción de lesividad es piedra angular dirigida a tutelar los derechos de los administrados, resguardando los niveles jerárquicos de las fuentes constitucionales enriquecidas por el *ius cogens* internacional.

Por ende, cuando el acto administrativo —tal como aconteciera en el caso— ya produjo efectos en favor de particulares, se aplica la segunda parte del art. 17 de la ley 19.549/72, impetrando la intervención de la justicia competente para brindar solución acorde y final.

En una acción de esta naturaleza, la administración asume el rol de parte actora con la finalidad de que se declare la anulación de un acto propio, ya sea por acción, excepción o reconvencción y, precisamente, es lo que la cartera laboral omitió hacer.

El otorgamiento de una personería gremial ostenta una envergadura de relevancia tal que amerita la adquisición, uso y goce de derechos subjetivos individuales y colectivos de los trabajadores agrupados por actividad, profesión, oficio o categoría laboral; y, por lo tanto, ese cúmulo adquirido de potestades y generación de prestaciones gestionales conforma indispensables límites a la autorevocación, pues a mayor jerarquía de derechos, mayor será la restricción y la optimización analítica en otra instancia independiente e imparcial (ícono de la justicia competente con custodia del derecho de propiedad art. 17, CN).

Finalmente la revocación por sí intrínsecamente debe ser compatibilizada bajo el manto de la excepcionalidad y la restrictividad, siempre con la habilitación del contralor judicial como poder eminente y central de la forma republicana de gobierno y un cabal estado de derecho.

Los actos administrativos que hubieren revestido contornos de ejecutoriedad estable no son susceptibles de auto-revocación o autoanulación en detrimento de los interesados.

Así, las consecuencias ya operadas a partir de la res. 239/2018 consolidaron efectos estables derramando nítidas prerrogativas y beneficios para la actora, extremo que solamente puede ser mutado por una decisión judicial canalizada, en su caso, por la misma administración pública; y recorriendo —insistimos— el proceso de lesividad.

VI. Conclusiones finales en el marco de las obligaciones fundamentales de los Estados miembros de la OIT

Tal como lo predica para los tiempos Robert Alexy en su “Teoría de los derechos humanos fundamentales” (6), de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania, las normas que dan cobijo a los derechos fundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino que representan al mismo tiempo *un orden valorativo objetivo*, que en tanto decisión básica del derecho constitucional, *es válida para todos los ámbitos del derecho*, edificando directrices e impulsos para la legislación, la Administración y la jurisdicción (7).

El tripartismo que caracteriza la impronta institucional y los perfiles gestionales universales que nutren a toda la actividad normativa emanada de la OIT se conecta directamente con el concierto de obligaciones fundamentales de los Estados miembros en materia de derechos humanos y de derechos sindicales.

Es así entonces que el Comité de Libertad Sindical como órgano de contralor eminente de la OIT viene sosteniendo postulados de inexcusable aplicación y hermenéutica con inserción en los ordenamientos jurídicos vernáculos.

Por ende, cuando un Estado decide ser miembro de la OIT, acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, incluidos los relativos a la libertad sindical; todo gobierno está obligado a respetar plenamente los compromisos asumidos derivados de la ratificación de convenios de la OIT (en nuestro caso, Convenios 87 y 98).

Dicha principiología resulta indispensable para el desarrollo de organizaciones sindicales libres, democráticas e independientes, tal como lo postula el art. 14 bis de nuestra ley fundamental, mientras que las atribuciones que nuestro modelo de personería gremial le confiere al ente representativo en materia de negociación colectiva construye un entramado social donde el sujeto sindical debe colaborar con un gobierno con miras de afrontar problemas económicos y sociales.

El mismo Comité ha considerado que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales.

Evocando aquí el icónico fallo “Marbury c. Madison” de la Corte Suprema de Estados Unidos del año 1803, el célebre voto del Juez Marshall explicita que la razón de ser del control judicial, la real competencia orgánica para efectivizarlo y los tópicos susceptibles de esa misión, no pueden ni deben guardar lejanía con la “creencia del pueblo”, es decir, la procuración de su felicidad destacando la soberanía que es la forma republicana de gobierno (conf. art. 33, CN, derechos implícitos).

Cita on line: AR/DOC/2248/2020

{ NOTAS }

(2) Esta temática ha sido desarrollada por MERTEHIKIAN, Eduardo, “Implicancias de la presunción de legitimidad y el proceso administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, agosto de 2010.

(3) Tamaña conclusión es explicitada por AMBESI,

Leonardo, en SIMÓN, Julio C. (dir.), *Tratado de derecho colectivo*, Ed. La Ley, t. I, ps. 797 y ss.

(4) El análisis profundo del tópico luce en GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As.,

1ª ed., t. 9, Sección II, Cap. V.

(5) La célebre frase pertenece a quien fuera presidente del tribunal constitucional alemán Fritz Werner citado por ABERASTURY, Pedro, “La acción de lesividad”, RDA 2017-III, 295, Thomson Reuters, 06/06/2017.

(6) ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos humanos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

(7) Cita en ARESE, César, “Derechos humanos laborales”, Rubinzal-Culzoni Edit., 2014, p. 32.



JURISPRUDENCIA

Recurso extraordinario

Traslado del recurso. Sustanciación necesaria. Quiebra. Causa que compromete los recursos públicos.

1.- El recurso extraordinario interpuesto por la AFIP en la causa fue concedido sin haber dado adecuado cumplimiento al trámite establecido en el art. 257, Cód. Proc. Civ. y Com, respecto del síndico y la concursada, sin que los motivos expresados por la secretaría judicial del Superior Tribunal local constituyan una razón válida para prescindir de la sustanciación mediante el mecanismo allí prescripto. Esta omisión reviste trascendencia habida cuenta de los deberes indelegables de la sindicatura, el rol y los intereses por cuya defensa actúa en el concurso preventivo y la quiebra; y, por lo tanto, corresponde dejar sin efecto la decisión y devolver los autos al tribunal de origen, a fin de que proceda a dar cumplimiento a la sustanciación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

2.- El traslado del recurso extraordinario federal que dispone el art. 257, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com., tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa; y la sustanciación es, asimismo, condición necesaria de validez de todo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los planteos introducidos en él. Por tal motivo, la norma establece que la notificación a las partes interesadas deba efectuarse personalmente o por cédula, es decir, determina un mecanismo fehaciente de notificación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

CS, 02/07/2020. - A.F.I.P. - D.G.I s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en autos: exp.te. n°1049/2001 bis 6/2008 A.F.I.P - D.G.I. c/ Alpha Metal S.A. s/ Incidente de revisión.

[Cita on line: AR/JUR/21712/2020]

Dictamen del Procurador Fiscal

El traslado del recurso extraordinario federal que dispone el artículo 257, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa (art. 18, Constitución Nacional; Fallos: 328:1141, “Martínez Vergara”; 341:413, “Yan”, y sus citas; entre muchos otros). La sustanciación es, asimismo, condición necesaria de validez de todo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los planteos introducidos en el recurso extraordinario (Fallos: 327:296, “Moliné O’Connor”, y su cita). Por tal motivo, el citado artículo 257 establece que la notificación a las partes interesadas deba efectuarse personalmente o por cédula, es decir, determina un mecanismo fehaciente de notificación.

En el presente caso la AFIP interpuso recurso extraordinario federal (fs. 486/500) contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones (fs. 480/482) que declaró inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de la ley (fs. 458/465). El recurso extraordinario fue concedido por

el tribunal *a quo* (fs. 518/522) sin haber dado adecuado cumplimiento al trámite establecido en la norma procesal nacional.

En efecto advierto que la notificación al síndico y a la concursada no fue cumplida en el modo que establece el artículo 257 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, sin que los motivos expresados por la secretaría judicial del Superior Tribunal local (fs. 503) constituyan una razón válida para prescindir de la sustanciación mediante el mecanismo allí prescripto. Destaco, además, que esta omisión reviste trascendencia habida cuenta de los deberes indelegables de la sindicatura, el rol y los intereses por cuya defensa actúa en el concurso preventivo y la quiebra (cf. arts. 252, 254, 255, ley 24.522, entre otros).

En razón de lo expuesto, entiendo que corresponde dejar sin efecto la decisión de fojas 518/522 que concedió el remedio federal presentado por la incidentista y devolver los autos al tribunal de origen, a fin de que proceda a dar cumplimiento a la sustanciación en los términos y modo que prescribe el artículo 257 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Buenos Aires, noviembre 7 de 2018. — *Víctor Abramovich*.

Buenos Aires, julio 2 de 2020.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir, por razones 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 dictaminado por el señor Procurador Fiscal, dejar sin efecto el auto de concesión de fs. 518/522. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se sustancie el recurso extraordinario federal deducido por la incidentista y, oportunamente, por quien corresponda, se resuelva su admisibilidad, de acuerdo a lo establecido por el art. 257 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Notifíquese y devuélvanse. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Protección de las personas con discapacidad en pandemia

Orden cautelar de reingreso a una institución de una joven de 23 años que padece encefalopatía crónica. Necesidad de ingesta de medicamentos y de actividad terapéutica.

La medida cautelar que dispuso el reingreso de una joven de 23 años que padece encefalopatía crónica no evolutiva a una institución bajo la modalidad de “hogar” permanente hasta una vez finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por la pandemia de COVID-19 debe confirmarse, ello ponderan-

do especialmente las dificultades de salud por las que atravesaría la madre de la joven, la necesidad de medicación y la falta de acción terapéutica. La decisión adoptada es la que mejor protege y preserva la salud psicofísica de la joven, para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por tal motivo.

CNCiv., sala I, 13/07/2020. - C. Á., S. L. M. s/ Art. 250 C.P.C - Incidente familia.

[Cita on line: AR/JUR/23694/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 13 de 2020.

Considerando: I. Las presentes actuaciones fueron elevadas a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la madre de S.L.M.C.Á., contra lo decidido en la instancia de grado en cuanto se la intimó a reingresar en el plazo de 48 horas a la joven a la Institución CEREP, debiendo a su vez enviar toda su medicación y enseres personales, estableciéndose que allí deberá permanecer hasta una vez finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto mediante el decreto 297/2020 y prorrogado en último término por DNU 520/2020, bajo apercibimiento de disponer medidas tendientes de resguardo.

Los reparos de la apelante se dirigen a cuestionar no solo la intimación efectuada sino también la orden de que S. permanezca en la Institución hasta una vez finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio

II. Ante todo debe destacarse que de la visualización de las actuaciones principales a través del sistema Lex 100 surge que el 30 de junio de 2020 CEREP informó al Juzgado de grado que S. ingresó a esa Institución el 26 de junio de 2020, en horas de la tarde, acompañada por su madre, a quien se le entregó nota en la cual figuraba modalidad de visitas y atención durante la cuarentena.

III. Lo primero que cabe señalar es que se trata de una joven de 23 años que padece encefalopatía crónica no evolutiva y que se encuentra en la institución bajo la modalidad de Hogar Permanente con CET. Su madre, aquí apelante, C.V.A. fue designada su curadora el 7 de abril del 2017.

En la especie se encuentran agregados los informes provenientes de CEREP SRL, (fs. 1, 5, 13, 21) que dan cuenta de las distintas vicisitudes que presenta el caso.

Al momento de iniciarse la cuarentena en el mes de marzo la joven fue retirada por su progenitora; y el seguimiento telefónico del caso no arrojó datos de relevancia.

Los inconvenientes denunciados habrían ocurrido durante el mes de abril oportunidad en la que una tía denunció en la institución que mantenía cierta preocupación por los cuidados brindados a la causante en el domicilio donde reside. Incluso alegó —al igual que otra tía— que observó falta de rutina, dificultades en la toma de medicación y problemas de la madre para aceptar la ayuda del círculo familiar.

Se dejó constancia que desde la institución se intentó abordar el tema sin lograr resultados positivos. Que el día 11/05/2020 la madre se habría comunicado con el CEREP para informar que se haría presente y dejaría unos días a su hija alojada allí, debido a que tenía que efectuarse exámenes médicos (trasplan-

te hepático). En esa ocasión se le informó que para el ingreso debía cumplir con ciertos requisitos, como por ejemplo la cantidad de días que tenía que permanecer en el centro para luego ser retirada. Se indicó que la madre se mostró reticente y sin comprender la gravedad del contexto y el riesgo que se corre de circular por la vía pública. Ese mismo día, tal lo había anticipado, se presentó con su hija en horarios del mediodía junto con un bolso de ropa y sin la medicación. Expresó que era el padre quien se encargaba de los medicamentos y que ella no tiene contacto con él. Se comunicaron con este para la entrega de los medicamentos, los que acompañó dos días después. El padre no mantiene contacto con la joven.

Posteriormente el 18 de mayo de 2020 la progenitora la retiró de la institución para continuar con la cuarentena en su hogar y se evidenció que la madre presentaba problemas de salud, en su cadera. En los sucesivos llamados, desde las distintas áreas profesionales de la institución, no se observó riesgo, sin embargo su progenitora relató que salía con la joven para la compra de productos esenciales. Ella se encuentra exceptuada de realizar sus tareas laborales por ser persona de riesgo. Se dejó constancia que los profesionales terapéuticos no lograron tener contacto con la causante por video-llamada, que tampoco pudieron enviarle actividades, pues la apelante no cuenta con celular, lo que impide la utilización de las diferentes plataformas. Refieren que se trabajó durante ese período para que la madre comprenda los riesgos en los traslados/cuidados que debe adoptar respecto de su hija y se le recomendó la inclusión de S. en la institución durante la pandemia, teniendo en cuenta los problemas de salud de la primera.

Se recomendó que el dispositivo de *hogar* sería el más favorable para el cuidado de la salud de la causante en situación de pandemia, pues tendría un ámbito con rutinas, con la ingesta de medicación y alimentación. Sin perjuicio de la recomendación efectuada también se destacó que debería tenerse en cuenta que la decisión de separar a S. de su hogar podría desestabilizar a la madre, ya que esta, como se dijo en párrafos anteriores, también presenta problemas de salud, y que sería riesgoso que S. permanezca bajo su cuidado las 24 hs. del día los siete días de la semana.

En base a tales antecedentes, el Sr. Defensor Público de Menores de la instancia de grado propició que se intimara a la progenitora a reintegrar a S. al citado centro, en el término de 48 hs., bajo apercibimiento de ley.

Dicho pedido fue admitido por la sentenciaste y fue así como intimó a la madre que reingrese en el plazo de 48 hs. a la joven S.L.M.C.A. a la Institución CEREP SRL, debiendo a su vez enviar toda su medicación y enseres personales, bajo apercibimiento de disponer medidas tendientes al resguardo de la joven.

Al mismo tiempo ordenó como medida de resguardo integral que la joven permanezca allí hasta una vez finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio.

No caben dudas del difícil contexto que se presenta a partir de la emergencia pública en materia sanitaria declarada por el decreto 260/2020 y el posterior aislamiento social, preventivo y obligatorio instaurado por el decreto 297/2020 y prorrogado en último término por DNU 520/2020.

Este colegiado no permanece indiferente frente a las alegaciones de la madre, pero en virtud de las especiales circunstancias que arroja el caso concreto, se comparte la

decisión de adoptar medidas de protección, a modo cautelar y por tanto con la provisoriedad que estas poseen.

La propia apelante expresó que a fs. 270 del expediente principal surge el informe de fecha 21 de agosto de 2019, por medio del cual la institución CEREP SRL, por medio de la Lic. M. E. R., informó al trabajador social del Juzgado que el tratamiento que recibe la joven es bajo la modalidad de *hogar*, y que concurre de lunes a viernes de 9 a 16 hs. y que duerme en la casa de la madre.

Sin duda que, en el escenario de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, la concurrencia de S. a la institución de lunes a viernes sin pernoctar allí importa un riesgo importante, tal vez no lo fue durante los meses de marzo y abril, pero sí en la actualidad.

La institución al principio realizó un seguimiento telefónico de la situación de la joven, pero luego se pusieron de relieve las dificultades para poder tomar contacto con ella y los obstáculos para enviarle tareas.

Con relación a lo que habría manifestado una tía de S. respecto a la falta de rutina o toma de medicación, podría tener un valor relativo si no fuera por el hecho que se constató que al ingresar la nombrada para permanecer unos días en la institución, concurrió sin la medicación que hubo que reclamarle al padre.

A esta altura debe destacarse que la discapacidad asume un sentido multidimensional referido a la interacción de la persona y su entorno físico y social, o entre las características de salud y los factores contextuales. Es un fenómeno social que requiere básicamente la consideración de la integración de la persona en el contexto social. Y para ello se requiere el respeto integral de la persona y ello a fin de superar las vallas que se oponen a ese proceso de integración. La ofensa mantendrá conexiones con los variados obstáculos que incidirán sobre sus derechos personales, los que a su vez estarán muchas veces vinculados a la posibilidad de alcanzar una vida independiente y en plena igualdad, posibilitando un entorno familiar y social adecuado (Valente, Luis Alberto, “Derechos personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Cita Online: AR/DOC/3852/2014).

En nuestro ordenamiento los Derechos Humanos forman parte de un derecho positivo supranacional, algunos consagrados por documentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN) y otros aprobados por ley interna, formando parte del ordenamiento jurídico nacional.

Cabe destacar de forma particular que el 13 de diciembre de 2006, la Organización de Naciones Unidas promulgó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Este documento entró en vigor en mayo de 2008 e introdujo una nueva perspectiva en el modo de abordar la discapacidad (Naciones Unidas, 2006); pues establece el derecho a una vida independiente, en igualdad de condiciones con respecto a los demás, adecuándose el entorno a su situación y debiéndose tener en cuenta sus necesidades (conf. art. 19 y conchs. de la Convención aprobada por Ley 26.378).

Por último, el nuevo Cód. Civ. y Comercial recuerda que la interpretación de éste debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos (arts. 1º y 2º del Cód. Civil y Comercial).

Dicho temperamento encuentra su fundamento a su vez en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”; en los arts. 34, 1710 y cc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, como medida cautelar y dado su grado de provisoriedad.

En consecuencia, y por lo hasta aquí apuntado, sin perjuicio de lo que pueda decidirse en el marco de las actuaciones principales, de conformidad con lo dictaminado el Ministerio Público Tutelar, se resuelve: Desestimar la vía recursiva escogida y confirmar la decisión apelada. Con costas de alzada por su orden. Regístrese, notifíquese a las partes y a la Defensora de Menores de Cámara, y devuélvase. El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La doctora Patricia E. Castro no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 23 del Régimen de Licencias). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/2013 y 24/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.

Rendición de cuentas en pandemia

Procedencia de la habilitación de feria para reanudar los plazos procesales. Imposibilidad fáctica de cumplir invocada por la demandada. Sentencia firme que condena a rendir cuentas. Ampliación de plazo.

La habilitación de la feria judicial destinada a reanudar los plazos procesales para que la demandada cumpla con la rendición de cuentas a la que fue condenada mediante sentencia firme debe confirmarse, pues la continuación del trámite fue dispuesta dentro del marco de la actual legislación y ello no fue debidamente rebatido por el ejecutado, quien se limitó a resaltar su imposibilidad de cumplir con la condena, basándose en cuestiones generales y sin puntualizar una imposibilidad real. Atendiendo las particulares circunstancias en que se dicta el presente y en las que se deben rendir las cuentas y la posibilidad de que cierta documentación deba ser traída del exterior, se agregarán diez días al plazo ya fijado a fin de cumplir la condena.

CNCom., sala B, 13/07/2020. - Potencia S.R.L. c. Autotrol S.A.C.I.A.F. E I. s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/23698/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 13 de 2020.

Vistos: 1. Apeló subsidiariamente la demandada la resolución de fecha 26/05/2020 mediante la cual el Sr. Juez *a quo* habilitó la feria judicial a fin de reanudar los plazos procesales para que cumpla con la rendición de cuentas a la que fue condenada mediante sentencia firme.

Sus fundamentos radican en que, además de no tener posibilidad fáctica de rendir cuentas en la forma establecida en la sentencia, pues incurriría en infracción a las medidas de aislamiento que son de público conocimiento, no se dan los supuestos para habilitar la feria decretada.

La pretensa ejecutante respondió el traslado de los fundamentos el 08/06/2020 e impetró el rechazo del recurso por los motivos que allí lucen y a los que este pronunciamiento remite.

2. Sin perjuicio de la dudosa apelabilidad de la decisión en virtud de lo normado por el cpr. 153, atento lo extremadamente excepcional de la situación imperante y los motivos de la feria sanitaria decretada por la CSJN, lo cierto es que el recurso será tratado; y rechazado.

3. Es que la habilitación de feria dispuesta en autos fue correcta en tanto encuadra dentro de la normativa dictada tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por esta Excm. Cámara.

Véase que el Alto Tribunal dictó en la Ac. 14/2020 como Anexo I el “Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria”; y dispuso que los tribunales que tengan a su cargo la superintendencia de cada fuero o jurisdicción podrían ampliar las materias a ser consideradas durante esta feria extraordinaria, entre otros, al siguiente supuesto: “Habilitación de oficio para el dictado de sentencias: El juez natural de la causa podrá evaluar y disponer en forma remota la habilitación de la feria para el dictado de sentencias definitivas e interlocutorias en aquellos expedientes que se encuentren en condiciones de ser resueltos, aun cuando no se refieran a las materias enunciadas precedentemente. En este supuesto, la habilitación del acto abarcará también su posterior notificación electrónica, pero los plazos procesales se mantendrán suspendidos”. Y continúa: “notificada la sentencia dictada, las partes podrán pedir habilitación especial para continuar el trámite,

de forma fundada, y el magistrado resolverá sobre su procedencia o no” (punto IV. 3).

La Sala de Feria del Fuero lo reiteró en el considerando V. Ac. Ext. CNCom., del 12/05/2020 y específicamente el 19/04/2020 por Ac Ext. de este Tribunal se dispuso que “los procesos iniciados antes de la feria extraordinaria podrán continuar su tramitación, si así fuera decidido por los jueces naturales de conformidad con el trabajo remoto, y solo en relación a actuaciones que estén íntegramente digitalizadas, con estricto resguardo del derecho de defensa” (punto 2.b).

Es decir, la continuación del trámite fue dispuesta dentro del marco de la actual legislación y ello no fue debidamente rebatido por el ejecutado.

Esto último, pues Autotrol SACIAF se limitó a resaltar su imposibilidad de cumplir con la condena, mas basándose en cuestiones generales y sin puntualizar una imposibilidad real.

Véase que ya en febrero de este año cuando las abajo firmantes sentenciamos la causa, señalamos que en tanto la accionada admitió previamente su obligación a rendir cuentas, resulta esperable que el ahora recurrente hubiera comenzado a preparar las cuentas con anterioridad a ese decisorio (del mes de febrero próximo pasado y sin pandemia de por medio), y la totalidad de la documentación necesaria debería estar ya en su poder o en la sede de su controlada en Uruguay; señalando asimismo que obran en el expediente los informes relativos al proyecto ferroviario necesarios para realizarla, sin perjuicio de la obligación del demandado de acompañar toda otra documentación relevante.

Por ello el recurso será rechazado, sin perjuicio de lo cual y atendiendo a las particulares circunstancias en que se dicta el presente y en las que se deben rendir las cuentas y la posibilidad de que cierta documentación deba ser traída del exterior, se agregarán 10 (diez) días al plazo ya fijado a fin de cumplir la condena.

Como corolario de lo expuesto, se desestima el recurso interpuesto por la accionada, en los términos antes descriptos, y con la ampliación del plazo fijado precedentemente. Con costas en el orden causado, atento las particulares circunstancias en que se dicta la presente (cpr. 68). Notifíquese por Secretaría del Tribunal, conforme Acordadas Nº 31/2011 y 38/2013 CSJN. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada 15/2013 CSJN. Firman las suscriptas por encontrarse vacante la vocalía Nº 5 (conf. art. 109 RJN). — Matilde E. Ballerini. — María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.



EDICTOS

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 2, Secretaría Única del Departamento Judicial de Mercedes, Bs. As., sito en Calle 27, Nº 600, PB, de Mercedes, Bs. As., cita a herederos de JULIA CATALINA COLOMBO Y CASTELLI DE DON-

DENA por diez días para que contesten la demanda entablada en autos caratulados “MARIO PEREZ Y OTRA C/COLOMBO Y CASTELLI DE DONDENA, JULIA CATALINA S/USUCAPIÓN”, bajo apercibimiento de designarle Defensor de Ausentes. El

presente debe publicarse por diez días en el Boletín Judicial y “LA LEY” de la C.A.B.A.
Mercedes, 28 de noviembre de 2018
María Cecilia Vita, sec.
LA LEY: I. 24/07/20 V. 06/08/20



¿El art. 14 bis de la Constitución Nacional alcanza a los abogados?

A PROPÓSITO DE LA NUEVA LEY 9131 DE MENDOZA QUE NO ESTABLECE HONORARIOS MÍNIMOS PARA MONTOS MÍNIMOS

Olga Castillejo (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Aterricemos el tema.— III. Absoluta desproporción con los gastos del juicio.— IV. ¿A quiénes perjudica, que no haya mínimos?— V. ¿Qué ocurre en otras leyes de honorarios?— VI. Sin embargo, hay mínimos dentro de la ley 9131 para casos especiales.— VII. Otras leyes de Mendoza establecen honorarios mínimos para distintos casos.— VIII. El extraño caso de los honorarios de abogados en créditos tributarios.— IX. Sentido y fundamento de los “mínimos”.— X. Una respuesta al problema.

I. Introducción

Siempre he pensado que si hay un refrán que difícilmente tenga excepciones es “En casa de herrero, cuchillo de palo”. En la casa de un arquitecto seguro que hay algún detalle por terminar en la construcción y que algún día terminará. En la casa de un médico, casi seguro no hay aspirinas. Y en el caso de los abogados de Mendoza -aunque la ley fue hecha por ellos- no se fijaron honorarios mínimos para reclamos de menor cuantía.

Le ley 9131 estableció en el art. 2°, que en los procesos que tengan por objeto sumas de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria se regulará como *mínimo* según una escala del 20%, 16%, o 12% conforme el monto sobre el que se aplique.

Se sigue en esa escala un principio claro: a menor monto, mayor porcentaje y a mayor monto, menor porcentaje. Dejo de lado los honorarios del procurador (art. 31, ley 9131) o los que le corresponden al abogado cuando actúa en el doble carácter, (art. 33, inc. III del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza) así como también los honorarios en los procesos en los que no fuera posible la apreciación pecuniaria, solución regulada en el art. 10 de la ley. Todo esto queda fuera del análisis que ahora quiero realizar.

II. Aterricemos el tema

Ejemplo 1. Regular los honorarios profesionales a la Dra. en la suma de pesos sesenta y cinco con 37/100 (\$65,37) y la suma de pesos trece con 72/100 (\$13,72) en concepto de IVA y a los Dres. ... y ... en la suma de pesos sesenta y cinco con 37/100 (\$65,37) para cada uno de ellos, sin perjuicio de los reajustes complementarios que

pudieran corresponder (art. 33, CPCCyT o arts. 2°, 7°, 13 ley 3641) (1).

Ejemplo 2. Regular los honorarios correspondientes a los Dres. ...; ...; ...y ...en las respectivas sumas de pesos doce (\$12,00), pesos tres con 60/100 (\$3,60), pesos ocho con 40/100 (\$8,40) y pesos dos con 52/100 (\$2,52), a la fecha y sin perjuicio del IVA y los complementos que pudieren corresponder (arts. 15 y 31 LA N° 9131) (2).

Si bien la primera regulación está realizada con base en la ley 3641 (hoy derogada), que en la práctica no tiene mínimo porque desaparecieron por efecto de la inflación, la solución es idéntica si se aplica hoy la ley 9131. Prueba de ello, es el segundo de los casos, simplemente porque la ley actual no fija mínimos para estos supuestos y solo se aplica el porcentaje.

III. Absoluta desproporción con los gastos del juicio

¿Cuáles son los gastos mínimos para iniciar un juicio?

La tasa de justicia en Mendoza es del 3% del monto, con un mínimo de \$900 (art. 301 y ss. del Código Fiscal y ley impositiva 9192) (primera o única instancia y justicia de Paz). En el caso de apremios el mínimo es de \$700.

Para interponer recursos de apelación u extraordinarios el mínimo es de \$1700.

Aportes Caja Forense (ley 5059) 2% del monto con un mínimo de \$1520 y \$1100 (según sea justicia civil o de paz letrada).

Aportes Ley Colegio de Abogados (ley 4976) equivale al 5% de la tasa de justicia. Mínimo \$125.

En síntesis: un juicio por un monto bajo, supongamos: \$3000 pagará de tasa de justicia mínimo: \$900, Caja Forense un mínimo de \$1100, Derecho fijo \$125.

Y los honorarios serán: \$600 (patrocinante) y \$300 (apoderado), reducidos en el 25% por tratarse de un juicio monitorio lo que haría un total de \$675.

Mientras tanto la liquidación de gastos quedaría así: 900 + 1100 + 125 = \$2125.

Honorarios totales: \$675. Es decir, menor de un tercio de los gastos, cuando en general -históricamente- los honorarios fueron superiores al triple.

Ahora serían incluso, inferiores a la tasa de justicia que es de \$900.

Lo que subvierte el principio básico de que siempre los honorarios son notablemente superiores a la tasa de justicia y demás gabelas, debiendo mantener siempre una relación de proporcionalidad entre los honorarios y los aportes ley 5059 (Suprema Corte de Justicia de Mendoza; LS 278-350).

IV. ¿A quiénes perjudica, que no haya mínimos?

A los abogados naturalmente. Pero no solo a ellos.

También a los que tienen créditos pequeños, por ej. una diferencia de indemnización, una diferencia salarial, una multa a favor del trabajador. A ellos les resultará difícil encontrar un abogado dispuesto a llevar un juicio —que puede durar años— para cobrar al final por ej. \$97,62 o 195,54 si hubiera actuado como patrocinante o ambos importes suma-

dos si hubiera actuado en el doble carácter (art. 33, inc. III del CPCCyT). Con lo cual la protección de los vulnerables en este caso quedó solo en la teoría (3).

Pero, la lista de perjudicados puede extenderse.

Supongamos una deuda por expensas de un consorcio, donde debe ejecutarse a un consorcista que debe tres o cuatro meses de expensas. Seguramente deberán esperar a que la deuda se incremente con el paso de los meses, perjudicando así el mantenimiento del consorcio entre cuyos gastos están los salarios de los que trabajan en él. (otra vez, vuelta a los vulnerables).

Lo que es más tal demora en iniciar juicio a los morosos quizás, desaliente a los otros consorcistas a cumplir porque entienden que son ellos los que están manteniendo el edificio y de paso financiando a los incumplidores.

También perjudica a las Cajas Previsionales Profesionales, que deban ejecutar las cuotas o créditos que sean de montos bajos.

¿Y a los peritos que deban ejecutar sus honorarios? También (4).

V. ¿Qué ocurre en otras leyes de honorarios?

La Ley Nacional de Honorarios 27.423 establece un mínimo general de 10 UMA (5) en los procesos de conocimiento (\$31.920) y 6 UMA en los procesos ejecutivos (6) (\$19.152). En la provincia de Buenos Aires las leyes 14.967 y 15.016, que regulan honorarios establecen un mínimo de 3 JUS (\$5610) (7). La ley 5134 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en los procesos de conocimiento 10 UMA (\$31.600) (8) y

DOCTRINA

¿El art. 14 bis de la Constitución Nacional alcanza a los abogados? A propósito de la nueva ley 9131 de Mendoza que no establece honorarios mínimos para montos mínimos
Olga Castillejo.....1

NOTA A FALLO

Inoponibilidad de la personalidad jurídica: un fallo inquietante
Gabriel de las Morenas.....3

JURISPRUDENCIA

CORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO. Frustración en el cobro de obligaciones. Abuso del derecho. Procedencia (C4aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza).....3

ANÁLISIS NORMATIVO

Ley de Protección de la Salud Mental de La Rioja
Juan A. Seda5

ACTUALIDAD

Actualidad Laboral
Adriana Doña y Laura Elmela6

ÚLTIMA INSTANCIA.....8

en los ejecutivos 6 UMA \$18.960. En Córdoba (ley 9459)(9), mínimos juicios ordinarios 20 JUS lo que equivale a \$30.520, en los abreviados 15 JUS (\$22.890), ejecutivos 10 JUS (\$15.260), cualquier acto procesal 4 JUS (\$6104), recursos ordinarios 8 JUS (\$12.208), extraordinarios 60 JUS (\$91.560)

Increíblemente la ley de Mendoza 9131 no fijó ningún mínimo.

VI. Sin embargo, hay mínimos dentro de la ley 9131 para casos especiales

La ley ha establecido diversos mínimos para distintas situaciones:

a) Para los incidentes en audiencia un mínimo 1/3 JUS (\$7868)(10) (art. 14);

b) Por tramitación de exhortos y oficios, depende de: (i) si se trata de embargos o secuestros, un tercio (1/3) de lo que resulte aplicando la escala del art. 2°; (ii) cuando se tratare de un remate los honorarios no podrán ser nunca menos de un (1) JUS; igual cantidad será regulada como mínimo si la subasta fracasara; (iii) si fuera el caso de realizar una la diligencia que tuviera por objeto la realización de medidas de prueba, se regulará como mínimo un (1) JUS (art. 22);

c) En caso de citaciones, informes, copias, simples anotaciones de embargos o inhibiciones o cualquier otra diligencia no prevista en los anteriores incisos, se tendrá en cuenta la labor realizada y su importancia, pero nunca menos de medio (1/2) JUS (\$11.802) (art. 22);

d) Para la interposición y tramitación de recursos extraordinarios, mínimo de 2 JUS (\$47.208,58);

e) Acciones por inconstitucionalidad que tramiten ante la Suprema Corte se establece un mínimo de 3 JUS (\$70.812,87);

f) En caso del fuero de familia el mínimo es 1 JUS (\$23.604,29) (art. 9° bis);

g) Proceso cuyo objeto no puede ser valuado, se dan pautas para establecerlo y se dispone como mínimo de 3 JUS (\$70.812,87) (art. 10);

h) Amparo por urgimiento, 1,5 JUS(11) (\$35.354);

i) Pequeñas causas(12): Conflictos de vecindad mínimo ½ JUS (texto según ley 9131, art. 9° ter) (\$11.802) y causas de consumo: 50% de la escala, con mínimo 2/10 JUS (\$4720).

VII. Otras leyes de Mendoza establecen honorarios mínimos para distintos casos

A) Honorarios de peritos en los procesos civiles, 4%, con un mínimo de ¼ JUS, \$5901 (art. 184 del CPCCyT, Cita Online:AR/LCON/7Q25).

B) Honorarios de peritos en los procesos laborales ½ JUS, \$11.802. Si finalizó el juicio y el perito no alcanzó a presentar la pericia 1/20 JUS \$1180 (art 63 del CPL, Cita Online:AR/LCON/87IS).

C) Honorarios de los conciliadores, que interviene en la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza. Por cualquier actuación que realicen 1/25 JUS, \$453, en tanto que si logran un acuerdo conciliatorio que sea homologado, les corresponde 1/3 JUS, \$7868 (13).

VIII. El extraño caso de los honorarios de abogados en créditos tributarios

El Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza (CPCCyT), (art. 248, inc. IV, Cita Online: AR/LCON/7Q3X), dispone que los honorarios de los abogados en los juicios por apremio no podrán superar el 20% del total del crédito cobrado por su gestión.

Esta limitación supera la establecida en el art. 730 del Cód. Civil y Comercial (CCyC) en tanto este dispone una limitación porcentual del 25% pero solo en los honorarios correspondientes a la primera y única instancia.

La norma del art. 248, inc. IV del CPCCyT resulta regresiva con relación a la norma del Código Civil y Comercial, por cuanto podría litigarse en primera, segunda instancia e inclusive ante la Corte y la limitación será siempre del 20% a estar al texto expreso de la ley.

Por otra parte, el Código Fiscal de Mendoza dispone (art. 126, t.o.) que en ningún caso

los honorarios de los ejecutantes podrán ser inferiores a mitad de la tasa de justicia, es decir en concreto hoy, los honorarios no podrían ser menos de \$350. Lo cual resulta absolutamente irrazonable porque los honorarios siempre fueron y son superiores a la tasa de justicia. Incluso la tasa de justicia en los apremios de menor monto tiene un mínimo de \$700. ¿Los honorarios no podrían ser menos de \$350? ¿Por todas las instancias? ¿Qué mínimo es ese?

Es obvio que la pretensión del Estado es reducir gastos y eso está claro, pero no es admisible que lo sea a costa de los profesionales.

Si quiere reducirlos puede imitar el sistema de la ley 23.898 que establece en el orden nacional (art. 13, inc. J, Cita Online: AR/LCON/13Q7) que las ejecuciones fiscales no pagan tasa de justicia.

Sé que el hecho de fijar honorarios reales en las ejecuciones fiscales podría dar lugar a abusos como por ej. que se iniciaran juicios masivamente por montos muy bajos, pero esto se soluciona estableciendo un monto mínimo para reclamar que puede ser en cantidad de períodos o en monto o en una cantidad de días de mora. P. ej., se ordena iniciar la ejecución cuando se adeuda como mínimo un monto determinado de pesos o un año de deuda.

¿Y los honorarios del abogado del demandado?

Generalmente se parte del supuesto de que los honorarios en los apremios se refieren solo a los profesionales del ejecutante, pero también resulta que la ley 9131 es aplicable a los profesionales del ejecutado. Y tampoco hay mínimos.

Así si usted fuera ejecutado por un impuesto o tasa que no debe, o supongamos que por error se le reclama una boleta de \$8000, es difícil que un abogado se haga cargo de defenderlo en ese juicio de apremio, para cobrar honorarios ínfimos después de un proceso que puede llevar mucho tiempo.

Es por ello por lo que deben existir honorarios mínimos.

Otro tema es la comisión que se otorga a los profesionales según el art. 127 del Código Fiscal de Mendoza y que es del 3% sobre el monto total de la boleta a ejecutar, pero esto es aplicable a los créditos de ATM, municipalidades y algunos entes autárquicos (art. 126).

No resulta, aplicable —como es evidente— a los Cajas Previsionales Provinciales o a los Colegios Profesionales desde que, en este caso no se trata de créditos fiscales ni están incluidos en la normativa citada.

A las Cajas Profesionales (Caja Forense, Caja de Previsión de Escribanos, Caja de Previsión de la Salud, Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Consejo de Arquitectos, Ingenieros y Agrimensores) solo les resulta aplicable el procedimiento monitorio establecido en el CPCCyT, pero no el resto de las normas del Código Fiscal. Primero porque no están incluidos en el Código Fiscal, y segundo porque los créditos que reclaman son de naturaleza previsional, no fiscales.

IX. Sentido y fundamento de los “mínimos”

El fundamento surge del art. 1° de la ley 9131: *“Los honorarios que regula la presente ley deben considerarse como remuneraciones al trabajo personal profesional”*.

Lo cual nos lleva a entender que el trabajo de los abogados se encuentra también protegido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional (CN), en cuanto establece que: “El trabajo en sus *diversas formas* gozará de la protección de las leyes”.

Y de hecho la ley 9131 en la norma citada, le da la protección y privilegios propios de un crédito laboral: no se admiten acuerdos por sumas inferiores (irrenunciabilidad), gozan de beneficio de litigar sin gastos para su ejecución (gratuidad), revisten carácter alimentario, son inembargables si no superan un JUS salvo por alimentos (inembargabilidad), tienen el privilegio especial de los arts. 2583 y 2585 del Cód. Civil y Comercial.

De esta asimilación surge que La Ley de Honorarios fijó honorarios mínimos para diversos casos que funcionan de manera semejante a

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesora Titular de las Cátedras de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Mendoza, y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo.

(1) Cámara Séptima del Trabajo, CUIJ: 13-04.392846-9 Empleados de Comercio c/ Fundación Dyter p/ cobro cuotas sindicales), 15/08/2018. Todos los fallos de la Provincia de Mendoza que se citan pueden ser ubicados en www.jus.mendoza.gov.ar.

(2) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil de Mendoza. CUIJ: 13-04.412810-6 “Eztala Daniel Ricardo c/ Gurski Héctor Juan p/ejecución de honorarios”, 18/09/2019; En un rápido vistazo de las listas de sentencias encontramos muchos ejemplos en igual sentido. Tomo solo algunos de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza.- *Tribunal de Gestión Asociada de Paz-Primero* CUIJ: 13-00.700972-5 (01.1809-13.3547) “CONFINA SANTA FE S.A. C/ AGUERO, LORENA YAMILA S/ EJ.”, 30 DE ABRIL DE 2019 ...Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y CINCO CON 40/100 (\$ 155,40), en forma conjunta (arts. 2°, 3°, 19 y 31 de la ley 3641). CUIJ: 13-02.099741-3 (01.1809-25.1813) “REIG S.A. C/ MENESES SAENZ MAXIMILIANO OMAR P/ EJECUCIÓN ACELERADA” 18 de febrero de 2020, Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... , en la suma de PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y UNO CON 6/100 (\$291,6), en forma conjunta, (arts. 18 y 19 de la Ley de Aranceles 9131).- Tribunales de Gestión Asociada (GEJUAS) (Corresponde a primera instancia civil y comercial) *Tribunal de Gestión Asociada-Primero*: CUIJ: 13-04.857439-9 (01.2051-26.4373) “Cornejo Rubén José c/ Palacio Silvia Beatriz y Medina Carlos Samuel p/ EJ. DE HON” 3 de diciembre de 2019 ... Regular los honorarios profesionales a los Dres. Maria de los Ángeles de Blasi en la suma de pesos ciento cuarenta y uno (\$141), sin perjuicio de los reajustes complementarios e IVA que pudieran corresponder (arts. 2°, 7° y 28 ley 3641).- *Tribunal de Gestión Asociada-Segundo*: CUIJ: 13-04.832207-1

(01.2052-26.5224) “Cornejo Rubén José c/ Empresa de Transporte El Plumerillo S.A. p/ ej. de hon.”, 18 de diciembre de 2019. Regular los honorarios profesionales a la Dra. ... en la suma de \$81,50 con más los honorarios complementarios que correspondan e IVA en caso de acreditar la condición fiscal de responsable inscripto. (arts. 2°, 4°, 7° y 28, ley 9131). CUIJ: 13-04.387251-0 (01.2052-26.2910) “Pronko Adriana Noemí c/ Mobilia Emanuel Alejandro y Ferreyra Walter Gustavo p/ ej. de hon.” ...,6 de marzo de 2020. Regular los honorarios profesionales por ejecución de sentencia al Dr. en la suma de \$280 sin perjuicio de los honorarios complementarios que correspondan e IVA en caso de acreditar la condición de responsable inscripto. (art. 2°, 4°, 7° y 28, ley 9131).- *Tribunal de Gestión Asociada-Tercero*: CUIJ: 13-04.181218-9 (01.2008-25.2544) “Chaher Daniel Rogelio y ot c/ ente de fondos residuales p/ ejecución de honorarios”, 2 de mayo de 2019 ...Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... Y ..., en la suma de PESOS CIENTO NOVENTA Y OCHO CON 99/100 (\$198,99), en conjunto (arts. 2°; 7° y 31° de la ley 3641).- *Tribunal de Gestión Asociada-Cuarto*: CUIJ: 13-04.687741-6 (01.2017-16.3312) “C.M.R. Falabella S.A. c/ Lazarro Roldán Osvaldo P/ ORD.”, 29 de noviembre de 2019 ...II.- Hacer lugar a la ejecución de honorarios promovida por los Dres. y Dr. en contra del Sr....., ordenando en consecuencia prosiga el trámite del presente juicio hasta que se haga íntegro pago a los profesionales de la suma de pesos ciento uno con 90/00 (\$101,90) —correspondiendo la suma de pesos cincuenta con 95/00 (\$50,95) a cada uno de ellos— con más los intereses correspondientes hasta la fecha de su efectivización. *Sentencias de Cámara de Apelaciones en lo Civil - Primera*: CUIJ: 13-00.773478-0 (01.0301-55.026) “Chiarello Corolo Carlos Salvador c/ Padilla Zambrano Carlos Héctor y OT. p/ D. y P. (accidente de tránsito)”, 14 de abril de 2020... Regular los honorarios del Dr...., Dra... y Dra... en las respectivas suma de Pesos doscientos sesenta y dos (\$262), Pesos noventa y dos (\$ 92) y Pesos ciento ochenta y cuatro (\$184) a cada uno respectivamente a cargo de la apelante (arts. 15, 4° y 31 ley 9131) más IVA respecto de los profesionales que acrediten su

condición de responsables inscriptos ante la AFIP.- *Cámara de Apelaciones en lo Civil Segunda*: CUIJ: 13-04.417192-3 (01.0302-54.274) “Giambastiani Mario Roberto c/ Rosas Nelson Hermes Hernan - Transporte de Pasajeros General Roca SRL y Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros p/ ej. de hon.”, Mendoza, 15 de noviembre de 2019...Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera a los Dres.y en la suma de \$217,47 en conjunto y al Dr. en la suma de \$152,22 y a la Dra. en la suma de \$45,66 (arts. 2°, 3°, 13, 15, 31 de la ley 9131).- *Cámara de Apelaciones en lo Civil -Tercera*: CUIJ: 13-04.412810-6 (01.0303-53.934) “Eztala Daniel Ricardo c/ Gurski Héctor Juan P/ ej. de hon.”, 18 de septiembre de 2019.-... Regular los honorarios correspondientes a los Dres. por su labor en esta segunda instancia, en las respectivas sumas de pesos doce (\$12,00), pesos tres con 60/100 (\$3,60), pesos ocho con 40/100 (\$8,40) y pesos dos con 52/100 (\$2,52), a la fecha y sin perjuicio del IVA y los complementos que pudieren corresponder (arts. 15 y 31 LA N° 9131).- *Cámara de Apelaciones en lo Civil - Cuarta*. CUIJ: 13-04.300096-3 ((01.0304-53.434)) “Garay Maria Andrea c/ Osorio Luisa Elisa p/ ej. de hon.” Mendoza, 3 de diciembre de 2019. ... Regular honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada Dres. ... y en las respectivas sumas de Pesos Ciento Ochenta y Seis (\$186) y Pesos Ciento Treinta (\$130) (arts.2°y3°,ley 3641).-*CámaradeApelacionesenloCivil-Quinta* CUIJ: 13-00.862966-2 (01.0305-53.954) “CMR Falabella c/ Elvira H. Bahamonde Vera” Mendoza, 18 de junio de 2019... Regular honorarios a los Dres.: en la suma de pesos setenta y cinco con treinta y cinco centavos (\$75,35); en la suma de pesos setenta y cinco con treinta y cinco centavos (\$75,35); Dr.... en la suma de pesos veinticuatro con cuarenta y cuatro centavos (\$24,44); y Dra.... en la suma de pesos ochenta y uno con cuarenta y siete centavos (\$81,47).- *Cámaras del Trabajo - Primera* CUIJ: 13-04.821698-0 (01.0401-16.0240) “Rodríguez Marzetti Raúl Rodolfo en J. N° 15.5512 c/ Asociart ART SA p/ ej. de hon.” 13 de agosto de 2019. ... Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... , en forma conjunta en

la suma de pesos doscientos ochenta y cuatro (\$284,00), en los términos de la ley 9131.- *Tribunales de Gestión Asociada en lo tributario* CUIJ: 13-04.621955-9 (01.2230-80.9722) “Administración tributaria Mend c/ Aballay Nicolás Bernabé p/apremio”. 30 de noviembre de 2018. Regular provisoriamente los honorarios de ..., en su carácter de Recaudador Fiscal en la suma de pesos ciento ochenta (\$180,00), sin perjuicio de los complementarios que pudieran corresponder (arts. 7, 20 y 31 de la ley 3641). CUIJ N° 13-04.626464-3 (01.2210-17.19059) Caratulado “Municipalidad de Guaymallen c/ Abdala Facundo Martin p/ apremio”. ...03 de diciembre de 2018. ... Regular provisoriamente los honorarios de....., en su carácter de Recaudador Fiscal en la suma de pesos doscientos nueve con cincuenta y ocho/100 (\$209,58), sin perjuicio de los complementarios que pudieran corresponder (arts. 7°, 20 y 31, ley 3641).

(3) Si bien el trabajador goza del beneficio de justicia gratuita (art. 20, LCT), ese dato no modifica las conclusiones desde que aquí nos referimos solo a los honorarios del abogado). Tampoco lo modifica, el pacto de cuota *litis*.

(4) Dejo de lado que, en materia laboral, esta situación quizás no ocurra en el futuro por el Fondo de Financiamiento de peritos creado para la Justicia Laboral de Mendoza (art. 63, CPL) pero es seguro que sí continuará en la justicia civil. (art.184, CCCyT.).

(5) Unidad de Medida Arancelaria, valor actual \$ 3192. (al 31/03/2020, Acordada 2/20 CSJN).

(6) Art. 58.

(7) Valor del JUS: \$1870 x 3 = 5610 (desde el 01/03/2020) Acordada 3972/20 de la SCBA.

(8) Valor de la UMA \$3.160 desde 01/09/19 Resolución de Presidencia 1041/19; TSJ CABA.

(9) El valor del JUS es \$1526.

(10) Valor del JUS en Mendoza, \$23.604,29. Ver: http://www.jus.mendoza.gov.ar/unidad-de-medida-jus

(11) Art. 9° quarter, texto según ley 9192, art. 1, Cita Online:AR/LEGI/9W5I.

(12) Art. 9° ter, texto según ley 9192, art. 1º

(13) Ley 8990, dec. regl. 2269/2017, y dec. 2134/2019.

como el Salario Mínimo Vital y Móvil para los trabajadores dependientes.

Existe una gran cantidad de instrumentos internacionales que se refieren a la retribución justa, tales como Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. IX, Bogotá 1948); Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948, art. 23), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966, art. 7°) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Nueva York 1967, art. 5°). En todos ellos se reitera el concepto de que *salario justo* es el que permite la satisfacción de las necesidades propias del trabajador y de su grupo familiar, también vinculado con la productividad de cada trabajador a través de su capacidad y destreza.

X. Una respuesta al problema

Como entiendo ha quedado explicado, es necesario que exista un mínimo general de honorarios, tal como existen en otras leyes del país, pero lo cierto es que la ley mendocina no lo tiene. ¿Cómo salimos de este problema?

No se puede decir que, si la ley no fija un mínimo para los honorarios profesionales, entonces no lo hay.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248, Cita Online: AR/JUR/2751/2007) ha sentado doctrina en el sentido de que el control que

deben realizar los jueces no solo es de constitucionalidad sino también de convencionalidad y que este debe realizarse aun de oficio “Rodríguez Pereyra” (Fallos 335:2333, Cita Online: AR/JUR/60694/2012). De esta manera la Corte Federal aplica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida a partir del caso “Almonacid Arellano vs. Chile” del 26/09/2006, (Cita Online: AR/JUR/10607/2006), y continuada en “Trabajadores Cesanteados del Congreso (Aguado Alfaro y ots.) vs. Perú” del 24/11/2006, (Cita Online: AR/JUR/11094/2006), entre muchos otros.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza también ha enfatizado la necesidad del control de convencionalidad y en que este debe ser realizado por todas las autoridades del Estado con el fin de aplicar las normas de forma tal de maximizar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales (SCJM, Sala I, “Salomón Elena c. Gobierno de la P. de Mendoza”, del 11/05/2016 Cita Online: AR/JUR/27591/2016). En igual sentido SCJM, Sala III, 7/10/2013, “Telefónica Argentina en J°: 22.109 Gómez Forte”; LS 459-057; Sala I, 31/07/2013 “Fracchia César y ot.”; Sala II, 16/12/2015, “Minera del Oeste SRL y ots.”, Cita Online: AR/JUR/59766/2015; Sala II, 8/05/2018 “SUTE”).

La falta de fijación de un honorario mínimo es una laguna legal, que corresponde solucionarla a través del sistema de fuentes que establecen los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com.

El art. 1° del Cód. Civ. y Com., dispone que: *Los casos que este Código rige deben ser resueltos*

- (14) Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre (arts. XIV (derecho al trabajo y a una justa retribución, segundo párrafo), Declaración Universal de Derechos Humanos, (arts. 23, 24 y 25) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7°).
- (15) Convenio 95 sobre protección del salario y N° 100 sobre igualdad de remuneración.

- (16) Convenio 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, Recomendación 30 sobre métodos de fijación de salarios mínimos, Recomendación nro. 89 sobre métodos de fijación de salarios mínimos en la agricultura y la Recomendación nro. 135 sobre fijación de salarios mínimos.

según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

El art. 2° del Cód. Civ. y Com., establece que: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta *sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

Seguiré entonces esas pautas:

El art. 14 bis de la CN protege *al trabajo en sus diversas formas*, al igual que los tratados y documentos internacionales de derechos humanos (14) y los Convenios de la OIT (15) insisten en el salario justo y la igualdad de remuneración. Incluso existen Convenios y Recomendaciones de la OIT que se refieren específicamente al establecimiento de salarios mínimos (16).

Por otra parte, el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado por la ley 24.658 dice que “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna”. El art. 7° se refiere a: *Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los estados partes en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo... supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias.*

Entonces, nos queda buscar la norma por analogía que determine alguna pauta para hallar un honorario mínimo (arts. 148 y 149, Constitución de Mendoza). Tomo como punto de partida que la finalidad del legislador (art. 2°, Cód. Civ. y Com.) de la ley 9131 ha sido la de establecer honorarios dignos.

Revisemos los supuestos específicos; un incidente en una audiencia 1/3 de JUS (\$7868);

la tramitación de un exhorto, oficio, citaciones, etc., es 1/2 JUS (\$11.802); los juicios de vecindad 1/2 JUS (\$11.802); los honorarios del perito laboral 1/2 JUS (\$11.802); honorarios por acuerdo del conciliador laboral 1/3 JUS (\$7868), reclamo por consumo \$4720.

Va de suyo que, ninguna de estas actuaciones o intervenciones implican el trámite de un juicio íntegro con lo que conlleva en tiempo y esfuerzo, por lo que estimo que el mínimo no puede ser inferior a 1/2 JUS (\$11.802), monto que se reitera en los casos en los que la ley 9131 fijó mínimos para distintos casos.

¿Es mucho o poco? Comparo con las leyes provinciales, y tomo solo los mínimos de juicios ejecutivos porque son los más bajos, en la ley nacional 27.423 \$19.152, ley de la Provincia de Buenos Aires \$5148, ley de la CABA \$18.960 y Córdoba \$15.260.

O comparemos con los honorarios en Mendoza de los peritos \$5901 en justicia civil y \$11.802,14 en justicia laboral.

Resulta claro que el abogado no puede cobrar menos que un perito —por importante y decisiva que sea su labor— por la sencilla razón de que el perito tiene solo una actuación en el proceso, en tanto el abogado inicia el juicio, rinde la prueba y tramita todo el juicio hasta el final.

De todos modos, si queremos llegar a un mínimo, mínimo, exageradamente mínimo ningún juez podría regular hoy en marzo de 2020 honorarios inferiores a \$4720, que es el mínimo que se establece para las causas de consumo (1/20 de JUS).

Menos de eso, no es una retribución justa y el juez incumpliría el control de convencionalidad al que se encuentra obligado.

Cita on line: AR/DOC/2174/2020

NOTA A FALLO

Corrimiento del velo societario

Frustración en el cobro de obligaciones. Abuso del derecho. Procedencia.

Resulta procedente el reclamo de la parte accionante consistente en el corrimiento del velo societario, pues, aun cuando la

sociedad no tuvo como finalidad oculta perjudicar los derechos de terceros, la conducta de los socios de escudarse en la persona jurídica con la finalidad de no pagarle a la parte actora no obstante tener la misma sentencia firme a su favor, constituye un abuso del derecho que la justicia no puede permitir, en tanto tal modo de actuar es contrario a los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico.

C4aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 09/12/2019. - Cooperativa de Provisión (COOPROFI) c. Berdasco, Eliana Teresita s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/61365/2019]

CONTEXT0 DOCTRINARIO DEL FALLO

LÓPEZ RAFFO, Francisco M. “Notas actuales de la inoponibilidad de la personalidad societaria”, RDCO 267, 71, AR/DOC/5259/2014.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica: un fallo inquietante

Gabriel de las Morenas (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los hechos relevantes del caso.— III. El fallo en análisis.— IV. ¿Tenía la actora cerradas las puertas del Derecho para responsabilizar a los accionistas? — V. Conclusión.

I. Introducción

En estos días de reflexión, producto del encierro impuesto por la cuarentena del COVID-19,

hemos tenido la oportunidad de revisar muchos fallos locales cuyo análisis habíamos diferido en el tiempo. Es así como nos encontramos con este pronunciamiento de la Cuarta Cámara de Apela-

ciones Civil y Comercial de la ciudad de Mendoza, en el que se aborda el siempre urticante tema de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Este tema, la inoponibilidad de la personalidad jurídica, es de aquellos que mayor cantidad de tinta ha hecho correr (1). Los precedentes locales que abordan el tema, al menos los publicados, no son abundantes, más bien escasos (2).

Es por lo que acometemos la tarea de este comentario con la premisa de brindar un análisis de este fallo que ponga a este en perspectiva. En

tonces, añorando los libros que son negados por la cuarentena y que se encuentran lejanos en el Estudio, vamos a hacer este análisis.

II. Los hechos relevantes del caso

El caso fallado presenta algunas peculiaridades que merecen ser explicitadas para que el lector pueda tener una mejor dimensión del fallo y su solución.

La parte actora es una cooperativa integrada por profesionales médicos (Cooprofhi ltda). Esa

(*) Abogado en ejercicio de la profesión libre, ex secretario de Primera Instancia en la Justicia Concursal de la Provincia de Mendoza, expleado en la Justicia Nacional en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires. Postgrado en Derecho Empresario, Universidad Aus-

tral; Postgrado en Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca; Master en Derecho Empresario, Universidad Católica de Cuyo. Profesor de grado y postgrado de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de postgrado de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan). Profesor

de postgrado de la Universidad de Mendoza. Autor de libros y publicaciones.

(1) Solo a modo de ejemplo se puede compulsar: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, Ed. Ábaco, Buenos Aires,

1998; CAPUTO, Leandro J., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

(2) Hallamos una excepción: C. 1°, Civ. y Com., Mza, 11-3-1999, “Caacupé S.A. en j: Sar Sar Chia, Salvador Ángel Falanga p/ ejecución honorarios”, LS-156- 147.

cooperativa prestaba ciertos servicios a la demandada Italtrauma S.A. A su vez, esta última Italtrauma S.A. habría utilizado los servicios de la cooperativa para proveer al Hospital Italiano (*rectius*: Sociedad Italiana de Beneficiencia).

Ambas partes parecen contestes en cuanto a que la relación se desarrolló con normalidad hasta que el Hospital Italiano presentó su concurso preventivo primero y luego quebró.

Italtrauma dejó de pagar algunos créditos de la cooperativa y esta la demandó. La cooperativa obtuvo sentencia favorable, la cual quedó firme. Luego, en la etapa de ejecución de sentencia, la cooperativa no logró, pese a diversas actividades que desarrolló y sobre las que haremos algunas valoraciones más adelante, ningún resultado tangible. Es decir, Italtrauma no pagó ni pudo ser forzada a pagar.

En este punto, la cooperativa decide promover una nueva demanda persiguiendo como pretensión la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria. Italtrauma y sus accionistas insisten en que la sociedad no podía cumplir porque el Hospital Italiano no le había pagado. Esta es la demanda cuya sentencia definitiva comentamos y con la que, adelantamos, no coincidimos.

III. El fallo en análisis

III.1. Una visión general

La ponencia del destacado magistrado que emite el primer voto reconoce que la inoponibilidad societaria es una institución con foco normativo en el art. 54, último párrafo de la Ley General de Sociedades (LGS). Y esa es la norma sobre la que finca su decisión, lo cual compartimos desde que no otra cosa había solicitado el actor y, por evidentes razones de congruencia, no podían ni la primera ni la segunda instancia, apartarse de aquellos términos procesales. El punto es que, en nuestra opinión, el análisis de subsunción legal de los hechos del caso en la norma no parece apropiado.

Ello, sin perjuicio de que se observa en el fallo un análisis profundo sobre las diferentes versiones de la inoponibilidad y sus consecuencias. En este caso, un acreedor de la sociedad perseguía el corrimiento del velo societario y la consiguiente eliminación del límite de la responsabilidad propio del tipo Sociedad Anónima, con el fin de que el patrimonio de los accionistas respondiera por esa deuda social, el crédito de la cooperativa.

El problema no es entonces el enfoque jurídico del tribunal, sino la ponderación fáctica en orden a la subsunción normativa. Porque de los hechos que se extraen del pronunciamiento no parece haber elementos suficientes para poder aplicar la norma del art. 54, último párrafo de la LGS.

En efecto, al día de hoy parece saldada la cuestión en punto a considerar que la aplicación del art. 54, último párrafo de la LGS es una norma de interpretación estricta. Y esta estrictez es particularmente relevante en el marco de las sociedades con responsabilidad limitada, accionarias o no.

Porque, si el recurso técnico de la sociedad comercial como entidad dotada de personalidad para acumular capitales y desarrollar negocios, es de una licitud indiscutible. Y, del mismo modo, lo propio puede predicarse de la limitación de responsabilidad al capital aportado. Resulta que, el corrimiento o *disregard* de tal negocio jurídico solo puede tener lugar ante casos graves donde resulte indubitable el ejercicio irregular del derecho constitucional a asociarse (art. 14, Const.

Nac.). No se trata de esterilizar el art. 54 *in fine* de la LGS, sino de una aplicación mesurada que no ponga en tela de juicio la seguridad de quienes constituyen sociedades con el legítimo interés de hacer un negocio y obtener réditos por ello.

Entonces, del hecho de que una sociedad comercial no pueda pagar una deuda -o muchas- no se sigue que sus accionistas puedan o deban tener que afrontar esos pasivos con sus peculios personales. Porque, aunque no sea simpático decirlo, la limitación de la responsabilidad cobra especial relevancia a la hora en la que la sociedad no puede afrontar sus deudas. En efecto, mientras la sociedad goza de salud patrimonial tanto una sociedad colectiva como una anónima pagarán sus deudas con los fondos del patrimonio social. Al contrario, la diferencia entre la colectiva y la anónima quedará de relieve cuando la sociedad no pueda pagar alguna obligación.

Es habitual que una sociedad comercial, como cualquier persona jurídica o física, puede encontrarse frente al evento de no poder solventar sus deudas. Y de esa sola circunstancia no se sigue que los accionistas que comprometieron un aporte de capital y lo honraron, deban responder por las deudas sociales. La limitación de responsabilidad de ciertas personas jurídicas es, a la hora del incumplimiento, un mecanismo de externalización de costos dotado de licitud por la legislación vigente.

Claro que, en el funcionamiento de una sociedad con responsabilidad limitada puede haber anidado una patología, y para casos graves el legislador estableció la norma del art. 54, último párrafo de la LGS. Cabe memorar que esta norma ingresó al redil del derecho nacional mediante el dec.-ley 22.903 del año 1983. Aquello fue una reacción del legislador frente a la proliferación de precedentes que, aplicando la novedad del abuso de derecho incorporado por la ley 17.711 a nuestra codificación. Sobre todo por el caso “Swift Deltec” fallado por la Corte Federal (3).

Porque, a decir verdad, la inoponibilidad societaria ha tenido como institución dos primaveras. La primera luego de aquel fallo de la Corte. Muchos precedentes se generaron cuando los justiciables vieron la puerta para esquivar la valla que supone la limitación de la responsabilidad de ciertos tipos societarios. Esa primavera se terminó cuando, merced a la ya referida ley 22.903, se estableció una regulación legal que vino a poner límites en la aplicación del instituto.

La segunda primavera de la institución arribó luego de una serie de pronunciamientos de la alzada laboral capitalina en el que se utilizó la institución de la inoponibilidad jurídica para alcanzar a los accionistas ocultos tras el velo de una sociedad comercial infractora de las normas laborales (4).

Esta segunda primavera fue limitada por una línea jurisprudencial consolidada del más Alto Tribunal Federal que nació a partir del recordado precedente Palomeque (5). Allí se dijo: “En el marco precedentemente descrito, aprecio que los jueces han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que esta configura un régimen especial porque aquellas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía. Desde esta perspectiva, no alcanzo a advertir que, el contexto probatorio del caso posea virtualidad suficiente como para generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria de orden excepcional, sin la suficiente

y concreta justificación; ni que los motivos expresados provean del debido sustento a la inteligencia conferida al precepto en examen”. Es decir, la Corte Nacional reafirmó que la limitación de la responsabilidad es legal y que la inoponibilidad societaria es un instituto cuya naturaleza impone una interpretación estricta y que, en todo caso, requiere una adecuada labor probatoria para acreditar sus extremos habilitantes.

En otro precedente se ha dicho que “constituye un recurso excepcional que debe aplicarse con sumo cuidado y solo cuando de las circunstancias particulares del caso pueda inferirse con total certeza que se ha abusado del esquema societario para alcanzar fines contrarios a la sociedad o a los designios de la ley. Por ende, para que sea aplicable el art. 54 LSC. deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicho artículo contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica, para evitar causar un daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas ya que de no respetarlas puede ocasionar un daño mayor que el que eventualmente puede derivarse del mal uso que de las mismas puede hacerse” (6).

III.2. La norma implicada

La norma en cuestión dicte textualmente: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Una aproximación literal nos permite ver que el ilícito consiste en utilizar la sociedad como una encubridora o tapadera de fines extra societarios, o bien que sea esa sociedad un mero recurso para violar la ley y frustrar derechos de terceros. Hemos de detenernos al analizar la frase “mero recurso”.

Para que la sociedad sea un “mero recurso”, se debe probar que la sociedad es *solo* una herramienta para frustrar los derechos ajenos de alguna forma. Si una sociedad determinada ha violado derechos ajenos —incumpliendo una obligación p. ej.— no basta demostrar el incumplimiento, solitario o masivo da igual; es necesario probar que ese acto era la conducta continua y permanente del ente; y que, por ende, la principal actividad pasaba por esa elusión ilegal.

Es así como una sociedad que incumple obligaciones, pero tuvo un giro comercial normal no califica para quedar subsumida en la norma que analizamos. Porque, de otra forma, toda sociedad comercial con responsabilidad limitada como la SA, SRL o SAS con un negocio, antes floreciente hoy ruinoso, quedaría en condiciones de que su velo sea descorrido y dar por tierra con la limitación de la responsabilidad que beneficia a sus accionistas.

Y es razonable que la ley no opere así porque la limitación de responsabilidad es el motor que hace que muchos negocios tengan lugar. Negocios que, de otra forma, no se encargarían. Si los accionistas pueden sufrir en su patrimonio cuando la sociedad a la que pertenecen incumple obligaciones, pues entonces todos los inversores potenciales se lo pensarán muy bien antes de poner dinero en nuevos negocios.

Los negocios son un albur y juzgar la licitud del negocio societario con el diario del lunes, cuando el negocio no funciona, no es lo que la ley autoriza ni tampoco es justo. A menos que, claro está, pretendamos discutir si la responsabilidad

limitada es un recurso técnico apropiado para los fines que con ella se esperan concretar. Esta discusión es perfectamente posible, pero de *lege ferenda*. Hoy la ley tutela la responsabilidad limitada indiscutiblemente.

III.3. Los hechos que el tribunal ha tenido en cuenta para considerar aplicable la inoponibilidad

El voto preopinante considera que los accionistas se escudan en la personalidad de la sociedad para no pagarle a la actora y que tal conducta es contraria a los principios rectores del orden jurídico como la buena fe y el abuso de derecho. Este razonamiento es, a nuestro modo de ver, errado.

Los accionistas se escudan en la sociedad, pero lo hacen con sustento legal suficiente (art. 2°, LGS). No contradicen la buena fe desde que esa limitación de la responsabilidad es sabida *ab initio* por quien contrata con la sociedad. La cooperativa supo siempre que contrataba con una sociedad anónima; supo o debía saber que, frente a una incapacidad de pago los accionistas no responderían.

Y tampoco hay en este caso, al menos que se puede ver en el fallo, un uso abusivo de la personalidad jurídica. Sencillamente la sociedad ha incumplido sus obligaciones y debe ser responsabilizada y ejecutada dentro del límite de su patrimonio. Si este fuera insuficiente hay remedios legales. No se aprecia que los accionistas actúen con mala fe si no responden por las deudas de las sociedades insolventes que integran.

El fallo también focaliza en el hecho de que la sentencia original, derivada de las facturas impagas, llevaba años sin poder ejecutarse; y refiere también las dificultades en la notificación; como eventos que permitirían vislumbrar el comportamiento abusivo.

Sobre estas cuestiones merecen ser hechas algunas aclaraciones. El tiempo transcurrido por el cual una deuda de la sociedad no es abonada, no es parangón eficaz para medir la aplicación de la inoponibilidad por las razones ya vertidas en los párrafos anteriores. Es decir, no se sigue del incumplimiento obligacional sostenido o constante que la sociedad sea un mero recurso para perjudicar, en este caso, al acreedor. Si así fuera, en todas las quiebras habría extensión de la responsabilidad a los socios, y ello ocurre más bien ocasionalmente.

En cuanto a las dificultades notificadorias lo que se puede ver es que los operadores jurídicos que intervinieron hallaron problemas donde no los debe haber. Me explico. Así como es evidente que una persona jurídica tiene una existencia ideal y no física; es claro que una persona jurídica no puede tener un domicilio real, sino que tiene uno legal (arts. 74 y 152, 153, CCyC). El domicilio de la sociedad regularmente inscripta es el que informa el Registro de Comercio, que en Mendoza depende de la Dirección de Personas Jurídicas. La sociedad se encuentra allí y será notificada siempre porque ello es una presunción *jure et de jure* (art. 11, inc. 2°, LGS).

De modo que la cooperativa bien pudo notificar allí la ejecución y/o cualquier otro acto procesal. Si la sociedad no tenía más administración en ese lugar o había “desaparecido” eso es un problema de la sociedad y sus administradores, pero no de la cooperativa actora (7). El proceso podía seguir su camino.

El hecho de que la administración de la sociedad haya desaparecido de la sede inscripta no es suficiente *per se* para descorrer el velo, porque, insisto, de tal inconducta no se sigue que la socie-

(3) CSJN, 4-9-1973, ED-51-222.

(4) CNTrab., Sala I, 17-9-2008, “Mena, Norma Cristina y otros c. CW Comunicaciones S.A. y otros s/despido” (Ined.), especialmente los votos de los Dres. Vilela y Pirollo; CNTrab., Sala II, 7-3-2007, “Más, Gustavo José Federico c. Sastre, Gastón y otros s/despido” todos citados laudatoriamente por MARTORELL Ernesto, “Perjuicios a trabajadores y otros acreedores mediante sociedades.

Desbaratamiento judicial”, publicado en Rev. LA LEY, 02/09/2013, I. También ver los casos: “Delgadillo Linares, Adela c. Shatell S.A. y otros s. despido”, del 11/4/1997; “Vidal, Miguel Santos c. Mario Hugo Azulay y asoc. y otro s/ despido”, del 23/9/1997; “Duquelsy, Silvia c. Fuar S.A. y otro”, del 19/2/1998; “Cingiale, María Celia y otro c. Polledo Agropecuaria S.A. y otros s. despido”, del 2/3/1999).

(5) CSJN, 3-4-2003, “Palomeque, Aldo René c/ Bene-

meth S.A. y otro”; ver también: CSJN, 4-7-2003, “Tazzoli, Jorge Alberto c/ Fibracentro S.A. y otros S.A. “; CSJN, 31-10-2002, “Carballo, Atilano c/ Kanmar S.A. (en liquidación) y otros”. Reafirmado este criterio en fecha más reciente: CSJN, 4-6-2013, “Aguinda Salazar María c/ Chevron Corporation”, LA LEY, 2013-C, 1022. En igual sentido en Provincia de Buenos Aires: SCBA, 10/8/2016, “Micciche Roberto c/ Glassic SRL”; en Mendoza: SCJ, Sala 2, Men-

doza, 30/8/2004, “Torres N. c/ Luz Verde SRL”, LL Gran Cuyo, 2005 (mayo), 426.

(6) CNCom., Sala C, “Pardini Fabián c/ Cía. Fredel”, 15-8-2006.

(7) alguna vez hicimos un análisis detallado sobre el domicilio de las sociedades y la notificación. Puede consultarse como “El domicilio de las sociedades y la notificación y otras cuestiones mercantiles conexas”, en Rev. de Dere-

dad sea un mero recurso para perjudicar a sus acreedores.

Finalmente, el fallo afirma que la normalidad en la relación comercial que unía a la cooperativa actora con la sociedad demandada no impide el descorrimento del velo porque, a la postre, la sociedad no tenía bienes para responder. Disentimos nuevamente. La normalidad de la relación comercial durante cierto tiempo predica sobre una sociedad que desarrollaba su objeto. De esto se sigue que la sociedad demandada no fue creada con el fin de perjudicar a terceros.

Lo anterior no impide que, con el devenir del tiempo, la sociedad se transforme en un mero instrumento para perjudicar a sus acreedores. Pero la ausencia de bienes registrables no es suficiente para dar esa calificación.

Porque, en todo caso, habría que analizar si alguna vez la sociedad tuvo bienes registrables. En los días que corren muchas sociedades son exitosas y no tienen bienes registrales a su nombre. Piénsese en una sociedad que participa como intermediaria en el negocio logístico. Basta un departamento alquilado, un par de líneas telefónicas, una conexión a Internet y la subcontratación de servicios de transporte y depósito. El intangible que hace valiosa esa sociedad es la capacidad negocial de sus administradores para obtener clientes y subcontratar proveedores. Puede facturar millones y no tener bienes registrables.

Y, volviendo al caso en análisis, si fuere el caso que la sociedad tuvo bienes —no lo sabemos porque el fallo no lo menciona—, habría que ver si

fueron transferidos de manera espuria, o si su escasez es consecuencia del fracaso del giro negocial. Una sociedad en dificultades puede disponer de sus bienes valiosos para cancelar deudas. Quizá la deuda que motiva este pleito fue la no cancelada. Una solución concursal podría poner remedio a esa injusticia, como ya veremos; pero la disposición de bienes para pagar deudas no califica en el art. 54 *in fine* de la LGS.

Finalmente, cuando la sociedad demandada alega que su negocio se vio afectado por la caída del Hospital Italiano parece que el fallo da en la tecla en cuanto a que este era un tercero entre aquella y la cooperativa, la excusa caería en el saco de la *res inter alios*. Empero, el argumento se ve diferente, si se aprecia que brinda una explicación acerca de las razones del impago y, en tal sentido, permite conocer que había un evento externo que cupo analizar.

Es que, no se discutía en este caso si la sociedad es deudora y como tal debía pagar sin excusa válida. El núcleo de la pretensión de la actora era lograr que esa deuda de la sociedad sea afrontada por los accionistas que también eran terceros pues no habían contratado con la cooperativa. Y, entonces, el dato objetivo de la quiebra del Hospital Italiano brindaba un contexto que no era para soslayar.

Es del caso señalar que, con base en la escasa información que podemos obtener de los fallos de segunda y primera instancia se puede inferir que el Hospital Italiano, Italtrauma y la cooperativa integraban un *cluster* de negocios vinculados a la actividad médica. No era pues de extrañar que, cual dominó, toda la cadena contractual

quedara impactada por la caída del Hospital Italiano. Lo cual, por otra parte, es lo más común en el entorno empresario.

Resulta así que cupo hacer un análisis de la situación financiera de la sociedad. Porque ese dato es relevante para la aplicación del art. 54, último párrafo LGS(8) en tanto hubiera permitido esclarecer si los accionistas efectivamente utilizaron la herramienta societaria desviadamente.

IV. ¿Tenía la actora cerradas las puertas del Derecho para responsabilizar a los accionistas?

Luego de este recorrido en el cual hemos dejado en claro nuestro disenso respecto de la manera en que este caso ha sido fallado, cabe reflexionar si la parte actora tenía herramientas jurídicas para obtener un resultado idéntico. Adelantamos que sí contaba con varias y de diversa índole.

Como se ve, la cuestión no es tanto la solución dada, es decir que estos accionistas respondan con su patrimonio. Si no el yerro de arribar a la solución por medio de una norma cuya subsunción no era viable con las condiciones del caso.

Desde la visión societaria, dado que es harto frecuente que los accionistas en las sociedades cerradas sean administradores; cupo demandar a los integrantes del órgano de administración (art. 274, LGS) por la inconducta de mantener en funcionamiento una sociedad sin giro comercial. Además, achacarle responsabilidad frente a la existencia de deudas de imposible pago, por no haber propuesto algún remedio legal como el concurso preventivo o la necesidad de nuevos aportes vía reintegro o del aumento de capital.

Del mismo modo, se pudo demandar a la sociedad para que sea disuelta y liquidada por hallarse imposibilitada de llevar adelante su objeto social (art. 94, inc. 4, LGS) e incluso para que esa liquidación sea llevada adelante por un interventor judicial quien, podría eventualmente, reclamar a los administradores por mal desempeño.

La infracapitalización de la sociedad y la falta de articulación de los remedios societarios también pudo ser endilgada a los administradores y a los socios que, con conocimiento de tal evento nada hicieron, posibilitando del daño de aquella (art. 54, 1° parte, LGS). Esta acción pudo ser ejercida de manera oblicua por el acreedor (art. 739, CCyC).

Fuera de lo societario y en la órbita concursal, a la actora le cupo articular un pedido de quiebra y obtener la declaración correspondiente. Si fuere el caso que la quiebra se clausure por falta de activo, y todo hace pensar que así puede ser; amén de la denuncia penal del caso (art. 242, LCQ), el síndico tiene varias acciones a disposición para recomponer patrimonialmente a la sociedad fallida, entre ellas la de responsabilidad de administradores y terceros (art. 273, LCQ); las de inoponibilidad concursal (art. 118 y s.s. LCQ); la extensión de la quiebra (arts. 160 y 161, LCQ). También se pudo en ese ámbito reclamar a los acreedores que cobraron algo a espaldas de los que no cobraron nada.

En suma, había un universo de posibilidades para satisfacer esa acreencia insoluta.

V. Conclusión

Como corolario de todo este relato, propiciamos que este fallo sea analizado con espíritu crítico de modo de evitar se produzca una generalización en la aplicación de la inoponibilidad fuera del marco de estrictez que le es propio.

Antes bien, cabe al operador jurídico reflexionar sobre muchos otros remedios que el derecho brinda y que son igualmente efectivos sin necesidad de utilizar una figura cuya estrictez las lleva a la categoría de *ultima ratio*. Al contrario, con los elementos probatorios que resultan elencados en el fallo, creemos, la solución debió ser otra.

Cita on line: AR/DOC/2176/2020

ANÁLISIS NORMATIVO

Ley de Protección de la Salud Mental de La Rioja

Juan A. Seda (*)

El 8 de noviembre de 2019 el Boletín Oficial publicó la ley provincial 10.210 de la provincia de La Rioja (1), cuyo objeto es establecer un régimen para las internaciones por causa de padecimientos mentales. La norma también abarca a la actuación sanitaria en materia de adicciones, entendiendo por tales a las que se producen con el uso problemática de una sustancia, ya sea de circulación legal o no. La sanción de esta ley provincial era necesaria si se deseaba avanzar en el sentido fijado por el legislador nacional, ya que la salud es una materia en la cual no se delegaron competencias legislativas a la Nación en los términos del art. 121 de la Constitución Nacional (CN). Por lo tanto, con esta norma, se aplican en La Rioja las mismas soluciones en materia de salud mental y adicciones que las expuestas por la ley nacional. En sintonía con el texto de la ley nacional 26.657, conocida como Ley de Salud Mental, la norma provincial se apoya en declaraciones internacionales que tienen algunas pautas indicativas que pueden resumirse en la necesidad de respetar la dignidad y la autonomía de cada paciente, evitando situaciones mortificantes. Entre muchas declaracio-

nes que aquí se formulan, podríamos mencionar que es redundante la presunción de capacidad (art. 3º), porque tal pauta ya está contenida en el Código Civil y Comercial.

En consonancia a la norma nacional, esta ley provincial brinda una definición de salud mental que es extremadamente confusa. Dice que es “...un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”. Como bien puede verse, esta definición podría aplicarse a muchas otras áreas, como educación, trabajo, recreación o la mayoría de las actividades humanas. Por otra parte, agrega que “...se considera a la misma como un campo científico, interdisciplinario, intersectorial y político”. Habría que aclarar que el surgimiento y consolidación de campos científicos no puede ser dictado por ninguna ley o decreto del poder estatal, sino que consiste en un proceso complejo que se desarrolla en el interior de cada disciplina científica.

La enunciación de los derechos a las personas con padecimientos mentales constituye otra de las malas decisiones en cuanto a técnica legislativa, pero que viene de imitar a la norma nacional. Así se enuncia que las personas con padecimientos mentales gozarán de los derechos “cíviles, políticos, económicos, sociales y culturales” que rigen en nuestro sistema legal, como si existiera una limitación en otras normas. También esta norma reconoce el derecho a recibir atención gratuita por parte del Estado, una definición que obliga al erario público provincial a prever los medios necesarios para cubrir tal demanda. Cabe aclarar que esta gratuidad en la atención operaría cuando el eventual usuario del servicio no contara con cobertura de una obra social o una empresa de medicina prepaga.

Uno de los puntos en los que insiste esta ley es el de no equiparar la condición de una persona con discapacidad mental a la de alguien peligroso para sí o para los demás. La condición de riesgo cierto e inminente deberá ser constatada de forma muy precisa por los profesionales que oportunamente intervengan, pero un diagnóstico en materia de salud mental no puede ser excusa para acciones discriminatorias. En la extensa enumeración de derechos se debe incluir la identidad, la atención actualizada y ética. También el derecho a recibir la atención idónea y que restrinja su libertad lo menos posible, lo cual implica promover la atención ambulatoria en lugar de la internación, por supuesto siempre que ello fuera posible. Esta noción es trascendente porque se ubica en los estándares internacionales en la materia, que en la actualidad reconocen el daño que produce la internación crónica en esta clase de instituciones. Es este uno de los aspectos más importantes, que debe ser destacado por encima de las fallas en la técnica legislativa que contiene esta norma. La prescripción a su vez apunta a que el usuario de

servicios de salud mental esté acompañado por su círculo familiar y demás afectos, promoviendo una vinculación permanente con su entorno social. La rehabilitación o la reinserción familiar, laboral o comunitaria no solamente son recomendables, sino que se expresan aquí como un recurso terapéutico. De acuerdo con la idea de evitar internaciones prolongadas, la norma elabora una serie de condiciones de revisión a través de organismos públicos creados a ese efecto. A nivel provincial entonces se replica lo que se hizo a nivel nacional, o sea, crear una oficina burocrática denominada “Órgano de Revisión” cuya función sea controlar las internaciones.

El derecho a la información adecuada y comprensible fortalece la necesidad de un consentimiento informado para la aplicación de los tratamientos, así como también para la divulgación de cualquier dato sobre ese usuario. De manera análoga, durante su tratamiento el usuario de un servicio de salud debe ser escuchado, en la búsqueda de un diálogo con el equipo profesional tratante. En la medida de sus posibilidades, el usuario debe tomar decisiones sobre su propia salud y su tratamiento, garantizando condiciones de intimidad y de resguardo en lo físico y psíquico. Si el usuario trabajara, debería recibir una compensación justa, sin que se aclare si ello equivale a percibir un salario mínimo vital y móvil. Todos estos derechos están ya enunciados en la ley 26.657, pero el legislador provincial los incorpora de manera correcta, ya que aquella norma nacional no puede tener aplicación en las provincias, sin esta sanción local en cada caso.

Esta ley provincial se encarga de brindar los lineamientos para la organización del sistema general de salud mental, dentro del diagrama de servicios sanitarios de La Rioja. Este sistema precisamente consta de una variedad de opcio-

(*) Doctor en Derecho. Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Director del Programa de Actualización y Profundización de Posgrado en

Discapacidad y Derechos (UBA). (1) Esta norma fue sancionada el 10 de octubre y promulgada el 31 del mismo mes. Deroga la ley provincial 9098.

nes para la atención en la materia: dispositivos de contención en crisis, atención e intervención domiciliaria e intervención breve. También se obliga a las autoridades provinciales a sostener un sistema de centros de día y de noche, casas de medio camino, residencias compartidas, centros de capacitación y reinserción. Todo ello deberá ser sufragado por el erario público provincial o bien por el sistema de la seguridad social. Recordemos que uno de los puntos centrales de la ley 26.657 es la prohibición de establecimientos monovalentes, para evitar la segregación institucional en esta materia, promoviendo servicios de salud mental en cualquier ámbito sanitario. La ley aquí reseñada se encuadra en esa tendencia, acorde a los estándares de atención en salud mental en la actualidad en diversas partes del mundo. Uno de los principios en los que se basa también es la actuación interdisciplinaria, cuyo propósito es la promoción de la vida comunitaria de los usuarios de estos servicios. Para ello se integra esta función en un Sistema de Atención Primaria de la Salud, basadas en la prevención comunitaria.

Los pronunciamientos declarativos son muy frecuentes en esta norma, inclusive en cuestiones que no requieren de jerarquía normativa por tratarse de pautas de atención sanitaria. Sin embargo, el legislador provincial consideró que debía sumergirse en definiciones técnicas y en las modalidades de tratamiento, de manera de acotar la discrecionalidad de los que denomina “efectores” en salud (ya sean estatales o privados). Este estilo retórico es el mismo que utiliza la ley 26.657, enunciando que el objetivo es marcar y consolidar principios en la atención en esta materia. La cantidad de dispositivos de atención y prevención que enumera esta ley requiere de una previsión presupuestaria importante, cuestión que también se aborda, al imponer que se asigne un porcentaje de al menos diez por ciento (10%) del presupuesto sanitario a esta área de salud mental. Si bien se aclara que se trata de un objetivo a lograr de manera progresiva, se trata de un porcentaje muy importante y seguramente esta asignación genérica y *a priori* acarreará discusiones por la distribución de recursos, ya que lo que se asigna a este ítem se quita de otra área de interés sanitario. Queda claro que la Ley de Presupuesto provincial, también emitida por el órgano legislativo, puede disponer otro porcentaje, por lo cual este señalamiento no deja de ser una declaración de intenciones. La atención a través de la obra social provincial, Administración Provincial de Obra Social (APOS) debe ser garantizada por el presupuesto para sus afiliados.

Se define como autoridad de aplicación a la Dirección General de Salud Mental del Poder Ejecutivo provincial. Desde ese organismo deben surgir las bases de lo que será un “Plan Provincial de Salud Mental”, coherente con los principios de esta norma. Posiblemente los detalles de este plan quedarían mejor establecidos en una resolución ministerial y no en la ley provincial. Sin embargo, nuevamente se incurre en tal exceso de detalle y declaraciones un poco altisonantes, ya que no refiere necesariamente a prescripciones concretas. Habla de inclusión social, de integración en redes familiares y comunitarias, abordaje dinámico y contextual, en fin, términos poco operativos para una ley de la provincia. La

autoridad de aplicación deberá, asimismo, llevar adelante un relevamiento sobre cuáles son las instituciones de internación en salud mental, ya sean de carácter estatal o privado, incluyendo en ese censo a las personas internadas en tales establecimientos. A modo de una estadística permanente, también se deberá mantener una supervisión sobre los tratamientos, con especial atención a su duración y las estrategias desarrolladas con el propósito de lograr la externación, a partir de redes familiares y comunitarias.

La norma ordena a la autoridad de aplicación a que coordine con otras áreas del Poder Ejecutivo provincial diferentes planes de promoción social. También le indica cuáles son las modalidades de tratamiento, a modo de pautas. Si bien son loables los principios genéricamente enunciados (abordaje comunitario, rehabilitación en todos los niveles de atención), es un poco ingenuo creer que desde una ley se puede indicar al profesional actuante cuáles son las acciones que debe llevar adelante en el tratamiento. Así, se incluye entre los derechos del paciente, el de recibir información clara acerca de su tratamiento, de forma de poder brindar o no su consentimiento informado. También se plantea que la medicación debe ser solamente suministrada en los casos necesarios, lo cual parece más una pauta técnica del ejercicio de la medicina, que una prescripción que deba ser incluida en una ley provincial. En cambio, sí resulta competente el legislador para el diseño del sistema sanitario y allí la norma toma una decisión coherente con la ley 26.657, consistente en la inclusión de dispositivos de internación en todos los hospitales generales. De esta forma, se busca evitar la segregación de estos usuarios en instituciones monovalentes (los antiguos manicomios o clínicas neuropsiquiátricas).

De igual forma que la ley nacional, esta norma promueve la atención interdisciplinaria, que incluye a profesionales de la psiquiatría, psicología, trabajo social, terapia ocupacional, enfermería y psicopedagogía, sin que el listado sea taxativo. Uno de los temas que trajo fricciones entre profesionales de la medicina y otras áreas es la posibilidad de conducir servicios e instituciones. En este punto, la ley provincial asume una tendencia que otras jurisdicciones ya habían elegido, como es la equivalencia de estos títulos para aspirar a esos cargos. Asimismo, se le solicita a la autoridad de aplicación que fomente en las instituciones educativas los principios que surgen de ese texto, del mismo modo que se hizo en los últimos años con la ley 26.657 que fue incesantemente propalada y elogiada en diferentes ámbitos políticos. Si bien la norma plantea que se den recomendaciones a las universidades, hay que aclarar que tales entidades en el orden nacional son autónomas y no deben estar sujetas a la discrecionalidad política del poder de turno. Claro que la aplicación del presupuesto estatal en diferentes ámbitos logra influenciar porque la proliferación de cargos públicos, financiación de publicaciones e invitaciones a congresos, termina siendo un aliciente para quienes asumen como propia la militancia de la ley.

Los diagnósticos en esta materia no pueden ser hechos con base en el nivel socioeconómico del paciente, ni a su grupo de pertenencia, ni por

motivos de raza, sexo, orientación de género, ideología política o cualquier motivo discriminatorio. Por el contrario, debe basarse en evidencia científica, algo que debería darse por sentado en cualquier tratamiento pero que el legislador provincial (y el nacional) consideró oportuno remarcar aquí. Posiblemente el criterio más trascendente de esta ley, que abarca tanto aspectos médicos como jurídicos, es el de la internación involuntaria, al prescribir que debe ser considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo. Por ello, solamente puede autorizarse cuando las demás alternativas menos restrictivas hubieren fracasado. Inclusive cuando se hubiere llegado a la opción de internar, debe hacerse en instituciones generales y dispositivos polivalentes de salud, por el menor lapso de tiempo posible. El parámetro a tomar en cuenta es que el paciente evidencie un riesgo cierto e inminente para sí mismo o para terceros.

Más allá de los diagnósticos técnicos, la norma trae requisitos formales para las internaciones, coincidentes con la ley 26.657, como en la casi totalidad del texto provincial. Uno de los requisitos importantes es la notificación a la autoridad judicial dentro de las 48 horas de la internación voluntaria. Esta toma de conocimiento incluirá un diagnóstico interdisciplinario e integral, que deberá ser suscripto por dos profesionales (al menos) del servicio asistencial donde tiene lugar la internación. Y uno de estos dos profesionales firmantes, al menos, debe ser médico o psicólogo. La norma no aclara si la especialidad del médico debe ser psiquiatría, por lo cual debería entenderse que ello no es requisito legal. Sin embargo, siguiendo los estándares científicos y las incumbencias profesionales, sería incomprensible que el médico que suscribe una fundamentación de internación por causa de salud mental tenga otra especialidad que no fuera la psiquiátrica. También la norma compele a la búsqueda inmediata de la identidad de la persona internada y de su entorno familiar. Por supuesto que, si la internación fuera realizada de manera voluntaria por parte del usuario del servicio, podrá retirarse en cualquier momento. Pero inclusive en el caso de la internación voluntaria, si esta se extendiera por un plazo mayor de sesenta días, deberá darse noticia de ello al juez competente y también al Órgano de Revisión, para que se realice una evaluación y se constate eventualmente si puede considerarse aun como una internación voluntaria. Si no lo fuera, deberán ponerse en marcha los requisitos propios de la supervisión de una internación involuntaria. Por otro lado, se prohíbe que se sostenga una internación si la causa de su continuidad fuera de orden social, una de las deformaciones más usuales de las internaciones y que esta norma provincial, junto con la ley 26.657 intentan erradicar.

El informe que funde la internación involuntaria debe notificarse en el plazo de 24 horas al juez y al Órgano de Revisión, con una extensión de hasta 72 horas para remitir las constancias técnicas. Una vez notificado, el juez tendrá tres días corridos para autorizarla o no. Eventualmente podrá pedir una ampliación de los estudios técnicos, ya sea por parte del mismo equipo que participó o bien a través de un peritaje externo. Durante el trámite de autorización o denegación judicial de esta autorización, el paciente (o usua-

rio) deberá contar con patrocinio jurídico, ya sea particular o designado por el Estado. La norma no aclara si esta representación legal culmina con la aprobación de la medida terapéutica por parte del juez o si debe persistir durante toda la internación. Lo que sí se ordena es la producción de informes mensuales al juez acerca de la evolución de la internación, para analizar si corresponde mantener la medida. A los tres meses, se deberá designar un nuevo equipo interdisciplinario, independiente de la institución donde se desarrolla la intervención, para producir esa evaluación. Será el Órgano de Revisión el ámbito encargado de designar a ese equipo externo.

Un desafío operativo en esta materia son las derivaciones, que se aborda también aquí. Se sabe que puede requerirse de un traslado del paciente (o usuario) y no es fácil este procedimiento porque no siempre se cuenta con los recursos necesarios para realizarlo de manera confortable y segura, tanto para la persona trasladada como para los encargados de ese trabajo. La norma prescribe que se realicen con un acompañante del entorno de la persona, lo cual no siempre es posible. El Órgano de Revisión es informado, pero la ley no le atribuye la obligación de este acompañamiento cuando no hubiere alguien disponible del entorno familiar. Justamente este organismo, dependiente del Ministerio Público de la Defensa, debe actuar para proteger los derechos y garantías del paciente (o usuario). Se conforma con una serie de representantes de organismos públicos como Salud Pública, Derechos Humanos, pero también con participantes de asociaciones de usuarios, familiares y voluntarios del sistema de salud mental. También deben participar entidades representativas de los trabajadores del área. Se crea otra instancia, además, a la que se denomina Consejo Consultivo, donde participen también organismos públicos y representantes de instituciones privadas, a modo de instancia de monitoreo de la ley. A diferencia de la norma nacional, aquí no se aclara que las funciones de quienes participen en el Órgano de Revisión o del Consejo Consultivo serán desarrolladas de manera honoraria, o sea sin una retribución por parte del Estado. Por lo tanto, queda la duda acerca de si se aprovechará la oportunidad para darles una renta a nuevos funcionarios estatales.

Como ya se dijo, esta norma abusa de declaraciones retóricas y de objetivos, tal como sucediera con la ley 26.657, inclusive muchos fragmentos son copias textuales. Más allá de esas declaraciones, lo que se hace básicamente es quitarles a los profesionales de la psiquiatría la exclusividad en el tratamiento de pacientes con padecimientos mentales, dando mayor poder a los equipos interdisciplinarios. Otra directiva trascendente de esta ley, también en la misma dirección, es cambiar los términos de la internación psiquiátrica. La internación deja de ser una decisión técnica de las áreas médicas y de la conducta, para ser una medida supervisada y controlada por organismos administrativos y judiciales. Por tratarse de una cuestión tan delicada parece una acertada precaución, coherente con los estándares internacionales en esta materia.

Cita on line: AR/DOC/4011/201

ACTUALIDAD

Actualidad Laboral

Adriana Doña (*) y Laura Elmelay (**)

I. Riesgos del Trabajo

1.1. Incapacidad. Valoración de las pericias

La Sala Unipersonal de la Cámara Séptima del Trabajo, de la Primera Circuns-

cripción Judicial de Mendoza, a cargo de la Dra. Ana María Salas, en fecha 15/04/2020, en los autos N° 157247, caratulados: “Rubio Lucas Yoel c/ Provincia Art S.A. p/ Acc.”, Cita Online AR/JUR/15021/2020, desestimó la demanda intentada por un trabaja-

dor con sustento en supuesta incapacidad laboral.

Para así concluir, la judicante basó su razonamiento en las reglas del “onus probandi” (arts. 175, C.P.C.C. y T. y 108 del C.P.L.), según las cuales, incumbía al trabajador la prueba de los hechos (“constitutivos”) en los que basaba su acción.

En esa línea, verificó que el perito sorteado en la causa realizó su informe sobre la base de manifestaciones subjetivas del trabajador, sin respaldo objetivo, sin ponderar una discapacidad

preexistente y sin indicar con qué método ni conforme a qué baremo estableció la incapacidad en el proceso.

Por otra parte, estimó que la experticia realizada por el Departamento de Pericias Judiciales de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, con base en nuevos estudios, concluyó en que el actor no presentaba incapacidad vinculable al siniestro base de la *litis*, informe que no fue desvirtuado por el actor.

En definitiva, otorgó valor dirimente a este último informe, con apoyo en la opinión de la Corte

Suprema (CS) (autos “Migoya”), toda vez que entendió que los informes oficiales poseen mayor grado de certeza, y destacó que su importancia probatoria depende de “...la seriedad de sus conclusiones, los métodos científicos empleados, el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia o técnica, el nexó lógico entre las premisas y las conclusiones, su coherencia y la calidad de sus fundamentos y el grado de su concordancia con los demás elementos de prueba...”.

I.2. *Enfermedad accidente (enfermedad no listada). Caracteres*

La Sala Unipersonal de la Cámara Séptima del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del Dr. Sergio Simó, en fecha 16/03/2020, en los autos N° 157.834, caratulados: “Aguilar Jarpa María c/ La Segunda A.R.T. S.A. p/ Enfermedad Accidente”, Cita Online AR/JUR/15023/2020, hizo lugar a la acción entablada por una trabajadora en contra de la Aseguradora correspondiente, al verificar configurado un supuesto de enfermedad no listada (o “enfermedad accidente”).

Para así proceder, el juzgador recordó que, en el marco de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, las enfermedades, para revestir el carácter de “profesionales”, deben encontrarse listadas en la normativa complementaria (decs. 658/96 y 49/14 y laudo 156/96), lo que no aconteció en la causa.

No obstante, observó que la patología revestía el carácter de una “enfermedad accidente”, a la que definió como aquella que se originaba en un proceso patológico, a veces imperceptible, que se generaba, agravaba o desarrollaba con el transcurso del tiempo, en forma lenta, progresiva e irreversible y que era causada por la actividad laboral. Esa terminología también la extendió a la hipótesis donde el trabajador sufría un accidente mientras la enfermedad se encontraba en curso, con lo que se contribuía a aparición, el desarrollo o el agravamiento de ese proceso lesivo.

Luego, memoró que, aun cuando las “enfermedades accidentes” no son indemnizables en el marco de la ley 24.557, la Justicia abrió la senda para su reparación, tanto a nivel local (S.C.Mza., autos “Borecki”), como a nivel nacional (C.S.J.N., autos “Silva”), cuando declaró la inconstitucionalidad de la cláusula que vedaba su inclusión en el régimen tarifado (art. 6°, ley 24.557).

I.3. *Lumbociatalgia. Nueva enfermedad “listada”*

La Cámara Sexta del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en pleno, en fecha 15/04/2020, en los autos n° 156.550, caratulados: “Arancibia Juan Humberto c/ Experta Art S.A. p/ Enf. Accidente”, Cita Online AR/JUR/15024/2020 , hizo lugar a la demanda entablada por un trabajador que padecía lumbociatalgia, entre otras dolencias.

Para así resolver, el Tribunal tuvo en particular consideración que el decreto 49/2014 (B.O. 14/01/2014) incorporó a las enfermedades de columna dentro de las “enfermedades profesionales” amparadas por el régimen de la ley 24.557.

Destacó que ese articulado contenía un detalle de cuáles debían ser los agentes de riesgo presentes en el trabajo, para la procedencia del reclamo. A saber “...*posiciones forzadas y gestos repetitivos de la columna vertebral lumbosacra: tareas que requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo requieren levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados...*”

Además, memoró que esa normativa dispuso un período mínimo de exposición al agente no

inferior a 3 años, cumplidos en forma continua o discontinua, mediante el desempeño en jornada habitual completa.

En ese marco, la Cámara constató que el actor se desempeñó como obrero rural, tractorista y contratista, y que, en tal condición, realizó distintas tareas que comportaron posturas incómodas, posiciones viciosas y forzadas y con movimientos repetitivos, todo lo cual justificó la admisión del resarcimiento de esa patología.

I.4. *Comisiones médicas. Constitucionalidad. Aplicación inmediata*

La Segunda Cámara del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza (Departamento de San Rafael), en fecha 16/04/20, en con CUIJ n° 13-04951743-7, caratulados: “Mesa, Mauricio Raúl c/ Galeno, A.R.T. S.A. s/ Accidente”, Cita online AR/JUR/15025/2020, hizo lugar a la excepción de incompetencia opuesta por la aseguradora y, en consecuencia, dispuso la suspensión de las actuaciones hasta tanto la actora cumpliera y acreditase el agotamiento de la instancia administrativa previa por ante la Comisión Médica Jurisdiccional.

Para así resolver, declaró la constitucionalidad del procedimiento administrativo previo reglado por los arts. 1°, 2°, 14 y 15 de la ley 27.348 y D.N.U. n° 54/2017, con remisión a los argumentos vertidos por el entonces Fiscal General ante la CNTrab., Dr. Eduardo Álvarez, y en el fallo ulterior emitido en el proceso por la Sala II de ese tribunal, en la causa “Burghi” (C.N.A.T., S.II, sent. del 03/08/17).

En ese sentido, juzgó razonable que el sistema hubiese exigido la previa intervención de organismos médicos, toda vez que ella resultaba necesaria para la determinación de la existencia de una minusvalía resarcible y el esclarecimiento del nexó causal.

Ponderó, asimismo, otras cuestiones relevantes, tales como: (i) que las comisiones médicas jurisdiccionales (creadas el art. 51 de la ley 24.241) reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad necesarios; (ii) que el trabajador ahora cuenta con asistencia letrada; (iii) el procedimiento otorga revisión judicial; (iv) que el trámite posee una duración máxima de 60 días, entre otras cuestiones.

En cuanto al caso en particular, destacó que el accionante no acreditó una lesión concreta a su derecho de acceso a la Justicia, y que el plazo de duración antedicho no poseía una magnitud que ameritase a acudir a la *ultima ratio* del sistema jurídico, esto es, a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en crisis.

Por último, memoró un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia local (S.II, sent. del 18/12/19, “Contalba”), que revirtió una decisión propia de la Cámara y, por razones de acatamiento moral, celeridad y economía procesal, dispuso la aplicación —inmediata— de las normas procesales contenidas en las leyes 27.348 y 9017, en razón de que la acción fue presentada con posterioridad a la entrada en vigor de esos cuerpos normativos.

Las costas de la articulación se impusieron en el orden causado, con sustento en la naturaleza de la cuestión debatida.

I.5. *Ingreso Base. D.N.U. N° 669/19. Inaplicable*

La Segunda Cámara del Trabajo, de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza (Departamento de San Rafael), en pleno, en fecha 15/04/2020, en los autos n° 14.574, caratulados: “Agüero Daniel Alberto c/ La Segunda ART S.A. p/ Accidente”, Cita Online AR/

JUR/15026/2020, hizo lugar a la acción intentada por el actor, pero descartó la aplicación del D.N.U. n° 669/19 para el cálculo del ingreso, base del cálculo indemnizatorio.

En ese sentido, el Tribunal juzgó que ese decreto (publicada en el BO en fecha 30/09/2019) resultaba inaplicable al supuesto en análisis, no solo por las reglas de aplicación de las normas en el tiempo, sino también por su forma y por su confuso contenido.

En relación con la vigencia, verificó que el D.N.U. tuvo por objeto modificar el contenido del art. 12 de la ley 24.557, según la redacción que otorgó a esta cláusula la ley 27.348.

Ello así, estableció que solo rige para aquellas contingencias alcanzadas por la ley 27.348; o sea, a aquellas cuya primera manifestación invalidante hubiese acontecido a partir del día 05 de marzo de 2017, lo que no se demostró en la causa.

En apoyo de su decisión, memoró que otros tribunales locales se han pronunciado en idéntico sentido. Así, citó a la Primera Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, órgano que resolvió que ese D.N.U. constituía un régimen destinado a alterar la forma de actualizar el Ingreso Base Mensual (art. 12), ya modificado por la ley 27.348 (1CT, 1CJ, sent. del 04/11/19, “Garro”).

Desde otro ángulo, observó que el D.N.U. fue dictado —y publicado— mientras el Congreso se hallaba en sesiones ordinarias, por lo que no se ajustó a lo dispuesto por el art. 99, inc. 3° de la CN (conf. C.S.J.N., “Verrocchi”, Fallos 322/1726).

Por último, con cita de otro par provincial, evaluó que la redacción otorgada al D.N.U. en estudio revestía suma complejidad para su aplicación práctica, toda vez que otorgó facultades reglamentarias a la Superintendencia de Seguros de la Nación, para el dictado de normas “...*aclaratorias y complementarias...*”, así como “...*medidas tendientes a (...) agilizar la terminación de los procesos judiciales*” (conf. 2CT, 1CJ, sent. del 25/10/2019, “Galdame”).

I.6. *Factores de ponderación. Cálculo*

La Primera Cámara del Trabajo, de Paz y Tributario de la Cuarta Circunscripción Judicial de Mendoza (Departamento de Tunuyán), en pleno, en fecha 14/04/2020, en los autos n° 16.407, caratulados: “Jesús, Rodolfo Marcelo c/ La Segunda A.R.T. S.A. p/ Accidente”, Cita Online AR/JUR/15027/2020, hizo lugar a la acción entablada por el actor y, al así resolver, estableció la incapacidad del operario con adición de los factores de ponderación.

En este cometido, memoró que esos factores, que el régimen de riesgos del trabajo manda a incorporar al porcentaje de incapacidad básico eran: la edad, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral, supuestos que podían ser aplicados en conjunto o en forma separada, y que sus valores no se correspondían, necesariamente, con los máximos permitidos.

Por el contrario, su procedencia y cuantía dependía de las características del trabajador accidentado y su lesión, de las posibilidades de reubicación, de la afectación para el desempeño de su tarea habitual, entre otras cuestiones.

La edad, ejemplificó, no dependía de otras variables y se relacionaba con la edad del sujeto lesionado al momento de la primera manifestación invalidante.

Para la cuantificación del factor “tipo de actividad”, por el contrario, estimó indispensable recurrir a otro indicador: el grado de dificultad

que le ocasionaba la incapacidad al individuo para la realización de sus tareas habituales. A este fin, adoptó la categorización efectuada por el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA): realización de tareas habituales sin dificultad, las realiza con dificultad leve, con dificultad intermedia o con alta dificultad.

I.7. *Accidente laboral. Patología lumbar. Inconstitucionalidad art. 12, ley 24.557*

La Sala Unipersonal de la Cuarta Cámara del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del Dr. Fernando Nicolau, en fecha 26/02/2020, en autos n° 152.709, caratulados: “Themtham Marcos Oscar c/ Asociart ART SA p/ accidente”, Cita Online AR/JUR/15018/2020, admitió la demanda de la trabajadora que reclamó indemnización por incapacidad laboral.

En primer término, el sentenciante determinó la existencia del accidente denunciado mediante la prueba instrumental no observada (art. 177, Código Procesal Civil, Comercial y Tributario), en particular, las constancias de asistencia médica por parte de la A.R.T. y el Dictamen de Comisión Médica N° 4.

A fin de determinar el porcentaje de incapacidad, estimó pertinente el dictamen del perito neurólogo y descartó el efectuado por el perito médico laboral ya que, aquel fue realizado en fecha posterior y además correspondía con el profesional especialista en la materia.

Finalmente, rechazó la tacha de inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley de Riesgos del Trabajo al verificar que, en la comparación de montos entre el salario según la citada norma y el mejor salario probado, no se superaba la pauta jurisprudencial estipulada en la causa “Vizzotti” de la Corte Federal.

I.8. *Acoso laboral. Tacha de testigo. Prueba pericial*

La Quinta Cámara del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en pleno, en fecha 18/03/20, en autos con CUIJ n°: 13-00846571-6, caratulados: “Acuña, José Luis c/ Granjero Mendocino S.A. y Experta A.R.T. S.A. P/ Enf. Accidente”, Cita Online AR/JUR/15019/2020, rechazó la demanda interpuesta por el actor, al considerar no acreditado el acoso laboral por él invocado como causante de su supuesta enfermedad profesional.

Sobre el certificado médico de parte, el Tribunal concluyó que no constituía plena prueba en contra de la demandada en tanto, era un instrumento privado, confeccionado en forma unilateral por la parte interesada. En tal condición, no le atribuyó ninguna presunción de autenticidad, ni en cuanto a su apariencia externa, ni en cuanto a la veracidad de su contenido cuando además, había sido cuestionado por la accionada.

A su vez, analizó que la pericia médica carecía de fuerza convictiva ya que se basó solo en dichos del actor y sobre supuestos hechos que no fueron demostrados en la causa. Sin embargo, sí valoró los dictámenes del Cuerpo Médico Forense y de Criminalística, que fueron realizados por licenciados en psicología y médicos patólogos.

Finalmente, al momento de evaluar las declaraciones testimoniales, admitió la tacha de un testigo propuesto por la parte actora al determinar que fue impreciso en su declaración, y que su deposición no concordaba con el resto de las pruebas arrimadas al proceso, lo que afectó su credibilidad y autenticidad.

II. *Contrato de Trabajo*

II.1. *Empleador múltiple. Diferencia con el “Pluriempleo”*

La Sala Unipersonal de la Séptima Cámara del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del Dr. Federi-

(*) Abogada UN Cuyo. Magister en derecho del trabajo y relaciones internacionales. Doctoranda en derecho del trabajo. Secretaria Relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II (competencia laboral).
(**) Abogada UN Cuyo. Especialista en Derecho

del Trabajo por las Universidades del Litoral y Nacional de Cuyo. Secretaria Relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II (competencia laboral). Profesora de grado en la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Mendoza. Profesora invita-

da en posgrados y especializaciones. Autora del libro “Ley de Riesgos del Trabajo - Visión jurisprudencial” (Ed. Actualidad Jurídica) y coautora del libro “Código Procesal Laboral” (Ed. La Ley). Autora de artículos de la especialidad.

co Fioquetta, en fecha 14/04/2020, en los autos N° 158.101, caratulados: “Binimelis Ángel Guillermo c/ Yiu Niki P/ Despido”, Cita Online AR/JUR/15022/2020, hizo lugar a la acción intentada por un trabajador en contra de dos codemandados —personas humanas— condenándolos en forma solidaria, en carácter de empleadores.

Para así sentenciar, verificó que uno de los accionados reconoció la existencia del contrato de trabajo con su persona.

Luego, en relación con el codemandado, estimó que la situación de rebeldía, en la que se colocó este sujeto procesal, activó la presunción dispuesta por el art. 45 del Código Procesal Laboral, toda vez que el actor demostró el hecho principal de la prestación de servicios, con la prueba testimonial rendida.

De hecho, con esta última, entendió demostrado que, si bien el actor fue registrado por el primero de los mencionados, el segundo se desempeñaba como jefe, abonaba los salarios, daba las órdenes y, en general, era quien “hacía todo en el local”.

Por consiguiente, tuvo por configurada la situación de empleador múltiple, supuesto que se presenta —a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis de “pluriempleo”— cuando el vínculo laboral ha sido único, por lo que todos los empleadores resultaron responsables solidarios del cumplimiento de las obligaciones empresariales, precisamente por el carácter de indivisible que presentaban las prestaciones laborales a cargo del trabajador y los deberes jurídicos de los empleadores frente al trabajador (art. 26, L.C.T.).

II.2. Relación laboral no registrada. Rebeldía. Falta de prueba

La Sala Unipersonal de la Segunda Cámara del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del Dr. Jorge Guido Gabutti, en fecha 28/02/20, en autos con CUIJ n°13-04240938-8, caratulados: “Agüero Romina Anabel c/ Eyzaguirre Santos p/ despido”, AR/JUR/15017/2020, rechazó la demanda interpuesta por la trabajadora al considerar no acreditada la relación laboral invocada.

El Magistrado resolvió que, si bien la declaración de rebeldía del demandado originaba una presunción a favor de las afirmaciones de la actora hechas en su demanda, ello no resultaba suficiente como para tener por acreditada la prestación de servicios y, mucho menos, la relación laboral invocada.

Asimismo, analizó que más allá de la presunción contenida en el art. 23 de la LCT, el actor mínimamente debía demostrar que su prestación de servicios era dirigida en forma personal por la persona a la que le atribuía la calidad de empleador, lo que no resultó acreditado en el caso particular.

Valoró, además, que tampoco se produjo prueba que permitiera determinar dónde se encontraba la explotación comercial en la época en que se invocó la existencia de relación laboral, ni a nombre de quién se habilitó, cuestiones que pudieron haberse comprobado de haberse requerido informe a la Municipalidad de la Capital, o a la Dirección General de Rentas o a cualquier otro organismo oficial.

II.3. Despido indirecto. Relación laboral no registrada. Fecha de ingreso. Jornada

La Primera Cámara del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en pleno, en fecha 10/03/20, en autos con CUIJ n° 13-03856710-6, caratulados: “Sapia Carmen Bernardita Antonia c/ Jofré Héctor Isidro p/ despido”, Cita Online AR/JUR/15020/2020, admitió la pretensión de la trabajadora al reclamar las indemnizaciones derivadas del despido indirecto.

Respecto a la fecha de ingreso, el Tribunal tuvo por cierta a la fecha referenciada por una testigo ya que, ante la falta de registración laboral de la actora, no existía otro elemento que la acreditara.

Luego, en cuanto a la jornada laboral, resolvió que era la empleadora quien estaba en mejores condiciones de aportar los elementos de ponderación probatoria que permitiera dilucidar el conflicto, puesto que debieron obrar en su poder los documentos y registraciones legales contables (arts. 23 y 55 L.C.T. y art. 55 C.P.L.).

De manera que, no habiéndose acreditado la jornada invocada por la empleadora, la Cámara concluyó en que la actora cumplió la jornada por ella denunciada en el escrito de demanda.

II.4. Despido indirecto. Vigilador general CCT 507/07. Falta de pago de salario. Intereses

La Sala Unipersonal de la Tercera Cámara del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del Dr. Marcelo Parrino, en fecha 06/03/20, en autos n° 155.964, caratulados: “Sosa, Roberto Walther c/ Presto

Seguridad Preventiva S.A. p/ despido”, Cita Online AR/JUR/19298/2020, admitió la acción interpuesta y condenó a la empresa a abonar los rubros reclamados.

La sentencia estimó dirimente a la causal de injuria invocada, en el caso, la falta de pago de dos meses de salario, a los fines de otorgar la indemnización por despido.

A este respecto, descartó la causal de distracción invocada por la demandada, quien fundó su defensa en que los trabajadores fueron despedidos por falta o disminución de trabajo (art. 247 de la LCT), al no poseer “objetivos” donde cumplir las funciones de vigilador.

De hecho, el Tribunal razonó que no fue desconocida la deuda de salarios con el actor por lo que, consideró justificado, legítimo y proporcionado el despido indirecto del trabajador por ser la falta de pago una injuria grave que no permite la prosecución de la relación laboral.

Por otra parte, aplicó los intereses según la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.) desde que cada suma era debida hasta el día 29/10/2017; a partir del día 30/10/2017 y hasta el 01/01/2018, aplicó la tasa “Libre Destino” a 36 meses del B.N.A.; y, desde el 02/01/2018, la tasa de la ley provincial 9041.

Sobre esto último, concluyó que, atento las constancias de la causa, no correspondía acrecentar la tasa de interés según lo disponen los arts. 1° y 2° de la ley 9041.

Cita on line: AR/DOC/2175/2020

ÚLTIMA INSTANCIA

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

Violencia laboral contra la mujer

Constituye violencia contra las mujeres —en el ámbito laboral—, quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función y en el caso de la actora, que se desempeñaba como gerente de una empresa de transporte, percibía un salario inferior al de los varones que se desempeñaban en su mismo puesto, no recibía aumentos y sufría reducciones en su salario y pagos secionados sin justificación alguna, existió una manifiesta intencionalidad contra el género femenino en el accionar de la

demandada cuando mantuvo un trato evidentemente discriminatorio respecto de los demás compañeros hombres que cumplían idéntica función.

SC Mendoza, M. T., D. c. Tramit S.A y otros U.T.E s/ despido, 13/03/2020.

Cita online: AR/JUR/5362/2020

Accidentes en itinere

En los accidentes *in itinere* no resulta procedente el reclamo de naturaleza civil contra el empleador quien resulta ajeno a las circunstancias del accidente, ya que el suceso ocurre fuera de su ámbito de control y se encuentra

imposibilitado de adoptar medidas preventivas para evitarlos, de allí la imposibilidad de atribuirle responsabilidad por ellos.

SC Mendoza, Fernández Correa, Oscar c/Provincia ART s/ recurso extraordinario provincial, 11/02/2020.

Cita online: AR/JUR/8729/2020

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis

Impugnación de instrumentos privados

La impugnación formulada por el demandado respecto de instrumentos privados

que contiene firmas certificadas por escribano público resulta improcedente, en tanto no se ha promovido la redargución de falsedad correspondiente y el mismo no puede ser simplemente impugnado y/o desconocido.

ST San Luis, Ostovich, Germán c. Lanza, Jaime Arcelio s/ escrituración, 13/02/2020.

Cita online: AR/JUR/7932/2020

Cita on line: AR/DOC/2182/2020

SECRETARIOS Ariel G. Parellada Olga Castillejo de Arias	Olga Castillejo de Arias Angélica Correa Pascual E. Alferillo José García Castrillón Horacio C. Gianella Ariel G. Parellada	Fernando Pérez Hualde Gladys Puliafito Roberto Stocco Dante M. Vega	Horacio Cuervo Rosana Dottori Sebastián Elías Daniela Favier Héctor Ricardo Fragapane Silvina Furlotti Fernando Gabriel Games Santiago José Gascón	Augusto M. Guevara Marina Isuani Claudio Leiva Elsa B. Madrazo Silvina Miquel Roberto Monetti Andrés Nicosia Sergio Parellada	Alejandro Piña Pablo Quirós Silvina Ruth Scokin María Josefina Tavano María Gabriela Yarle Carlos A. Livellara
CONSEJO DE REDACCIÓN María Gabriela Ábalos Víctor Bazán	Liliana T. Negre de Alonso Alejandro Pérez Hualde	COLABORADORES Alicia Boromei De Barroso Ignacio Boulín Victoria			