

# JA

## JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:  
**LUIS DANIEL CROVI**

Bs. As., 16/06/2021

2021 - II  
            
fasc. 12

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

**ABELEDOPERROT**

ISSN: 2545-6261

RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados

© **ABELEDOPERROT S.A.**

**Dirección, administración y redacción**

Tucumán 1471 (C1050AAC)

[laley.redaccionjuridica@tr.com](mailto:laley.redaccionjuridica@tr.com)

**Ventas**

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

*Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

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

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

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

### **Constitucional**

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

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **Penal**

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

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

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

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

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

# ÍNDICE

---

## DOCTRINA

A más de un año de la declaración de pandemia en la República Argentina. Reflexiones sobre los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes <i>Graciela Tagle de Ferreyra - Laura Martina Jeifetz</i> .....	3
--	---

## JURISPRUDENCIA ANOTADA

<b>CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES</b> Solicitud para destruir embriones crioconservados. Naturaleza jurídica del embrión. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Consentimiento informado .....	21
<b>Un fallo que atrasa en el camino jurisprudencial y la imperiosa necesidad de contar con la ley especial de embriones crioconservados</b> <i>Gonzalo E. Imas</i> .....	36

## JURISPRUDENCIA

<b>DERECHO DE PERMANENCIA EN EL EMPLEO</b> Interpretación amplia del art. 19 del CCT 1453/15 E. Supresión de dependencias o funciones del RENATEA. Opción de reubicación en cabeza del trabajador .....	47
<b>PLAZO DE GRACIA</b> Alcance. Goce íntegro de los plazos procesales .....	52
<b>RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET</b> Pedido de bloqueo de determinados resultados de búsqueda. Libertad de expresión. Derecho a la intimidad. Derecho al olvido. Procedencia .....	54

**IMPUESTO A LAS GANANCIAS**

Ajuste por inflación. Medida cautelar. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. No afectación del interés público..... 60

**CUOTA ALIMENTARIA EN DÓLARES**

Moneda extranjera. Conversión a pesos a la cotización del denominado "dólar MEP" ..... 70

**JUICIO EJECUTIVO**

Extensión de la condena a la sociedad anónima demandada. Previo desistimiento en los términos del art. 133, LCQ. Quiebra dejada sin efecto. Ejercicio regular del legítimo derecho de acceso a la jurisdicción..... 72

**PRODUCTO DEFECTUOSO**

Fallas de fabricación. Reparación insatisfactoria. Incumplimiento del deber de garantía. Responsabilidad del fabricante. Daño moral. Daño punitivo ..... 74

**DESPIDO DISCRIMINATORIO**

Extinción fundada en el tratamiento de fertilización asistida. Daño moral. Responsabilidad solidaria. Jornada de trabajo. Pausa de una hora para almorzar. Tiempo en beneficio propio ..... 80

**FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

Emplazamiento filial de dos niños como hijos de la peticionante. Proceso de reproducción asistida heteróloga. Consentimiento informado firmado únicamente por la demandada. Acreditación de la voluntad procreacional. Derecho a la identidad ..... 90

**DAÑOS CAUSADOS POR DECISIONES ADMINISTRATIVAS**

Escribano removido del Registro Notarial. Innecesariedad de agotar la vía administrativa. Excepción de falta de legitimación para obrar opuesta por la provincia de Tucumán. Rechazo. Principio de tutela judicial efectiva y principio *in dubio pro actione* ..... 95

# DOCTRINA

---



# A más de un año de la declaración de pandemia en la República Argentina

## Reflexiones sobre los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes

Graciela Tagle de Ferreyra (\*)

Laura Martina Jeifetz (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Primera parte. La mirada puesta en los principios.— III. Segunda parte. La experiencia de la Red Internacional de Jueces de La Haya.— IV. Tercera parte. Herramientas existentes e incorporadas.— V. Cuarta parte. Las TIC: su aplicación en la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.— VI. Quinta parte. Ley de procedimiento nacional, jurisprudencia y estadísticas.— VII. Conclusión.

### I. Introducción

En 2020, el mundo entraba en una crisis sanitaria sin precedentes en la historia reciente. La declaración de pandemia es un hecho que causó y sigue causando la mayor cantidad de muertes, pérdidas económicas y laborales de los últimos cien años. A la hora actual, parece que nada cambió, sino que, por el contrario, la crisis se agrava. El COVID-19 primero provocó caos, angustia, restricción de actividades y de derechos. Lentamente, comenzamos a ver la globalidad del problema buscando respuestas a esta tragedia. Mucho se ha escrito sobre sus consecuen-

cias, por lo que preferimos ver la luz en lugar de la oscuridad.

Desde luego, la emergencia sanitaria suma profundos desafíos a los procedimientos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (NNyA), en los que la premura en resolver configura un componente ineludible. En este contexto, la implementación de modernas herramientas se vislumbra como grandes aliadas para resguardar el interés superior del niño. En efecto, contribuyen a lograr una pronta restitución, sin olvidar el cumplimiento de las garantías consagradas en los convenios. Uno de los principios trascendentales del Convenio de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), es la celeridad.

En este camino, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y las noveles

---

(\*) Jueza de Enlace de la República Argentina y coordinadora de la Oficina de Cooperación Judicial Internacional del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba.

(\*\*) Abogada. Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Adscripta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

herramientas procesales, aplicables a la cooperación jurídica internacional —que en tiempos como los que corren se transformaron en auxiliares de la justicia— resultan altamente beneficiosas para garantizar la duración razonable de estos procesos. Por su parte, los órganos encargados de resguardar el debido acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva fueron forzados a adoptar nuevos mecanismos de trabajo. Así, incorporaron el trabajo remoto, la digitalización e intensificaron el trabajo en red. Por lo tanto, ¿es posible que esta situación tan devastadora represente una oportunidad para los casos de restitución internacional de NNyA, régimen de visitas o contacto internacional?

En este trabajo, que se segmenta en cinco partes, nos proponemos abordar la aplicación de los derechos de los NNyA como nueva rama jurídica. A su vez, trataremos en profundidad las distintas herramientas que fueron indispensables para dar respuestas a los casos de restitución internacional, régimen de visitas o contacto internacional durante la pandemia. Por último, haremos una breve descripción sobre casos suscitados, así como una ilustración sobre la duración de los procesos.

## II. Primera parte. La mirada puesta en los principios

### II.1. Principios rectores y procesales en esta materia

Nos referiremos a los principios regentes y procesales en los convenios restitutorios. El interés superior del niño es un axioma rector, que conforme al art. 2° de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños: “Se consagra como criterio orientador y de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, como como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual natural la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución sobre la solicitud de restitución o de visita internacional”.

Este principio —“orientador de interpretación”— demuestra claramente que el mejor interés de un NNyA es regresar a su lugar de residencia habitual en los ajustados plazos que establecen los instrumentos vigentes. Esta directriz, admite excepciones expresamente previstas, las cuales deben aplicarse de modo restrictivo y de manera armónica con los convenios internacionales.

Precisamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 11, establece la obligación de los estados de luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de los niños al extranjero. Tal normativa, reafirma la reglamentación de la propia Convención, cuando refiere a las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales o administrativos (1).

Ello supone un enfoque multidisciplinar con perspectiva de niñez, a más de la perspectiva de género, permitiendo a los NNyA el acceso a la justicia con la mirada proyectada en sus derechos concebidos como derechos autónomos. Esta configuración exige una formación actualizada para quienes trabajamos en esta temática.

El otro principio al que debemos referirnos es de naturaleza procesal: el principio de celeridad. Recordemos, que los convenios restitutorios disponen de tiempos muy acotados para resolver (2) y, su inobservancia hace incurrir en responsabilidad internacional a los Estados ratificantes (3). Tal axioma, obliga a utilizar las nuevas herramientas —de las que hablaremos

(1) El derecho del niño a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta conforme su edad y grado de madurez, a contar con la figura del abogado del niño para que lo asiste y represente, lo que requiere edad y grado de madurez suficiente.

(2) Seis semanas el Convenio sobre los Convenio de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y cuarenta y cinco días en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

(3) El Convenio de La Haya 1980, se encuentra vigente en nuestro país desde 1983 y posee en la actualidad 101 Estados contratantes (abril 2020). Argentina lo ratificó mediante ley 23.857 en 1990. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. A su vez, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores fue ratificada en noviembre del año 2000, por ley 25.358. Actualmente, once países forman parte de

*a posteriori*— siempre que faciliten la rápida restitución del NNyA.

### III. Segunda parte. La experiencia de la Red Internacional de Jueces de La Haya

#### III.1. Cooperación jurídica internacional. Trabajo en red

En primer lugar, subrayamos que la cooperación jurídica internacional (CJI) fue la herramienta para dar respuestas a esta situación tan inédita. Durante los primeros meses, la actividad consistió principalmente en brindar apoyo en los casos solicitados por la Autoridad Central Argentina, las Autoridades Centrales (AC) de los estados contratantes, los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya y los jueces de la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños de nuestro país como así también, a los magistrados competentes.

En tiempos de COVID-19, la Red Internacional de Jueces de La Haya trabajó en forma conjunta, estrecha e inmediata con la AC. Bajo esta articulación hemos podido sortear los innumerables inconvenientes que se presentaban para acceder a la justicia. No fueron pocos los interrogantes que enfrentamos a diario en relación con el modo de trabajo que habían implementado los distintos tribunales: qué plataforma digital utilizaban, qué oficina o mesa de entrada receptaba las solicitudes y si debían ser derivadas a alguna oficina de recepción destinada a tal fin en tiempos de pandemia.

No olvidemos que cada provincia cuenta con un juez de Familia para la Protección y Restitución Internacional de NNyA, entrenado y capacitado en esta materia. Tal cuestión facilitó la remisión de solicitudes a los distintos tribunales de las provincias, así como la actualización de la información respecto a los casos pendientes a la juez de Enlace para transmitirla a la AC y a los jueces extranjeros. De tal manera, la CJI —que desde hace tiempo se viene apoyando en el trabajo de distintas redes— se constituyó en el instrumento indispensable en este tiempo de pandemia.

esta Convención. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>

Estos casos de restitución internacional de NNyA, que se multiplicaron en los primeros meses por efecto de la pandemia —hecho que si bien contradice la lógica frente a la prohibición de circular y la suspensión de vuelos internacionales— encuentra su explicación: los vínculos familiares se ponen a prueba en situaciones de alta vulnerabilidad. Tal cuestión nos obligó a hacer uso de distintas plataformas para el envío de solicitudes con sus respectivos documentos adjuntos (4).

Así es que aquello que al inicio resultó caótico, luego se convirtió en un hábito y comenzamos a desprendernos de los documentos en soporte papel. Tiempo atrás, la aplicación de metodologías modernas de trabajo se presentaba como grandes retos por cuestiones de costos, logística, y capacitación de los operadores. Empero, en el presente, se ha logrado un avance sin precedentes. Estas innovaciones, se aprecian como altamente eficaces para llevar adelante actuaciones procesales on-line, dotando de mayor celeridad a los procesos y derribando algunos inconvenientes que existían en la práctica jurisdiccional. A su vez, debido a las medidas de distanciamiento social, algunas actuaciones deben ser realizadas inexorablemente por estas vías (5).

Sin lugar a duda, estas nuevas características en la prestación del servicio de justicia cobran mayor relevancia en aquellos procesos que no admiten dilaciones y que deben ser resueltos con extrema urgencia. Claros ejemplos, constituyen los conflictos derivados del derecho de familia.

De otro costado, la angustia e incertidumbre del primer tiempo, dio paso a un nuevo modo de entender la vida a través de la conectividad. Y este modo de vivir, conectados ininterrumpida-

(4) Trabajo ejecutado por Graciela Tagle de Ferreyra; Ma. Fernanda Castelli; María Seoane de Chiodi; y Stella Maris García Vigo y publicado en Semanario Jurídico el 12 de mayo de 2020.

(5) HARRINGTON, Carolina. "Justicia, aislamiento y videoconferencia la experiencia del derecho internacional privado en desandar barreras: guía de buenas prácticas de la conferencia de la Haya 2019", en Guillermo Barrera Buteler (Dir.), *El derecho argentino frente a la pandemia y pospandemia COVID-19*. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2020, 1a ed.

mente, trabajando desde nuestros hogares e interconectados, llegó para quedarse. Es así como, la CJI nos plantea trabajar de manera mancomunada y promoviendo la cooperación de Autoridades Centrales con AC, estas con jueces, jueces con jueces y sistemas de protección con sistemas de protección transnacionales (6).

#### IV. Tercera parte. Herramientas existentes e incorporadas

##### IV.1. Comunicaciones judiciales directas y las Oficinas de Cooperación Judicial Internacional

Una de las herramientas claves en estos tiempos son las comunicaciones judiciales directas (CJD). Estos instrumentos, que tienen por fin facilitar la comunicación entre dos jueces implicados en un caso específico, encuentran su basamento legal en el art. 2612 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) (7).

Para iniciar las CJD o facilitar las salientes, la autoridad judicial puede recurrir a los Enlaces o Puntos de Contacto de IberRed (8), a las AC,

---

(6) En un caso muy reciente, previo a la audiencia para resolver una causa de restitución internacional de una niña de tres años, hemos estado conectados de manera remota AC y Jueces de la Red Internacional de Argentina y Francia y con la jueza competente. Al momento de la audiencia, la cooperación fue instantánea para remitir kit de herramientas para un retorno seguro, Protocolo de Mediación y correos cursados entre AC y jueces de la red conteniendo la última información.

(7) "Art. 2612.- Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso (...)"

(8) La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) constituye una valiosa red de colaboración, en áreas del Derecho civil y penal. La Red se conforma por Autoridades Centrales y miembros de los Ministerios de Justicia, y demás órganos judiciales de 22 países iberoamericanos. También se integra por Tribunal Supremo de Puerto Rico (comprendiendo Andorra, España y Portugal). El objetivo elemental es optimizar el funcionamiento de los actuales convenios de asistencia civil y penal, y fortalecer la cooperación entre los países miembros de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Los Puntos de Contacto son aquellas autoridades designadas por los ministros de Justicia, las Fiscalías o

o a miembros de la Red Internacional de Jueces de la Haya. Las CJD no solo se llevan a cabo en la etapa de ejecución de sentencia, sino durante la tramitación, pues también puede requerirse información sobre el convenio aplicable, la interpretación de conceptos claves de la normativa vigente en esta materia, la jurisprudencia reciente, a más de los instrumentos para un retorno seguro en tiempos de pandemia.

Ejemplo de las previstas para lograr un retorno seguro serían: recabar información sobre denuncias previas de violencia doméstica, causas penales pendientes, información en relación al otorgamiento de la custodia en el estado de residencia habitual, prever una rápida audiencia para escuchar a los niños, niñas y adolescentes en el lugar de residencia habitual, tener información sobre vuelos de repatriación, actualización de la información requerida para el retorno (necesidad de cumplir con la cuarentena en el lugar de destino, hisopado previo al viaje etc.) entre otras de interés.

Otra herramienta de cooperación las constituyen las Oficinas de Cooperación Judicial Internacional tanto de la provincia de Mendoza (9) (Se.Ju.C.A.I anterior DECI) como de la provincia de Córdoba (10). En cuanto a esta última, el

---

Procuradurías Generales y por los Organismos Judiciales de los Países Iberoamericanos. Puede tratarse de jueces, fiscales y funcionarios de los Ministerios de Justicia. Sus funciones están destinadas a efectivizar las acciones operativas. Su rol radica en proporcionar a los órganos judiciales locales y a los restantes puntos de contacto información adecuada para llevar adelante un óptimo servicio de cooperación jurídica. También debe facilitar la identificación de los funcionarios asignados para el efectivo cumplimiento de las solicitudes de auxilio jurisdiccional y ofrecer soluciones prácticas a los inconvenientes que se puedan suscitar. A su vez, coordinan las solicitudes recibidas en los Estados pertinentes. Jeifetz, Laura Martina. IberRed, en Jorge Luis Collante (Dir.), Diccionario Digital de Derecho Internacional Privado, en construcción, 2021.

(9) La Secretaría Judicial de Corte para Asuntos Internacionales (Se.Ju.C.A.I.), es una Oficina Técnica de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, República Argentina. Fue creada por Acordada 24.858 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en reemplazo del Departamento de Cooperación Internacional (DECI).

(10) En 2015, mediante Acuerdo 832, Serie "A", 14/12/2015, se crea Oficina de Cooperación Judicial Internacional a cargo de Dra. Graciela Tagle de Ferreyra.

Protocolo de actuación (11), aprobado mediante Acuerdo 119, Serie "A", 14/03/2016, incorpora los principios generales sobre CJD de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). Entre las funciones, establece la de colaborar en la solicitud de una CJD requerida por un juez de la provincia de Córdoba con un juez extranjero sobre un caso específico, así como la de asistir al magistrado/a hasta concluir con la comunicación iniciada.

En este afán, durante la emergencia sanitaria, la Oficina prestó cooperación no solo a los jueces locales sino también a las provincias que requerían este apoyo en tiempos tan difíciles. Desde esta repartición, se llevó a cabo la repatriación de ciudadanos cordobeses que habían quedado varados en el exterior a causa de la suspensión de vuelos por efecto de la pandemia. También ciudadanos estadounidenses que quedaron en la capital cordobesa que, si no hubiesen sido hisopados de urgencia, probablemente habrían perdido el vuelo de regreso a los EE. UU.

Paralelamente, ciudadanos de otras provincias también han sido auxiliados para retornar al país en vuelos humanitarios con la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta iniciativa debería extenderse a las distintas jurisdicciones pues centraliza la cooperación brindando la logística y apoyo necesarios para llevarlas adelante.

Del mismo modo, también tuvo una significativa actuación durante la feria judicial de enero del año en curso, en un caso donde debía retornar al país un niño que se hallaba España. No

La Oficina está conformada por la Dra. María Seoane de Chiodi, los Secretarios Penal, Civil y Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. La Oficina fue creada con el fin de facilitar las CJD y la celeridad en la cooperación mediante acciones consistentes en la difusión de los instrumentos normativos y su aplicación. Para más detalle ver: Acuerdo 119, Serie "A", 14/03/2016.

(11) Fue uno de los antecedentes tomados en cuenta para la aprobación de la "Guía práctica relativa al establecimiento y desarrollo de comunicaciones judiciales directas en casos específicos para Iberoamérica" que fue elaborada por los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya, doctores Francisco Javier Forcada Miranda y Graciela Tagle de Ferreyra y aprobada en la Conferencia de IberRed, llevada a cabo en Madrid el 28 de octubre de 2019.

obstante, como requisito previo la justicia española requería información sobre causas penales pendientes en contra de la progenitora.

Por otro lado, la videoconferencia —punto que abordaremos en profundidad más adelante— fue otra herramienta crucial para que los trámites pudieran avanzar. Ello colaboró para que los juicios no se suspendieran por las restricciones impuestas y resguardando el principio de celeridad que debe imperar durante todo el procedimiento.

#### *IV.2. Mediación en casos de restitución internacional de niños y régimen de visitas o contacto internacional*

La sociedad de nuestros tiempos advierte que los juicios no cumplen su función de propender a la "paz social", sostenía Chiovenda. Precisamente, con la perspectiva de dotar a estos casos de una nueva herramienta se elaboró el Protocolo de Mediación. Ello responde a la necesidad de utilizar la mediación en los casos de aplicación de los convenios restitutorios, con el propósito de brindar un instrumento para mejorar la protección internacional de NNyA. Lo que se intenta es evitar demoras y promover soluciones amigables a los conflictos familiares transfronterizos.

Bajo este paradigma, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (CNAJ) logró consensuar el proyecto piloto que permitirá a nuestro país aplicar este método alternativo de resolución de conflictos. Así, Argentina se sumaría al concierto de naciones que ya aplican exitosamente la mediación en este tipo de casos. A su vez, servirá de puente inexorable para unir el divorcio existente entre la mirada que caracteriza a los justiciables y la realidad que se vive en el quehacer tribunalicio.

Describe cuatro principios a tener presente:

1) Simultaneidad: el proceso judicial y la mediación son simultáneos y el inicio de esta no suspende los plazos procesales, salvo acuerdo de partes. Se prevé un plazo de diez días corridos para su desarrollo con la posibilidad de prórroga por acuerdo de partes con comunicación al tribunal. En el análisis del tiempo de dura-

ción, tuvimos en cuenta los plazos tan acotados para la tramitación de estos procesos.

2) Flexibilidad: no restringe al juez o jueza actuar de la manera que considere más eficaz en el caso dado, sin perjuicio de la recomendación de seguir el protocolo.

3) Disponibilidad de la mediación: será siempre una alternativa a lo largo del proceso incluso en la etapa de ejecución de sentencia, haya o no las partes intentado este método al comienzo del proceso.

4) Los principios rectores del Protocolo de Actuación que resultan aplicables *mutatis mutandi* al presente (12).

Afirmamos que esta nueva herramienta será de gran utilidad como instrumento pacificador en los casos de restitución internacional de NNyA. En la mediación se podrá poner sobre la mesa de discusión y negociación otros temas como: la custodia, alimentos, régimen de comunicación entre otras cuestiones, que ayudarán a destrabar el conflicto y llegar a acuerdos. Este método —que tramita en paralelo con el proceso judicial— permite analizar el conflicto en su dimensión real. Esto habilita a las partes arribar a acuerdos amigables que serán homologados por el juez siempre que no vulneren el orden público internacional.

*IV.3. Otros instrumentos incorporados durante la pandemia: kit de herramientas de la Conferencia de La Haya y Guía de Buenas Prácticas, art. 13 (b)*

La Oficina Permanente de la HCCH diseñó el kit de herramientas para los casos que involucran la aplicación de la Convención de 1980 (13). Este *Toolkit* reseña el paquete de recursos que apoyan la respuesta global a COVID-19. Este instrumento coloca al NNyA

---

(12) Aprobado el Proyecto por la CNAJ, comenzamos la capacitación tanto de mediadores como de jueces de la Red nacional para implementar este Proyecto Piloto de Mediación a partir del 1 de febrero.

(13) HCCH. Toolkit for the HCCH 1980 Child Abduction Convention in Times of COVID-19, 2020. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=741> Fecha de consulta: 21/02/2021.

en su epicentro. El mejor interés del niño sigue siendo de primordial importancia.

Puntualiza los factores clave para la correcta aplicación de la Convención y refiere a los puntos y recursos que asistirán a las autoridades, partes y actores pertinentes para tener en cuenta en tiempos de COVIC-19: a) foco en el menor poniendo la mirada en el NNyA; b) garantizar el retorno seguro y rápido del niño al Estado de residencia habitual llevando a cabo correcta y oportunamente las obligaciones del Convenio (tener presente circunstancias de tiempo y lugar); c) considerar cuidadosamente las excepciones planteadas a la obligación de restituir al niño, y considerar cuidadosamente la continuidad de un contacto apropiado entre el progenitor y el NNA; y d) garantizar el acceso a la justicia.

Además, invita a: a) promover la mediación y otras formas de resolución de conflictos, incluyendo la mediación remota vía internet; b) aprovechar la informática y las tecnologías electrónicas de comunicación; c) salvaguardar la igualdad entre las partes; d) incrementar el acceso al conocimiento; e) fomentar la comunicación y colaboración transfronteriza entre miembros del Poder Judicial por medio de las comunicaciones judiciales directas o la Red Internacional de Jueces de La Haya; f) advertir que las medidas para combatir la pandemia incluyen el cierre de las fronteras internacionales y la reducción de muchos servicios públicos, lo que plantea un desafío a la ejecución de las órdenes de restitución.

En este sentido, la información que se brinda a continuación ayudará a garantizar un rápido y seguro retorno de los niños y la efectiva ejecución de las obligaciones bajo el Convenio: a) garantizar que los acuerdos entre las partes sean reconocibles y ejecutados en las jurisdicciones pertinentes con la menor demora posible; b) contactar y cooperar con la Autoridad Central correspondiente para garantizar una concientización actual y completa de la situación en el destino y la correcta ejecución de las ordenes de restitución; c) introducir arreglos prácticos para permitir un regreso seguro de puerta a puerta para el NNA, garantizando incluso que el niño sea incluido en listas de vuelo con prioridad, la contratación de seguro médico y de viaje en el

caso de contagio de COVID-19 e instalaciones de autoaislamiento en el destino si fuere necesario; d) reevaluar constantemente los arreglos prácticos introducidos para garantizar que se actualicen para hacer frente adecuadamente a las recientes novedades sobre la situación COVID-19; e) contemplar y atender la eventual angustia del niño y de sus padres con respecto a viajar a la luz de la situación de COVID-19, especialmente en situaciones en las que el progenitor no pueda viajar con el niño.

Por su parte, la Guía de Buenas Prácticas Art. 13 (b) ha sido una herramienta muy importante para uso de los jueces en tiempos de COVID-19 ya que si bien con anterioridad a la pandemia en términos globales la violencia doméstica ya era una de las violaciones de los derechos humanos más flagrantes, en los últimos 12 meses, ha colocado a mujeres y NNA en estado de extrema vulnerabilidad por lo que en estos casos cuando se invoca violencia en los ámbitos familiares, se debe tener una “mirada obligada e integral de los conflictos sometidos a la jurisdicción, procurando la protección integral de los derechos de NNA como la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el análisis de estos derechos” (14). La guía en análisis prevé tres tipos de riesgo: a) un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro grave físico; b) un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro grave psíquico o, c) un grave riesgo de que la restitución de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable. La letra del artículo se centra en el grave riesgo de que la restitución del NNA lo exponga a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable.

Ahora bien, el daño al padre o a la madre ya sea físico o psíquico, podría, en ciertas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o lo ponga de cualquier otra manera en una situación intolerable. La excepción del art. 13 (b) no requiere, por ejemplo, que el niño sea la víctima directa o principal del

daño físico si existe prueba suficiente de que, como consecuencia del riesgo de daño dirigido al padre o madre sustractor, existe un grave riesgo para el niño. El riesgo debe ser real y alcanzar un cierto nivel de seriedad para ser considerado grave.

En cuanto al nivel del daño, debe representar una situación intolerable, es decir una situación que no se debería esperar que un niño tolere. El carácter prospectivo de la excepción centra la atención en la situación del NNA tras la restitución y si dichas circunstancias lo expondrían a un grave riesgo. Por ende, mientras que el examen de la excepción de grave riesgo suele requerir un análisis de la información/pruebas provistas por la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño (en la mayoría de los casos, el padre o madre sustractor), no debe limitarse solamente a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o de la retención ilícitos. Por el contrario, requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente. Es así como, el examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual (15).

#### **V. Cuarta parte. Las TIC: su aplicación en la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes**

Merece la pena recordar que, en los supuestos de sustracción internacional de NNA, el axioma rector debe ser el interés superior del niño. Tanto en la CH 1980, en la CIDIP IV como en el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, este interés está representado por el retorno inmediato del niño

(15) Convenio sobre sustracción de Niños de 1980; Guía de Buenas Prácticas; Parte VI art. 13 (b); ps. 26/28; Traducción realizada por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe (Rolac) de la Oficina Permanente de la HCCH y revisada por la contribución efectuada por la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (Ajudefa).

(14) Dra. Julia Rossi; Juzgado de familia de 3ª Nominación de la Primera Circunc. Judicial de la Pcia. De Cba. ; P. S. M. c. S. M. : Restitución internacional de menores de edad; Expte. 9193105; 30/12/2020; Resolución 247, Tomo 3, Folio 704-745.

a su lugar de origen **(16)**. En este propósito, destacamos el uso las comunicaciones judiciales directas (CJD) y videoconferencias o enlaces de video —como vehículos auxiliares de la CJI— que deben ser aprovechados a los fines de salvaguardar este principio vital.

Paralelamente, el principio de celeridad invita a hacer uso de las facilidades que ofrecen las TIC. Estos noveles progresos resultan valiosos no solo durante la tramitación del procedimiento, sino también en el inicio de las solicitudes y en la etapa de ejecución. Todo ello con miras a evitar la dilatación de los plazos procesales requeridos por la normativa vigente y en efecto, garantizar el interés superior del niño. Actualmente, la AC argentina permite completar los formularios **(17)** virtualmente, los que se encuentran disponibles en la página web.

En consonancia —como hicimos mención—, en julio de 2020, la HCCH hizo público un valioso documento denominado “Kit de herramientas para la Convención sobre sustracción de menores de la HCCH de 1980 en tiempos de COVID-19”. Tal trabajo no pierde de vista el uso de TIC para el logro de los objetivos del Convenio.

Tanto es así que, a los fines de remover obstáculos que impidan un pronto retorno del niño a su lugar de origen, se promueve el uso de las TIC como refuerzos necesarios para optimizar los plazos. En este marco, se alienta la mediación y otras formas de resolver disputas a través de plataformas en línea, apoya el intercambio de información digitalmente, las audiencias virtuales y la obtención de pruebas por vías electrónicas. Se recomiendan las CJD entre los miembros de los poderes judiciales de las distintas jurisdicciones o a través de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

---

(16) GRAIEWSKI, Mónica, “Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980” *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Año II, N° 2, 2014.

(17) En nuestro país el formulario es provisto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio internacional y Culto (Autoridad Central designada por el Estado argentino). Se puede acceder en <http://www.menores.gob.ar/userfiles/Formulario%20RESTITUCION.pdf>

### *V.I. Videoconferencias en la sustracción internacional*

Como puede advertirse, la videoconferencia o enlace de video dista de ser una novedad. Antes de la pandemia COVID-19, estos recursos ya cumplían variados roles en los procesos judiciales tales como: la efectivización de comunicaciones con partes, peritos y testigos, la celebración de audiencias, capacitaciones, solo por mencionar algunos ejemplos de sus múltiples usos **(18)**. Pese a ello, tanto el ámbito interno como internacional, la videoconferencia se viene aplicando con mayor frecuencia en causas penales (ej.: declaración de reclusos), aunque somos testigos de su expansión en casos de sustracción internacional, en temas civiles y mercantiles **(19)**.

En cuanto al concepto, Tirado Estrella afirma que la videoconferencia constituye “un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y ‘en tiempo real’ la imagen, el sonido y los datos a distancia (en conexión punto a punto), permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o más lugares distintos como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar” **(20)**. Es decir, permite la comunicación de personas que se encuentran en lugares distintos y de manera simultánea, a partir del empleo de equipos que reproducen imagen y sonido.

Entre las ventajas, resaltamos su aporte a la celeridad en la tramitación del proceso, la con-

---

(18) HARRINGTON, Carolina, “Justicia, aislamiento y videoconferencia la experiencia del derecho internacional privado en desandar barreras: guía de buenas prácticas de la conferencia de la haya 2019”, en Guillermo Barrera Buteler (Dir.), *El derecho argentino frente a la pandemia y pospandemia COVID-19- 1a ed.*- Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2020, 1a ed.

(19) GOICOECHEA, Ignacio, “Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (STPR)*, 7, año 4, 2016.

(20) TIRADO ESTRADA, Jesús José. “Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 5, n° 10, 2017, p. 154. Disponible en: p. 154. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6182260> Fecha de consulta: 22/02/2021.

tribución a la calidad y eficacia de los trámites judiciales, logrando conexión directa entre los justiciables, la administración judicial y las autoridades intervinientes. También los costos de traslados hacia los estrados del tribunal se reducen considerablemente, permite la grabación de lo acontecido en la audiencia, y se cercioran las condiciones de seguridad a partir de la encriptación (21). En definitiva, el uso de videoconferencias asegura el cumplimiento de principios trascendentales del debido proceso como la publicidad, contradicción e intermediación (22).

Hechas estas afirmaciones, resulta insoslayable preguntar: ¿en qué instancia de los procesos de restitución internacional de NNyA pueden ser útiles las videoconferencias?

En primer lugar, es posible llevar a cabo audiencias remotas al momento de escuchar al menor tutelado. El derecho a ser oído comprende la posibilidad de manifestar su opinión y que sea tenida en cuenta (art. 12.1, Convención de los Derechos del Niño). En la tramitación de los procesos de sustracción internacional, este derecho fundamental cobra especial relevancia cuando la autoridad interviniente compruebe la oposición del niño al regreso, siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte adecuado tener en cuenta sus opiniones (art. 13, párrafo 4° Convenio de La Haya y art. 11, última parte CIDIP IV) (23).

(21) HARRINGTON, Carolina, "1889 a 2019: Del fonotélefono a la videoconferencia. Ficción, visión y realidad en el cumplimiento de exhortos y la cooperación probatoria internacional", en Fresnedo de Aguirre, Cecilia - Idiarte, Gonzalo L. (coords.), Jornadas 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889, Ed. FCU, Montevideo, 2019.

(22) GONZÁLEZ DE LA VEGA, Cristina - SEOANE DE CHIODI, María - TAGLE DE FERREYRA, Graciela, "Bases para el acceso a la justicia en la restitución internacional de NNA". Ponencia presentada en Congreso Argentino de Derecho Internacional, Córdoba, septiembre de 2019.

(23) En abril de 2020, en Salta se llevaron a cabo dos audiencias de manera telemática a través de la conocida plataforma Zoom. En esa ocasión, la magistrada de Primera Instancia de Personas y Familia N° 3 en Feria Judicial Extraordinaria pudo escuchar al niño que reside con su padre en otra ciudad de la Provincia y cuya restitución es solicitada por la madre. Si bien se trata de un caso doméstico, constituye una muestra suficiente sobre los alcances de las videoconferencias. Feedbacksalta. "Au-

Desde esta apreciación, las restricciones impuestas a razón del COVID-19 no pueden dejar de lado el cumplimiento de esta exigencia, por lo que, las audiencias en línea son necesarias en un contexto como el actual. Si bien la impresión personal del entrevistador (gestos, expresiones, detalles) puede verse notablemente reducida y, las oportunidades para que el progenitor retenedor influya en el niño aumenten, las herramientas virtuales ofrecen una solución aceptable durante el transcurso de la emergencia sanitaria (24).

En esta línea recordamos que, en un caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia, División de Familia, se escuchó a una niña de ocho años, retenida de manera ilícita en Inglaterra y con residencia habitual en España. La audiencia se efectuó por la plataforma Zoom. En esa oportunidad, luego de una hora de videoconferencia la niña manifestó que a veces no quería ver a su padre, lo que para la Asesora del Tribunal de Familia reveló incertidumbre e inseguridad en su actual estado de ánimo. Sin embargo, advirtió que sus investigaciones se vieron obstaculizadas por la falta de contacto directo y observación que son particularmente ventajosas para estos casos.

Un detalle no menor constituye la aclaración formulada por el magistrado respecto a que las audiencias por video enlace generan desafíos cuando se requiere un intérprete, a razón de las diferencias idiomáticas. No obstante, destacó que tales barreras fueron superadas por la colaboración entre el Tribunal y las partes (25).

En segundo lugar, debemos señalar la posibilidad de fomentar un acuerdo amigable entre las partes o, llevar adelante mediaciones trans-

diencias en forma remota en un proceso de restitución iniciado por su madre", 2020. Disponible en: <http://www.feedbacksalta.com.ar/noticias/salta-1/audiencias-en-forma-remota-en-un-proceso-de-restitucion-iniciado-por-su-madre-12433> Fecha de consulta: 24/02/2021.

(24) RUSINOVA, Nadia, "Child abduction in times of corona. Conflict of Law. Views and News in Private International Law, 2020". Disponible en: <https://conflictolaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/> Fecha de consulta: 23/02/2021.

(25) [2020] EWHC 1599 (Fam). High Court of Justice Family Division, 10/06/2020. Disponible en: <https://www.incatat.com/en/case/1462> Fecha de consulta: 02/03/2021.

fronterizas a través del uso de videoconferencias. Esto puede ocurrir durante la tramitación del procedimiento, al momento de ejecución de sentencia e incluso en la etapa de apelación, siempre que se preserve el carácter expeditivo del litigio. También la declaración de partes o de testigos, conforman un campo fértil para la aplicación de videoconferencias.

A modo de ejemplo, en 2017, en Paysandú, Uruguay se realizó una audiencia judicial por videoconferencia que permitió que las partes pudieran litigar cada uno en su lugar de origen. El niño se encontraba retenido en Uruguay, y desde Chile —residencia habitual— se exigía su inmediato retorno. En la audiencia participaron el juez del Juzgado de Familia de la ciudad de Buin, Chile, el ministro de Fe y la parte actora. Desde Paysandú se constituyó, en sala especialmente adecuada a tales fines, la sede Letrada de Primera Instancia encabezada por la jueza Dra. Rosario Díaz, con tres defensores públicos.

La audiencia por videoconferencia se desarrolló conforme lo dispuesto por la Acordada 7784 de fecha 10/12/2013 (26), con gestión de los jueces de Enlaces y de la Autoridades Central de ambos países. Luego de cuatro horas de álgido debate, los progenitores arribaron a un acuerdo: se autorizó al niño retenido quedarse en Uruguay y, se fijó un régimen de visitas a favor del padre. Así también concertaron aspectos de la tenencia, autorizaciones judiciales y pensión alimenticia (27), lo que fue homologado por el juez chileno (28).

(26) Para mayor detalle: Videoconferencias. Circ. 171/2013 DGSA (10/12/2013) Acordada 7784 del 9/12/2013. Disponible en: <http://acordadasjudiciales.blogspot.com/2008/12/videoconferencias.html>. Fecha de consulta: 04/03/2021.

(27) Sobre esta cuestión, recordamos que el juez de la restitución no debe expedirse sobre aspectos de fondo como en qué lugar el menor se encontraría mejor, sino que su intervención se circunscribe a decidir sobre el retorno inmediato —o su denegatoria— al Estado de origen. Por tal motivo, es que lo relativo a responsabilidad parental fue determinado por el juez chileno. DREYZIN DE KLOOR, Adriana. “El Derecho Internacional Privado actual”. CABA, Zavalía, 2017, Tomo 2.

(28) Poder judicial Uruguay. “Primera Audiencia de Restitución Internacional entre Uruguay y Chile, a través de Videoconferencia”, 2017. Disponible en: <https://www.poderjudicial.gub.uy/contenido/item/1279.html> Fecha de consulta: 24/02/2021.

En febrero de 2020, se puso en marcha una audiencia virtual entre los progenitores que se encontraban en México y Entre Ríos. Allí participaron la Autoridad Central de México, un delegado de Cancillería Argentina en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes 2 de Concordia. En un intento de acercamiento, las partes a través de un sistema audiovisual de comunicación lograron debatir por más de dos horas (29).

Por otra parte, las videoconferencias —juntos con otras tecnologías— resultan primordiales para mantener el contacto transfronterizo entre el niño y el progenitor que solicita la restitución (30), intercambio que debe mantenerse durante todo el pleito (31). Sobre este punto señalamos la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños. Se resaltan los beneficios que ofrecen los nuevos medios de comunicación como el correo electrónico, las llamadas vía Internet, la mensajería instantánea, los sitios para compartir fotos en la red, etc. (32).

poderjudicial.gub.uy/contenido/item/1279.html Fecha de consulta: 24/02/2021.

(29) Poder Judicial de Entre Ríos. “La tecnología permitió realizar una audiencia judicial entre Concordia y México”. Disponible en: <http://www.jusentrerios.gov.ar/12/02/2020/la-tecnologia-permitio-realizar-una-audiencia-judicial-entre-concordia-y-mexico/> Fecha de consulta: 24/02/2021.

(30) Conforme el art. 9, apartado 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Parte respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Asimismo, en virtud del art. 10, apartado 2 de tal Convención: “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres (...)”.

(31) Para más información: ECHEGARAY DE MAUS- SION, Carlos Eduardo - LUCERO, Myriam Diana, “El derecho de comunicación transfronterizo” en Fabián E. Faraoni (Dir.), Régimen comunicacional: visión doctrinaria. Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

(32) HCCH. Contacto transfronterizo relativo a los niños - Principios generales y Guía de buenas prácticas, Punto 6.7, Medios de comunicación modernos para mantener el contacto, 2010. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdc6add9605.pdf> Fecha de consulta: 26/02/2020.

Sobre este punto, en 2017, en un caso resuelto por Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, se dispuso a oficiar por correo electrónico a la Autoridad Central argentina para que, arbitre con su par española, la celebración de un encuentro virtual entre el progenitor y su hijo por videoconferencia. De la audiencia participaron el apoderado del progenitor, la Defensora General Civil, la jueza interviniente, el padre del niño, la Subdirectora de Asuntos Jurídicos de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia de España y el Jefe de Servicio de Sustracción Internacional de Menores español. Finalmente, se acordó un régimen de comunicación provisorio, —por vía telefónica— en el establecimiento educativo del niño (33).

Como se observa, son múltiples las instancias en las que los usos de videoconferencias pueden resultar beneficiosas para garantizar la celeridad y la protección del interés superior del niño, en los procesos de sustracción internacional. Sin embargo, no debe perderse de vista que lo que debe guiar cualquier implementación innovadora es la garantía del debido proceso y la protección de la premisa nuclear: el interés superior del niño. Simultáneamente, se deben alcanzar estándares mínimos de seguridad al momento de llevar adelante comunicaciones en entornos virtuales.

## *V.2. Instrumentos normativos locales relativos a videoconferencias*

Cabe hacer alusión a la Acordada CSJN 20/2013 por la cual se dispuso una serie de Reglas Prácticas para la aplicación de videoconferencias en causas que tramiten ante los juzgados, tribunales orales y cámaras de apelaciones, nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación. La Acordada prevé que cuando los imputados, testigos o peritos se hallen fuera de la jurisdicción del tribunal actuante, se podrá ordenar que la audiencia se practique por videoconferencia. Para ello, será necesario contar con medios técnicos suficientes y conexión segura, lo que será verificado por la Dirección

(33) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario. 26/10/2017, “G. M., L. c. V. R., G. L. s. restitución internacional”. Disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2018/05/g-m-l-c-v-r-g-l-s-restitucion.html>. Fecha de consulta: 24/02/2021.

General de Tecnología de la Administración General del Poder Judicial. La reglamentación estipula de forma expresa que la aplicación de las Reglas debe garantizar la plena efectividad de los principios de contradicción y defensa eficaz (34).

Por otro lado, en febrero de 2014 la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) aprobó el “Protocolo para Uso de Sistema de Videoconferencias”. Tiene por objeto fomentar el uso de las audiencias por video como un medio para fortalecer la cooperación mutua, eficientizar los procesos jurisdiccionales, facilitar capacitaciones, reuniones de coordinación, entre otros (35).

(34) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 20/2013. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=77906> Fecha de consulta: 24/02/2021.

(35) JU.FE.JU. Protocolo para uso de Sistema de Videoconferencias, 2014. El art. 3 define: “Se entenderá por Videoconferencia un sistema interactivo de comunicación que transmita en forma simultánea y en tiempo real imagen, sonido y datos a distancia entre uno o más sitios”. Disponible en: [http://www.jufejus.org.ar/images/doc/ACTIVIDADES/Informatica/Protocolo\\_de\\_Videoconferencias\\_jufejus.pdf](http://www.jufejus.org.ar/images/doc/ACTIVIDADES/Informatica/Protocolo_de_Videoconferencias_jufejus.pdf). Son relevantes los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a Justicia (TRANSJUS) aprobados el 12 de noviembre de 2016. En el art. 4.6, se incluye el uso de videoconferencias o cualquier otro medio idóneo para realizar audiencias conjuntas. En la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, ofrece la posibilidad de celebrar audiencias por videoconferencias. En la esfera de la cooperación civil, apuntamos el Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial vigente en Argentina. Sobre el uso de videoconferencias, en mayo de 2014 se reunió una Comisión Especial para revisar el funcionamiento de algunas Convenciones, entre ellas la de Obtención de Pruebas. En ese marco, se recordó que el uso de enlace de videos es compatible con el Convenio de 1970. Por último, en 2010 fue suscripto el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia (Convenio Iberoamericano) y su Protocolo Adicional. Si bien ambos instrumentos fueron aprobados por ley 27.162, aun no se encuentran en vigor en Argentina.

V.3. “Guía de buenas prácticas en el uso de video-enlace”

En abril de 2020, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado publicó un documento en el marco del Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (36). La publicación de este trabajo, denominado “Guía de buenas prácticas en el uso de video-enlace de la Convención sobre Pruebas de 1970” (37), es fruto de una labor mancomunada de un Grupo de Expertos —iniciada en 2015— aunque su publicación se produjo en plena pandemia. El propósito de este documento de *soft law* consistió en brindar una serie de pautas orientativas respecto al uso de plataformas destinadas a posibilitar la interacción simultánea de dos o más personas a través de la transmisión de audio y video bidireccional.

Resulta primordial remarcar que el Convenio sobre Obtención de Pruebas de 1970 abarca cuestiones de índole civil o comercial. No obstante, en el considerando N° 18 de la Guía se admite que algunos aspectos prácticos y de logística, pueden ser ventajosos para el uso de videoconferencias en términos más generales. Con esta advertencia, nos animamos a afirmar que algunas observaciones que el documento formula pueden ser plenamente aprovechadas en las actuaciones relativas a restitución internacional de niños.

En este andarivel, la Guía no solo se encarga de los aspectos jurídicos, sino que agrega valiosas recomendaciones sobre: cuestiones prácticas a la hora de llevar a cabo una videoconferencia, asuntos técnicos y de seguridad. Tales sugerencias trascienden la esfera de un sector específico, lo que conlleva su aplicación a otros ámbitos en los que las partes implicadas se encuentren en puntos geográficos diversos.

---

(36) Tal Convenio rige en Argentina desde el 7/7/1987. Para mayor detalle: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82> Fecha de consulta: 23/02/2021.

(37) HCCH. Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Fecha consulta: 23/02/2021.

Por mencionar algunos aspectos, el trabajo contempla una serie de conclusiones sobre los pasos previos destinados a celebrar las audiencias por enlace de video: se exhorta a las autoridades competentes a que verifiquen la diferencia horaria antes de fijar la audiencia, que informen los datos requeridos para acceder a la plataforma dispuesta, ofrezcan capacitación adecuada a los operadores, corroboren la disponibilidad de las salas, preferentemente a través de un sistema de reservas en línea. Para el caso que sea necesario transmitir documentos, se debe establecer la modalidad para su transmisión.

Una particularidad de los conflictos transfronterizos constituye la participación de intérpretes para superar las barreras idiomáticas. Las partes intervinientes deben optar —conforme a la normativa local y lo dispuesto por el juez— por la traducción consecutiva o en simultáneo y debe indicar la ubicación del intérprete. Por lo general, conserva el mismo sitio que el testigo.

En cuanto a la grabación, reporte y revisión, se indica que las partes deben confirmar cómo se llevará a cabo el procedimiento. En lo posible, se recomienda el respaldo de la grabación en un registro escrito. Su almacenamiento y grabación en vivo deben efectuarse de manera segura, preferiblemente encriptada.

Como es de esperar, también se realizan recomendaciones en torno al equipamiento a utilizar. De este modo, se anima a las autoridades a utilizar dispositivos de la mejor calidad disponible para emular una experiencia en persona. Se debe tener en cuenta que el nivel de interacción con la persona escuchada es menor que el que ocurre cuando esta persona está físicamente presente frente al juez. Es así como la capacidad del juez para evaluar la conducta de esta persona puede verse disminuida, especialmente cuando la tecnología y la falta de proximidad exacerbaban las diferencias de idioma o cultura, lo que lleva a una pérdida de matices. En consecuencia, cuanto mayor sea la calidad de los recursos tecnológicos utilizados mejor será la experiencia al receptor la declaración.

Y así, podemos continuar con una multiplicidad de apuntes, concernientes a cuestiones

técnicas (*software* bajo licencia, *codec*, red, ancho de banda, encriptación, sistemas de audio y micrófonos, etc.), las que resultan elementales para el logro del acto probatorio a través de la videoconferencia. Sin dudas, el aporte de la Guía resulta trascendental por su potencial multifunción y aspira a lograr un efecto expansivo que alcanza a los procesos de restitución internacional de niños.

## VI. Quinta parte. Ley de procedimiento nacional, jurisprudencia y estadísticas

*VI.1. Ley de procedimiento a nivel nacional y la consecución de su trámite (38). ¿Otro efecto colateral de la pandemia?*

Como efecto colateral a la situación de pandemia —entre los muchos que hemos mencionado—, el “Proyecto de ley de procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños” con dictamen favorable por unanimidad en la Cámara de Senadores, llegó el 28 de febrero de 2021 a la Cámara de Diputados y caducó por falta de sanción ya que vencieron los dos años desde su ingreso. Sabido es que el Congreso de la Nación trabajó de modo remoto y solamente se abordaron las cuestiones relacionadas con la crisis sanitaria y sus efectos inmediatos, sin avanzarse en otros temas de necesaria urgencia. Tal dilación provocó que ante la ausencia de tratamiento caducara, el plazo para su tratamiento por no haberse completado el trámite legislativo en los dos años previstos a tal fin.

Sobre este punto es preciso reafirmar que nuestro país tiene una arraigada tradición legislativa y su historia nos demanda continuar con este esfuerzo. La CSJN en un reciente fallo señala: “... 9°) Que dentro de ese lineamiento y

(38) Si bien la cuestión de si se contraponen la distribución de competencias dispuesta en la Constitución de la Nación cuando conserva para las provincias la facultad de dictar leyes procesales con un proyecto de ley como el que nos convoca fue ampliamente debatida en la Cámara de Senadores aprobando por unanimidad el anterior proyecto, es oportuno destacar las numerosas leyes con contenido procesal que han sido dictadas por el Congreso de la Nación (Ley de Concursos y Quiebras, Código Civil y Comercial de la Nación etc.) sin que se cuestionara su constitucionalidad. Asimismo, la autorización constitucional para regular estas normas en el ámbito nacional proviene de la facultad expresamente delegada al gobierno federal por la Constitución de celebrar tratados internacionales.

en consonancia con lo establecido en el art. 11 del CH 1980, este Tribunal ha enfatizado que, en materia de restitución internacional de menores de edad, la celeridad en la resolución del conflicto constituye un mandato central que compromete la responsabilidad del Estado argentino en los términos de los convenios anteriormente citados” (conf. Fallos: 339:1644).

Es a la luz de esta premisa que ha exhortado al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y coadyuve al cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlo (conf. Fallos: 339:1763). Una luz de esperanza.

En la actualidad, ante la todavía ausente ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional, las provincias (39) que han sancionado leyes de procedimientos para estos casos, aplican tales reglamentaciones. Las que no cuentan con un procedimiento específico aplican el “Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños,” aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de esta Corte Suprema en el año 2017, replicado en catorce provincias (40) que conforman nuestro país.

El Protocolo se constituye como una guía que orienta a los jueces que tramitan estas causas, resultando una herramienta útil para todos los operadores judiciales del CH 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 en tanto brinda pautas de actuación para cumplir con el principio de celeridad y llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido, pero carece de fuerza vinculante.

### VI.2. La jurisprudencia durante la pandemia

Analizaremos algunos casos en los que efectivamente se ha restituido al niño/a a su lugar

(39) Han sancionado ley de procedimiento las provincias de Córdoba, Neuquén, Entre Ríos, Chaco, Mendoza, Misiones y Río Negro anexo el Protocolo de actuación a su Código Procesal de Familia.

(40) Córdoba, Santa Fe, Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, Chubut, Río Negro, San Luis, Mendoza Salta Ciudad Autónoma entre otras.

de su residencia habitual. Un caso con Chile, que se tramita ante los tribunales de Formosa, se inicia en tribunal de Instancia Única el 23 de septiembre de 2020, se resolvió con fecha 3 de noviembre la restitución de la niña al vecino país ordenándose en la misma sentencia la ejecución atento la complejidad de la normativa y logística para el retorno. Si bien ambas partes presentan recurso de apelación lo efectúan en forma extemporánea. El 18 de noviembre se inicia la ejecución y por AI N<sup>a</sup> 788 /2020, el 25 de noviembre, en audiencia, celebrada ante el juez, las partes y con la intervención de con la presencia de las mediadoras de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos llegan a un acuerdo consistente en que el progenitor retirará a la niña de la Ciudad de Formosa entre los días 04 y 05 de enero del año 2021, para llevarla de regreso a la ciudad de Arica (República de Chile) comprometiéndose a asegurar; el contacto directo, fluido y diario de la niña con su madre. La madre se compromete a presentar un “Plan de Viaje” a llevar a cabo a los fines de ejecutar el regreso de la niña, ello con el objeto de cumplimentar los trámites administrativos y sanitarios debido a la pandemia que fueran necesarios en la Provincia de Formosa. El papá fue a buscar a la niña en avión, pero el aeropuerto estaba cerrado para líneas comerciales, así que hubo que hacer toda una logística más que importante para que pudiera entrar a la provincia dos días después de haber vuelto Formosa a Fase 1. Esto se hizo a través de un cordón sanitario desde la entrada de Formosa hasta la capital y se retiró la niña desde su casa en presencia de la progenitora.

Destacamos las palabras del juez para la niña que con lenguaje sencillo le explica el contenido de su resolución dirigiéndose directamente a la niña: “Querida Luciana, primero quiero decirte que sos una niña hermosa, con una sonrisa única, que ama a su mamá y también a su papá, y ¿sabés una cosa?, ellos también te aman mucho a vos, y a veces la gente grande ama tanto a sus hijos que hace cosas sin pensar, y no porque quieran hacerle mal a alguien, sino porque solo se piensa en el amor a los hijos, y, cuando los grandes hacemos cosas por amor y sin pensar mucho, aparecen personas como yo que tenemos que decir cómo se tienen que hacer las cosas según las reglas de los adultos, que son bastante aburridas. Te pido perdón por no po-

der decirte que te podés quedar en Formosa, eso lo va a decir un señor o una señora que haga lo mismo que yo en Arica, para eso tu papá va a venir a buscarte y vas a ir con tu mamá a Arica, así le vas a poder presentar a tu gato ‘Cola de Nieve’ y volver a caminar por la playa. Quédate tranquila que a tu mamá no le va a pasar nada, no pierdas la sonrisa y seguí amando a papá y a mamá como hasta ahora. Te mando un beso y saludos a tu bisabuela, la mami, y agradécele de mi parte haberte cuidado tan bien” (41).

En un caso con Colombia (país requirente), que tramita en la Primera Circunscripción Judicial de la ciudad de Carlos Paz, provincia de Córdoba (42), en primera instancia se ordena la restitución y presentado el recurso de apelación, si bien se confirma la sentencia, trae especificaciones en relación con el impacto del COVID-19. Sintéticamente, la progenitora solicita la restitución internacional de su hija a la República de Colombia por haber sido trasladada ilícitamente por el progenitor quien opone, al progreso de la acción, la excepción de grave riesgo. Desestimada la excepción, se dicta la resolución ordenando la inmediata restitución de la niña a su lugar de residencia habitual el 24 de abril de 2020. Esta resolución fue objeto de recurso de apelación y el 11 de junio de 2020, el Tribunal Superior de Justicia rechaza el recurso conformando la orden de restitución de la niña a Colombia. La resolución respecto a la pandemia dispone: “...el Tribunal a cargo de la causa, deberá extremar las medidas a su alcance a fin de procurar que, una vez que cesen las restricciones de circulación vigentes en los Estados involucrados, el retorno se cumpla bajo los protocolos de bioseguridad que el escenario mundial actual exige, y sin dilaciones”. La resolución, si bien fue objeto de recurso extraordinario, con posterioridad se desistió y en la actualidad las partes han logrado un acuerdo que pone fin al litigio.

Otra resolución dictada en Canarias, España, ordena la restitución de los niños con familia-

(41) Marcial Mantaras (h.) Auto Resolutorio del 25/11/2020, Tomo 788/2020.

(42) Juz. Civ. Com. Conc. y Familia, 1<sup>a</sup> Nom., Sec. 1; Carlos Paz; “R. M. M. P. c. A. D. D. M.” Restitución internacional de menores de edad; Expte. N 8891471; A.I.338; 128/11/2020.

res paternos, quienes arribaron a Ezeiza el domingo 18 de abril. En atención a que debían pernoctar en Buenos Aires y continuar su vuelo a Córdoba al día siguiente, en el marco de la cooperación internacional, la Autoridad Central solicitó a la juez de Enlace que comunicara a la jueza competente del Juzgado de Familia de 1ª Nominación de la Ciudad de Córdoba la necesidad de dictar una orden de prohibición de salida del país ya que los niños permanecerían en Buenos Aires. La comunicación fue en el momento y la orden se dictó. Al día siguiente, los niños retornaron a esta Ciudad. Esta resolución es más que elocuente de cómo debe funcionar la CJI en tiempos de pandemia.

### VI.3. Estadísticas

Ahora bien, es un dato de la realidad que los procedimientos se dilatan en el tiempo y las estadísticas así lo demuestran: la duración de los casos promedio es de 60 semanas en restitución internacional de niños y 50 semanas en régimen de visitas o contacto internacional. En efecto, estamos lejos de cumplir con las disposiciones convencionales y ello compromete la responsabilidad del Estado. Para mitigar tales demoras, varias provincias han dictado leyes de procedimiento en esta materia o han incorporado la regulación a sus códigos o leyes procesales.

En el caso de la provincia de Córdoba, se puede observar que, a partir de la ley de procedimiento 10.419, la duración de los casos se ha disminuido sensiblemente. Prueba de ello es que el primer caso en que se aplicó la ley, se logró un acuerdo en 37 días en un régimen de visitas internacional con Francia; en un caso con España se inició el 18 de septiembre de 2019 y en la audiencia que tuvo lugar el 16 de octubre del mismo año se homologó un acuerdo a los fines del retorno del niño el cual fue ejecutado el 7 de noviembre, es decir se tramitó en 7 semanas (43). El Protocolo de Actuación nos mues-

(43) Otros ejemplos: un caso con Brasil de restitución internacional de niños se inició el 13 de noviembre de 2019, la audiencia tuvo lugar el 6 de diciembre y se resolvió y ejecutó la sentencia el 15 de diciembre del mismo año. Si nos referimos a un caso con Colombia que tramitó durante la pandemia, se resolvió en cinco meses.

tra buenos resultados, aunque no es una ley de procedimiento sino *soft law*.

Traemos a colación tales ejemplos ya que configuran prueba irrefutable que, existiendo la herramienta procesal, es posible que los procesos se tramiten dentro de los plazos legalmente estipulados (44).

A nivel regional, en la República Oriental del Uruguay, que hace varios años sancionó la ley de procedimiento para estos casos, la duración de los casos según datos estadísticos al 30 de octubre de 2020 es de 55 días y el dato más relevante: expedientes en trámite al 30 de octubre de 2020 es cero. En cuanto a visitas internacionales, hay un expediente en trámite. Esto nos muestra claramente la necesidad de sancionar una ley de procedimiento a nivel nacional que contenga un artículo que invite a adherir a las provincias que no han sancionado ley de procedimiento en la materia o a adecuar su legislación a esta ley nacional a quienes las tuvieren.

## VII. Conclusión

Queda claro que la emergencia sanitaria planteó desafíos inimaginables en todos los procesos existentes. En el marco de los procedimientos de restitución internacional de NNyA las herramientas enumeradas, fueron imprescindibles para lograr los objetivos planteados por las convenciones vigentes. En este camino, cada una de ellas resultó esencial para la protección y cumplimiento del principio de celeridad.

No obstante, la cooperación jurídica internacional y el trabajo en red llevan la delantera para lograr el funcionamiento de los convenios. Ahora bien, ¿es posible que esta situación de pandemia represente una oportunidad? Afirmamos que sí. El COVID-19 nos ha dejado irresuelta una cuestión tan importante como urgente: la ley de procedimiento a nivel nacional para tramitar y resolver estos casos de restitución internacional de niños o régimen de visitas o contacto internacional. ¡Una deuda pendiente!

(44) Ley 18.895 de "Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente".



# JURISPRUDENCIA ANOTADA

---



## CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

**Solicitud para destruir embriones crioconservados. Naturaleza jurídica del embrión. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Consentimiento informado.**

*Con nota de Gonzalo E. Imas*

1. — La negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde. Corresponde revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata.
2. — No es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos del art. 59 del Cód. Civ. y Com. para autorizar el cese de la vida de los embriones criopreservados, pues resulta claramente inexacto que estos se encuentren en una situación de “enfermedad irreversible, incurable”, o en un “estado terminal” o “hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación”, desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial.
3. — Existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano. El ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.
4. — El art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. En el Anteproyecto sí se distinguía, pero la versión

finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

5. — Expresa el Fiscal de Cámara que si bien es cierto que si un embrión nunca logra implantarse en el útero no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.
6. — Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la concepción en el sentido del art. 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida.
7. — Aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.
8. — El art. 9° de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de “protección” pueda coincidir con su destrucción como la pretendida por los peticionarios. Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

- prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.
9. — El embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana. No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.
10. — La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia (del voto del Dr. Belluci).
11. — El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del art. 19 del Cód. Civ. y Com., sin que obste a ello el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntual aspecto (del voto del Dr. Belluci).
12. — Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones *in vitro*, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones *in vitro* y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad (del voto del Dr. Belluci).
13. — El eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición (del voto del Dr. Polo Olivera).
14. — Si se ha previsto explícitamente una ley especial para la protección de los embriones crioconservados, y siendo que su eliminación aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar (del voto del Dr. Polo Olivera).
15. — El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica (del voto del Dr. Polo Olivera).
16. — El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).
17. — No se trata de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que entiendo debe ser reconocido en favor del

embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización, solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata (del voto del Dr. Polo Olivera).

18. — Siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano (del voto del Dr. Polo Olivera).
19. — La decisión “por defecto”, ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación (del voto del Dr. Polo Olivera).
20. — El derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios, no pueden en el actual estado de la legislación vigente considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios (del voto del Dr. Polo Olivera).
21. — El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone

la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).

**CNCiv., sala G, 09/04/2021. - R. G. A. y otros / autorización.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8973/2021]

Expte. 36.148/2020/CA1

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, abril 9 de 2021.

*Considerando:*

I. Disconforme con la resolución dictada a fs. 44 del registro informático, a través de la cual el magistrado de grado hizo saber a los peticionarios que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida, así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado, interpuso la Defensora de Menores de la anterior instancia el recurso de apelación de fs. 45, que fue concedido en relación a fs. 46, segundo párrafo.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. La temática que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe al tratamiento de la apelación interpuesta por el Ministerio Público de la Defensa, toda vez que el recurso articulado a fs. 53 por los peticionarios, con el objeto que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia

de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. La resolución apelada no tiene adecuado sustento.

El juez expresó que asimilaba “el caso a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible” y que “como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron”.

Sin embargo, resulta claramente inexacto que los embriones se encuentren en una situación de “enfermedad irreversible, incurable”, o en un “estado terminal” o “hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación” (art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 2, inc. e y art. 5, inc. g de la ley 26.529, modificados por la ley 26.742), desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial.

Esta situación inicial, por otra parte, en caso de negativa o imposibilidad de los presentantes, podría ser continuada a través de la denominada adopción prenatal o dación de embriones o entrega con fines reproductivos, que constituye una de las previsiones del consentimiento informado prestado por los peticionarios.

Tampoco coincide la interpretación de la resolución con la dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallos: 338:556 en cuanto a la posibilidad de decidir por otro el retiro del soporte vital (ver considerando 22) y a que no cabe discriminar entre vidas dignas e indignas de ser vividas (ver considerando 25).

Consecuentemente, no es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos de la aludida normativa para autorizar el cese de la vida de los embriones.

No puede dejar de observarse, asimismo, que la decisión de primera instancia, consentida por los requirentes, alude al embrión como “persona que no fue aún implantada”, “asistido”, “hijo” y hasta hace mención de sus “derechos personalísimos”.

IV. Por otra parte, cabe señalar que existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano.

Nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.

Esto surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares. De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el comienzo de la existencia se encontraba en la concepción en Fallos: 324:5 y en Fallos: 325:292. A su vez en Fallos: 330:2304 ha aludido a la persona “por nacer”, como una de las especies jurídicas del género persona.

Ahora bien, el citado art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, titulado precisamente “Comienzo de la existencia”, no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. Es más, en el Anteproyecto sí se distinguía, pues se decía que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno” y que “en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”; pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

No obsta esta interpretación la existencia de normas que regulan la época del embarazo, el

nacimiento con vida o el consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida, no solo porque atienden a esas cuestiones particulares, sino porque aun cuando puedan presentar cierta discordancia a raíz del cambio efectuado en el citado art. 19, no puede soslayarse que la modificación efectuada en la norma específica que trata el comienzo de la existencia de la persona da cuenta de la intención del legislador.

Al respecto ha dicho en numerosas oportunidades la Corte Suprema que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 338:386; 334:1027; 330:1855; 328:4229, entre otros) y que los jueces no pueden prescindir de tal intención del legislador y del espíritu de la norma (Fallos: 327:5295 y 338:1156; entre otros).

Además, corresponde recordar aquí la conocida máxima que indica que donde la ley no distinga no debe hacerlo el intérprete, aplicada por la Corte Suprema en un supuesto diferente, aunque también en relación con el concepto de persona y de persona por nacer (Fallos: 330:2304).

Asimismo, la jurisprudencia de la Cámara Civil ha expresado que “en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él” (CNCiv., Sala I, 03/12/1999, “Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo”, JA, 2000-III-630; LA LEY, 2001-C, 824; ED, 185-412), y de igual modo ha afirmado que también “el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho” (CNCiv., Sala J, 13/09/2011, “P., A c. S., A. C.”, LA LEY, 2011-E, 435). Y, a su vez, la Corte Suprema en Fallos: 325:292 ha sostenido que “la vida comienza con la fecundación”.

En sentido coincidente se han expedido tanto las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2003, como las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013.

Expresa el Fiscal de Cámara que si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que

lo mismo cabría predicar del recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la respectiva Convención, aunque en supuesto diferente en el que el Estado de Costa Rica prohibía todo tipo de fecundación *in vitro*, ha considerado que la concepción en el sentido del artículo 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida (ver las aludidas XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

Ahora bien, aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.

El art. 9 de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de “protección” pueda coincidir con su destrucción como la pretendida por los peticionarios.

Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.

El embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Tobías, José W. en Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. LA LEY, T. I, p. 175).

No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

Repárese en que la ley nacional de reproducción asistida 26.862, anterior a la última versión del Cód. Civ. y Com. de la Nación finalmente sancionada, que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida “para la consecución de un embarazo”, no prevé en modo alguno la destrucción de embriones. Y la ley 27.610 tampoco obsta a lo expuesto porque hace referencia a una situación diferente con la declarada finalidad de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible que no constituye el supuesto en estudio.

Adviértase, asimismo, que no se trata de impedir los métodos de fecundación asistida sino de no avalar el descarte de embriones.

Por otra parte, si se considera que se trata de una cuestión controvertida se impone la aplicación del principio precautorio, que bien puede considerarse un principio general del derecho, el cual ante situaciones de incertidumbre científica manda evitar los daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con la destrucción requerida.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento en el debido respeto de la dignidad humana, ha expresado que debía entenderse, a los fines de excluir toda posibilidad de patentabilidad, el concepto de embrión humano en sentido amplio, comprensivo de todo óvulo humano a partir de la fecundación, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el desarrollo de un ser humano (TJUE Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV* - 18/10/2011).

En definitiva, se repara entonces en que la negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde.

A tenor de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, se resuelve: I. Revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que,

en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata. II. Regístrese, notifíquese por Secretaría a los peticionarios, así como a la Defensora de Menores y al Fiscal de Cámara, en sus respectivos domicilios electrónicos (conf. ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN) y hágase saber lo aquí decidido a “Procrearte”, mediante cédula en formato papel que también será confeccionada por Secretaría. Cúmplase con la Acordada 24/2013 de la CSJN y devuélvase digitalmente a la instancia de grado. — *Carlos A. Bellucci* (con ampliación de fundamentos). — *Gastón M. Polo Olivera* (por sus fundamentos). — *Carlos A. Carranza Casares*.

Ampliación de fundamentos del doctor *Bellucci*:

La cuestión objeto de recurso impone analizar si el embrión humano reviste la condición de persona en el ordenamiento jurídico argentino y, por tanto, goza de la protección jurídica del derecho a la vida, así como determinar si la voluntad procreacional permite decidir poner fin a su crioconservación, lo que conduce a bucear en el estatuto jurídico que el ordenamiento vigente le reconoce.

Resulta de aplicación al *casus* la normativa actual e incurre en arbitrariedad el juez de grado, en clara violación de los derechos fundamentales de las personas por nacer, como el derecho a la salud, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible, que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la CN - arts. 3, 6 y 27 de la Convención sobre los derechos del Niño; arts. 2, 3, 8, 25 y 28 de la Declaración Universal de Derechos humanos; arts. I, XI, XVI, XVIII y XXXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser

en sí, único e irrepitable, diferente a sus progenitores, con una entidad propia.

El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del antes citado art. 19 del Cód. Civ. y Comercial, sin que obste a ello el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntal aspecto.

Obsérvese que la Corte Interamericana destacó que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría ocasionar en la mujer; ii) las alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acuden a la técnica; iii) los presuntos riesgos genéticos que se podrían provocar en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples.

De este modo, se limitó a analizar las pruebas y alegaciones relacionadas con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional y, en razón del carácter subsidiario del sistema interamericano, no avanzó en la resolución de cuestiones que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el decreto Ejecutivo N° 24.029-S, por lo que es evidente que la Corte no tuvo en cuenta el problema de los embriones crioconservados al momento de resolver el caso que le planteaban y que se refería específicamente a la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica.

No es ocioso remarcar, además, que en tal pleito extranjero (Costa Rica) nuestro país no fue parte, de modo que tampoco y más allá de la circunscripta cuestión litigiosa allí decidida, le alcanzan o se le imponen sus decisiones e implicancias (es de Perogrullo).

Por otra parte, las técnicas de fertilización asistida conllevan lamentablemente una lógica

cosificante, y se presenta a los embriones como si fueran cosas que pueden ser descartadas. Ello conduce a planteos que son contrarios a la dignidad humana. Si los embriones no son personas ¿son cosas muebles bajo condominio de los requirentes de la técnica? ¿La crioconservación es un contrato de depósito? ¿Se analizaron sus cláusulas?

¿Qué significa que los padres son “titulares” de los embriones? ¿Son bienes de los padres? ¿Qué derecho se vincula con tal titularidad? A su vez, si los embriones son cosas: ¿Qué necesidad había de recurrir a una autorización judicial?

Este argumento planteado tiene varias aristas problemáticas: Cuando dieron su consentimiento los interesados, ¿fueron debidamente informados sobre el hecho de que quedarían embriones congelados? ¿Qué dijeron en aquel momento? ¿Sabían cuántos embriones se iban a concebir? Si consintieron en concebir tantos embriones, tienen ante esos seres humanos una responsabilidad. Y si ellos no sabían qué consentían, ¿tienen los médicos un deber de responder por su falta de información?

La voluntad procreacional, tal como es regulada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. Son personas y gozan del derecho a la vida.

Además, en cuanto a la cita del proyecto de los Dres. Lorenzetti y Kemelmayer de Carlucci, está visto que la necesidad que los autores establecían en la implantación del huevo o cigoto para ser “persona,” fue concretamente suprimida en el texto definitivo del art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que se aprobó, lo que pone a las claras que el ovulo fecundado in vitro ya es persona sin necesidad de su implantación.

Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones in vitro, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones in vitro y

su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad.

Como anzuelo al final de este espinel recorrido cabe preguntarse qué derecho ha de prevalecer: ¿el de los gestantes del ovocito que se ha visto no son sus dueños, o el del embrión fecundado a nacer y a tener la plenitud de vivir?

No mucho cacumen se necesita para responder y me respondo: ¿si el huevo o cigoto que no es cosa, sino persona humana, o la voluntad procreacional de quienes ya no son titulares de aquel?, es obvio que el del fecundado *in vitro*, al que todo el plexo normativo mentado y armónicamente interpretado le confiere el carácter de persona humana con identidad única e irrepetible y distinta a la de los solicitantes (conf. CSJN, *in re* “Portal de Belén”, Fallos: 325:292; “desde la unión de dos gametos “fecundados” existe un ser humano embrionario...”).

Desde otra arista, y ya que en la respuesta al dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante este colegiado se adujo a la novel ley de interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) caben al menos importantísimas consideraciones que hacen a su inanidad: su evidente inaplicación, ya que no es retroactiva y no puede, en el mejor de los casos, aplicarse a una situación como la presente, generada bastante tiempo antes de su sanción.

Tampoco y cabe subrayarlo, porque en la especie se han consumido largamente las 14 semanas a las que dicha normativa refiere como límite para ejercer lisa y llanamente el descarte y muerte del huevo o cigoto ya fecundado.

No se me escapa la muy diferente contradicción de derechos, en tal ley y en el caso traído a revisión, ya que en aquella confrontan el “particular interés” y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría “egocentrismo”), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata, mientras que en el “caso”, frente a la mera voluntad de los gestantes (mero “voluntarismo”), se encuentra y se trata nada más y nada menos que de personas humanas (los embriones crioconservados) inaudibles y carentes de toda representación y defensa, cuyo dere-

cho esencial y constitucional del mayor rango a poder vivir siempre ha de prevalecer, porque se trata de la férrea protección y prevalencia de estos últimos por sobre el de quienes los gestaron (arts. 1, 2 y 3 último apartado, y cc. de la ley 26.061; “interés superior...”).

Asimismo, porque una ley como esta no puede ir en contra de regulaciones internacionales del más alto nivel constitucional (remito al plexo jurídico antes descrito que bien da apoyo a la tesis de la Sra. Defensora de Cámara y que también sustenta el egregio dictamen del Sr. Fiscal ante este colegiado).

Mientras tanto, ante los casos concretos que los jueces debemos resolver, hay que buscar alternativas que den prioridad al derecho a la vida, y también adoptar medidas más estrictas de sanción y prevención de los daños que puede estar causando la aplicación de una biotecnología que pone en riesgo a esos seres humanos.

Por otro lado, converge en la total falta de base de sustentación, que no se tenga en cuenta la cierta posibilidad de dar al embrión en adopción para que sea implantado en otro seno materno y con ello, además de dar cumplimiento a las máximas jurídicas que fueron sindicadas antes, preservar adecuadamente el derecho a vivir de los embriones crioconservados.

En ello, cabe sin duda suscitar la necesaria e imprescindible intervención de un tutor y/o del Ministerio Pupilar que conlleva a proteger los innegables derechos de tales personas humanas (“embrión y/o embriones”), así como llevar adelante todas las acciones necesarias, convenientes y pertinentes para lograr su definitiva adopción.

De allí que corresponda, en mi opinión, no solo revocar la resolución de primera instancia, sino además ordenar que los embriones permanezcan congelados hasta tanto se arbitre lo necesario y conducente para lograr lo establecido anteriormente, e incluso librar oficio a las autoridades Nacionales del Ministerio de Salud, así como al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que —lapso mediante— se hagan cargo del costo del mantenimiento de los embriones en cuestión, ello en consideración a la obligación constitucional

de preservar y atender a la salud de toda persona humana que habita este suelo, de la que no son ajenos los huevos y/o cigotos de los que da cuenta el presente caso. — *Carlos A. Bellucci*.

Fundamentos del doctor *Polo Olivera*:

I. La Defensora de Menores de la instancia anterior apeló contra el decreto de fs. 44 del registro digital del Lex 100; el recurso fue concedido en fs. 46, segundo párrafo.

Cuestionó la decisión del magistrado de grado, en cuanto hizo saber a los peticionarios que no resultó menester autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones —obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida— así como que debían ocurrir por la vía y forma que correspondía a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. Así formulada la cuestión, el asunto que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe a determinar si resulta necesaria o no la autorización judicial requerida por los peticionarios y, en su caso, si corresponde admitir o denegar tal solicitud, toda vez que el recurso por ellos articulado a fs. 53, con el objeto que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. De tal modo, considero en primer lugar que no es posible compartir el razonamiento

que ha conducido al juez de grado a concluir que resulta innecesaria la autorización peticionada en autos.

Contrariamente a lo postulado en el pronunciamiento recurrido, la apuntada ausencia de una norma específica que regule la situación de la “persona que no fue aún implantada en el seno materno”, no es un argumento suficiente para considerar que exista libre disponibilidad respecto de la utilización o el destino que pueda darse a los embriones conservados de manera artificial.

Desde el punto de vista meramente contractual, no basta para sostener tal posición la argüida interpretación que se efectúa en el decisorio apelado respecto del acta de consentimiento informado que los interesados habrían suscripto.

Es que a pesar que allí se hubiera previsto el eventual cese de la conservación de los embriones, en la medida que ello no se oponga a la regulación dictada o que en el futuro se dicte, la relevancia de la temática objeto de decisión obsta a que la voluntad de los propios peticionarios pueda suplir la venia judicial que ellos mismos solicitaron, o que aquello que contractualmente convinieron se erija como única fuente de sustento del temperamento adoptado, en especial, cuando en dicho instrumento también se consignó que, en su caso, al no existir regulación específica, el destino de los embriones debía ser dispuesto “con intervención de la autoridad competente”.

Así, la recta lectura de la pieza en examen permite concluir, en grado de hipótesis, que el eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición.

Claramente esto no ocurre y por eso mismo las partes han requerido la autorización en examen.

Ausente esta regulación legal específica acerca del punto, aquella disposición convencional prevista en la detallada instrumentación del consentimiento informado acompañado, emer-

ge carente de la condición que la torne operativa (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación: 279, 962 y 963), impotente pues de regular la situación jurídica actual en estudio (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 963, 1003, 1004, 1061 y cc.).

Adviértase lo siguiente: la ley 26.994, que sancionó el Cód. Civ. y Comercial actualmente vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, en su artículo 9no. estableció explícitamente como normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que “(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).”

Conforme la interpretación de la ley, de acuerdo al artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es claro que el legislador ha procrastinado en una legislación especial ulterior la “protección” del embrión no implantado.

Recuérdese además que el más alto Tribunal ha considerado que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, sin violentar su sentido específico (CSJN, 27/07/1976, Fallos: 295:376).

De tal manera, ausente esa ley, prevista por el legislador no para la disposición, gestión o regulación sencillamente de la situación de embriones no implantados crioconservados, la eliminación de los mismos emerge a priori como una decisión contraria a la invocada protección legal, por tanto su libre disposición (y consecuentemente su eliminación causada por interrupción de los medios de conservación) resultan un escenario contrario a esa anunciada regulación, aún pendiente.

Si se ha previsto explícitamente una ley especial para esa mentada protección, y siendo que la eliminación de los embriones aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar.

Se concluye pues, que el mentado “vacío legal” que impone la inexistencia de la procrastinada ley especial, no permite concluir per se la

aplicación del principio de reserva contemplado por el CN: 19 (vgr. lo que no está prohibido, está permitido), pues afecta otro principio también emergente de aquella misma disposición Fundamental: el principio *alterum non laedere*.

Sobre estas cuestiones volveré más adelante.

IV. Determinada, entonces, la insoslayable necesidad de un pronunciamiento judicial en los casos que —como ocurre en la especie— se pretende interrumpir la crioconservación de embriones no implantados, entiendo que la autorización a tal fin peticionada no puede ser admitida.

Resulta harto debatida la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*.

Y el debate en ese tema finca en si es acreedor de la condición y protección propia de toda persona humana, o no lo es.

Es más, las posiciones son tan férreas, que se discrepa que exista materia de discusión en este aspecto, negando la legitimidad misma de la argumentación contraria: los defensores de una y otra postura sostienen con absoluta convicción que ya se encuentra definida la cuestión a su favor en función de la letra misma de nuestro Derecho Positivo, sin que exista resquicio para debate alguno.

Al margen de tales convicciones, existe efectivamente un debate abierto en relación con la disposición hoy contemplada por el artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Y el conflicto finca sustancialmente en la interpretación del concepto de “concepción” y su relación tanto con las restantes normas vinculadas del código (arts. 20, 21, 57, 560, 561, 562, 563 y 564, 566, 2279 y cc.), como con los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina (CN:75-22) y otras normas vinculadas (ley 26.994:9; ley 26.862 —ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida— TRHA) y su decreto reglamentario (dec. 956/13).

En efecto, existen diversos criterios para determinar cuándo existe una vida distinta con idoneidad tal de reservar para sí la condición de persona humana conforme nuestro Derecho,

en relación a la particular circunstancia del embrión *in vitro*.

Así puede mencionarse la fecundación como momento mismo de la concepción prevista por el Cód. Civ. y Com. de la Nación: 19. Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide, constituye una célula única con dos núcleos de 23 cromosomas cada uno (ovocito pronucleado). Desde esta perspectiva, desde ese momento esa nueva vida merece la protección del derecho y el reconocimiento como persona.

Otros consideran que la concepción se da en la denominada singamia, evolución resultante luego de 24 horas de la fecundación, donde aparece el cigoto, célula con 46 cromosomas. El cigoto contiene —de manera individual e irreplicable— toda la información genética del nuevo individuo.

Otra corriente considera que la anidación (14 días después de la fecundación) resulta un hito cualitativo en la evolución del cigoto, considerado esta como la fijación en el útero materno. Se fundamenta este momento como dirimente en que hasta esa oportunidad, el núcleo puede dividirse y formar gemelos monocigóticos o univitelinos, o bien fundirse con otro u otros y constituir quimeras o mosaicos genéticos. Se remarca también que la mitad de los cigotos no logran anidar, por cuanto no resultaría lógico considerar —desde esta perspectiva— que exista vida humana antes de ese momento fundamental. Anidación y gestación parecen dos caras de una misma moneda. Se ha considerado aquí que “el embrión, carece de status legal y moral como persona o ser humano, por lo menos hasta los 14 días a contar de la fecundación en que concluye el proceso de anidación y comienza la diferenciación celular en embrión ya que antes de este término puede no anidar, transformarse en una mola o tumor o subdividirse gemelarmente... hasta ese momento nos encontraríamos con un preembrión que, si bien es vida humana y por ello debería tener un reconocimiento moral suficiente, no alcanza a ser una persona por nacer o persona (humana)” (las citas de los mentados criterios hasta acá son de Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, T. I, 7ª edición, p. 679 y ss.).

Por último, se considera determinante para otorgar la protección de persona humana, la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, mediante la génesis de la corteza cerebral y el dibujo del surco neural (Rivera, op. cit., p. 681; ver asimismo la medulosa obra de Noemí G. de Rempel, La Protección Jurídica del Embrión, donde no solo efectúa un detallado racconto de criterios científicos acerca del inicio del ser humano, sino también una valiosa comparación tanto de legislación extranjera como de los criterios seguidos por las grandes religiones monoteístas y análisis desde la filosofía; ed. EDIAR, p. 38 y ss.).

Estimo que este inacabado debate es importante, en la sencilla inteligencia que si se considera al embrión como persona humana, entonces sí tendrá la protección y la recepción de derechos que el extenso desarrollo de la sociedad le ha reconocido al ser humano. Y si no alcanza el status de persona humana, se hallaría reducido a la cosificación, a la ausencia de entidad, descartable, quizás transable, utilizable (v. Figueroa Yáñez, El Embrión como persona y como Sujeto de Derechos, en Bioética y Derecho, Bergel y Minyersky coordinadores, p. 283 y ss., quien en una postura algo pendular sostuvo que los embriones son cosas muebles, pero que merecen el trato que corresponde a la dignidad del hombre).

O bien una posición intermedia, en cuanto considera que el embrión *in vitro* no es persona pero tampoco es cosa, siendo pues una categoría distinta y novedosa (ver Lamm, El Comienzo de la Personalidad Jurídica en el Cód. Civil y Comercial, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, Personas Humanas; ver también el meduloso trabajo desarrollado por Herrera y Lamm, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en Bioética en el Cód. Civ. y Com. de la Nación (varios autores), ed. Thomson Reuters LA LEY, p. 363 y ss.).

La ley 26.862, vigente antes que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, autoriza que existan embriones cuya implantación no se encuentre prevista (no hay un límite numérico para su creación), ni impone su implantación; asimismo, se prevé la existencia de “bancos de embriones”, como es el caso acá. Ni esa norma ni el decreto reglamen-

tario establecen positivamente la naturaleza jurídica del embrión.

Júzgase que no es función de un tribunal de Justicia definir aquello que es materia de un análisis interdisciplinario y merecedor de un debate profundo en el ámbito legislativo de nuestra sociedad, y que se ha preservado específicamente para una norma especial ulterior.

Sin embargo, el Derecho cuenta con elementos actuales suficientes para definir la cuestión, aún con ese debate abierto e inconcluso, y pendiente la legislación especial que regule tan delicada materia.

Considérese que existe cierto consenso en postular que la cuestión referida al estatuto jurídico del embrión, y particularmente del embrión *in vitro*, es derivación del avance de la biotecnología, por ende, materia de estudio de la bioética, y consecuentemente, objeto de análisis y consideración jurídica, de lo que se ha denominado bioderecho, que enlaza las normas jurídicas vinculadas a la bioética.

Autorizada doctrina ha entendido que la bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales —incluyendo visión moral, decisiones, conducta y políticas— de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un espacio interdisciplinario (Hooft, en *Anancefalia e Interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la bioética y los Derechos Humanos*; en Bergel-Minyersky, *op. cit.*, p. 348, con cita de Reich, en *Encyclopedia of Bioethics*).

Bergel explica que la bioética, como derivación etimológica de los términos griegos “bios” y “ethike” (bios como significado de vida humana, no vida orgánica —zoé— y ethos, del que deriva ethike, con tres acepciones: carácter, costumbre y lugar), surgió como la expresión de la necesaria subordinación de la ciencia al hombre, como guardiana del respeto a la dignidad de la persona, particularmente en situaciones de gran vulnerabilidad. Con cita de Hottois, postuló que la definición de bioética no desemboca en la determinación de un concepto simple y unívoco, en tanto trata diversas cuestiones: aquellas suscitadas por los avances novedosos (investigaciones y aplicaciones) de tecnocien-

cias biomédicas que implican la manipulación del ser vivo (especialmente el humano); cuestiones de dimensión ética; el desarrollo el doble plano práctico y discursivo; y el ámbito de confrontación de múltiples grupos de interés. Así concluye que es un problema bioético aspectos tales tan diversos como el estatuto del embrión humano, la solución perentoria de asignar un turno quirúrgico a un sujeto cuando el acceso es limitado (Bergel y AA, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 4 y 19, ed. Thomson Reuters).

Asimismo, explica este autor —con cita de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco de 2005— que la bioética circunscribe un ámbito especial de los derechos humanos: el vinculado a la protección del hombre frente a los avances de las tecnologías y ante las acciones que vulneran las generaciones futuras.

Así, el objetivo común es, en definitiva, el resguardo de la dignidad humana.

La bioética participa, pues, de igual dinámica y apunta a los mismos objetivos que aquellos Derechos Humanos consagrados: la bioética entra en el campo ampliado de los derechos humanos para proteger la dignidad de los seres humanos en la esfera que le es reservada. Esto se explica claramente si se recuerda que tales derechos tienen su origen en los derechos del hombre propios de su condición y de su naturaleza intrínseca, conforme los inveterados principios de la Revolución Francesa de 1789.

Desde esta particular perspectiva, desde el prisma de los Derechos Humanos, entendidos estos en forma global como la proyección normativa de la naturaleza humana, o en otras palabras, como el ser humano como creación sagrada, revestida de juridicidad (Manili, el bloque de constitucionalidad, *La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*; 2ª ed., p. 48), se impone la adopción de un criterio precautorio ante el vacío legal.

En efecto, ante este escenario y la indiscutida —desde cualquier criterio que se aborde la cuestión— existencia de vida humana con una potencialidad latente y artificialmente creada y suspendida en su desarrollo producto del avance de

la Ciencia y la Tecnología, el temperamento jurídicamente aceptable, conforme los elementales principios consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestra Nación, impone la conservación de los embriones in vitro.

Pues si bien es posible concluir que no existe una posición pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del embrión in vitro, cierto es que no es posible categorizarlo como una simple cosa, sujeta a la libre disposición, ni al ejercicio sobre sí del derecho de propiedad sencillamente, ni tampoco aparece armónica la identificación categórica como persona humana, considerase que el legislador —ante un debate social y multidisciplinar no concluido— lo ha dotado de una protección jurídica con el simple expediente de imponer en la ley 26.994:9 el deber del dictado de una ley especial que vele por su condición. El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica.

Así se ha expuesto por un lado que el embrión goza de la protección propia que corresponde a todo ser humano, con independencia de su concepción en el vientre materno o su formación mediante técnicas de fecundación in vitro, ya que en ambos casos ostenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Alterini, Jorge H. “Cód. Civil y Comercial comentado”, T. I, p. 175).

El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia.

No es ajeno a mi consideración el debate suscitado por el texto final del artículo 19, citado tanto por los peticionarios como por el Sr. Fiscal de Cámara. Tampoco lo son los proyectos de ley

que han transitado, sin mayor suerte, los clausuros del Poder Legislativo, con la intención de llenar el vacío legal que generó la exclusión del mentado segundo párrafo de esa norma, conforme la redacción original del anteproyecto.

Sin embargo, no es menos cierto que esa disposición no existe en el actual articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y que los proyectos de ley no han pasado de ese estado en el Congreso. El intercambio de ideas, de valores y de consideraciones en la sociedad así lo han querido, y debe pues confiarse en la dinámica legisferante y el juego de los mecanismos democráticos (que conforman el núcleo de nuestra Constitución Nacional) que así lo han dispuesto. Su omisión no es, pues, casual o accidental. Desde esta óptica, no es posible darle a un párrafo eliminado en un artículo del Cód. Civ. y Com. de la Nación y a una ley inexistente una espectral vigencia que, efectivamente, no tienen en la realidad ni representan derecho positivo actual.

Ante la ausencia de la prevista ley de protección del embrión no implantado, conforme el artículo 9 de la ley 26.994, el temperamento a seguir no puede ser otro que preservar aquellos hasta tanto se de el imperioso debate con intervención multidisciplinar, intercultural y social y de dicte aquella normativa, a efectos de llenar definitivamente este vacío legal que, indefectiblemente, ha generado zozobra e incertidumbre tanto en los actores como en otras personas en iguales condiciones.

Invariablemente, este tópico debería tener un lugar destacado en la agenda legislativa de nuestro país.

Por lo demás, esta fundamentación no se advierte enervada con base en el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28/11/2012, en autos “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” (public. en LA LEY, 2013-A, 160), que ha sido citado por los peticionarios para fundar su pretensión, en el entendimiento que, a partir de la doctrina allí sentada, que por cierto estiman obligatoria, puede concluirse que el concepto de concepción debe ser interpretado como sinónimo de anidación y que el embrión no implantado, al carecer de toda posibilidad de desarrollo independiente, no re-

sulta titular del derecho a vida receptado en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ello así, pues aun cuando los pronunciamientos del referido tribunal constituyen una guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conf. CSJN, Fallos: 318:514, 321:3555, 323:4130 y 335:1126, entre otros), no tienen carácter vinculante si no fueron dictados en procesos contenciosos contra el Estado argentino y dentro del marco de sus potestades remediales (conf. CSJN, Fallos: 340:47), a la vez que por aplicación del principio de efectividad mínima de los fallos dictados en aquel ámbito internacional, debe prevalecer la protección que rige en el derecho interno, en la medida que resulte más eficaz, tal como ocurre en el caso, donde se postula un marco tuitivo más amplio.

Precisamente en este sentido, ha sostenido la Corte Federal que los tratados internacionales únicamente pueden mejorar la tutela de los derechos y no empeorarla, de modo tal que no cabe entenderlos como restrictivos de las prerrogativas existentes en el ordenamiento interno al momento de su sanción (conf. CSJN, Fallos: 329:2986).

No se trata, pues, de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que entiendo debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización, solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata.

A modo de conclusión, puede decirse pues que el legislador ha previsto en la mentada ley 26.994:9, entre las normas transitorias del

Cód. Civ. y Com. de la Nación que “(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)”

Siendo que esa normativa deberá contemplar no solo la regulación de embriones crioconservados, tanto aquellos que en el futuro se logren sino el destino de los actualmente ya existentes, conforme la ya vigente ley 26.862 y sus normas reglamentarias y complementarias, permitir su actual eliminación importa cuanto menos cercenar la chance de una regulación legal favorable a su posterior desarrollo, en franca contradicción a principios precautorios tales como la prevención del daño contemplada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:1710 y ss. (arg. CN: 19).

En efecto, siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano.

De tal modo, la decisión “por defecto”, ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación. Pues la ulterior regulación, que necesariamente deberá regir la situación de los actuales y los futuros embriones obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida y conservados a bajas temperaturas, requiere para su adecuada operatividad la necesaria y sencilla existencia o, más simplemente, vida de ellos. Es evidente que siendo que esa normativa se encuentra aún pendiente como derecho positivo, la destrucción aparece como un evento irreversible e inaceptable en función de tales objetivos.

En sentido análogo se ha resuelto que los embriones no implantados, después de la realización de un estudio de diagnóstico genético preimplantatorio, deben recibir protección jurídica a través de una medida cautelar de no innovar para su crioconservación, que prohíba cual-

quier manipulación, destrucción o descarte de aquellos, hasta tanto se dicte la ley a la que alude el art. 9 de la ley 26.994 (conf. Cám. Fed. San Martín, sala I, 12/11/2014, “G., y S. c. OSDE s/ prestaciones médicas”; AR/JUR/52907/2014).

No se desconoce el conflicto de intereses que se evidencia en los peticionarios y en la protección de la vida de los embriones aquí propuesta. Ni de manera alguna puede ser cuestionado un conflicto que debió ser evitado mediante una disposición legal largamente demorada, como bien exponen en el escrito inaugural.

Sin embargo, como correctamente se indica en el dictamen del Fiscal de Cámara, el derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios, no pueden en el actual estado de la legislación vigente considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues —como fue desarrollado más arriba— resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios.

Nótese que más allá de las normas precedentemente citadas y de aquellas contenidas en los tratados internacionales reseñados por los Ministerios Públicos, el artículo 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación también contempla un claro marco de protección, al prohibir las prácticas destinadas a producir una alteración genética de los embriones, que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna según se trate de concepción corpórea o extracorpórea.

De allí que, con independencia de la condición jurídica que pudiera asignarse al ovocito, existe un infranqueable ámbito de tutela que corresponde respetar, que impone su preservación y que, por ende, veda su descarte o destrucción, máxime cuando se está en presencia de alternativas menos gravosas, que no conllevan la conculcación de los derechos de quienes en su oportunidad exteriorizaron su voluntad de procrear, ya que en la especie no se dirime puntualmente una temática que involucre el derecho a la salud o a la libertad reproductiva de los interesados, quienes válidamente pueden decidir la no realización de nuevos tratamientos, sin

que para ello sea necesaria la interrupción de la crioconservación.

En tal contexto, tampoco las normas contenidas en la ley 26.529, texto según ley 26.742, permiten convalidar la solución propuesta por el juez de grado, toda vez que no se advierte configurado en el caso un supuesto de enfermedad irreversible o incurable, ni un estadio terminal, que pudieran justificar la autorización para el retiro de las medidas de soporte vital extraordinarias o desproporcionadas, en los términos previstos en los artículos 2°, inciso e) y 5°, inciso g) del citado cuerpo normativo, en especial, cuando no ha sido siquiera invocada la inviabilidad de los embriones en cuestión.

Por último, la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen.

Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones in vitro.

Su inaplicabilidad en la especie aparece, pues, manifiesta y por ende exime de mayores consideraciones acá.

En función de la decisión tutelar que estimo cabe adoptar, conforme las consideraciones precedentemente expuestas y el principio protectorio aquí operativo, entiendo que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, desestimar el pedido de autorización solicitado en autos, así como también dar intervención —en la instancia de grado— al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, para que sin perjuicio de la posición contractual de los peticionarios respecto de la empresa que gira con el nombre de fantasía “Procrearte”, puedan adoptarse las diligencias pertinentes para el debido cumplimiento de la decisión de este Tribunal en relación con la preservación de los embriones cuya consideración ha sido materia de estas actuaciones. — *Gastón M. Polo Olivera.*

# Un fallo que atrasa en el camino jurisprudencial y la imperiosa necesidad de contar con la ley especial de embriones crioconservados

Gonzalo E. Imas (\*)

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares.— II. Plataforma fáctica y decisión del Tribunal.— III. Intervención de la defensora pública de menores e incapaces.— IV. ¿Es posible aplicar la ley 26.529, modificada a través de la ley 26.742, a los embriones crioconservados?— V. Criopreservación de embriones y el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Proyectos de ley especial de protección de embriones.— VII. Antecedentes jurisprudenciales.— VIII. ¿Por qué la inaplicabilidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo?— IX. Conclusión.

## I. Consideraciones preliminares

A continuación, comentaré el fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictado con fecha 9 de abril del 2021, que revocó la sentencia de primera instancia, que siguiendo la jurisprudencia que se viene dando en la materia les hacía saber a los peticionarios que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida.

La sentencia es apelada por la defensora pública de menores y se resuelve rechazar la au-

torización requerida y disponer que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata.

En tiempos del Código Civil derogado, el Dr. Bidart Campos en su trabajo: “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico” (1), señalaba la obligada perspectiva constitucional e internacional del derecho, de la cual no podía escapar el derecho de familia. Y en esa consonancia el Dr. Gil Domínguez señala: “La conjugación de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. establece que los jueces y juezas deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la

---

(\*) Abogado (UBA), especialista en Derecho de Familia, cursando la Carrera de Maestría en Derecho de Familia (UBA), jefe de Despacho (int.) del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, ayudante de segunda en la materia Familia y Sucesiones, cátedra Arianna-Herrera, UBA; ayudante en la materia Familia y Sucesiones (Marisa Herrera [titular], Natalia de la Torre y Federico Notrica [adjuntos]), UNDAV.

---

(1) BIDART CAMPOS, Germán, “La ‘ley’ no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, LA LEY, 1997-F, 145.

Constitución y los tratados de derechos humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia. Ese deber de los jueces se concreta mediante el ejercicio sincrónico del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad ante las antinomias y lagunas que aparezcan en los casos que tiene que resolver” (2).

Del fallo en análisis no se observa una interpretación armónica entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que podría acarrear un incumplimiento ante los respectivos organismos internacionales. Por ello, se advierte que se va tornando necesario y urgente el dictado de una ley que regule sobre esta particular situación, como sucede con los casos de gestación por sustitución y filiación post mortem, y determinar el posible destino de los embriones crioconservados del uso de técnicas de reproducción humana asistida.

## II. Plataforma fáctica y decisión del Tribunal

Un matrimonio solicita autorización para cesar en la conservación de los embriones que oportunamente habían generado con técnicas de reproducción asistida y que no habían sido implantados; manifestando que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación. Agregaron que su mantenimiento en la empresa con la que contrataron la práctica les traía aparejados costos económicos anuales. Fundan su pretensión en que los embriones no implantados no son personas.

Luego de correr vistas al fiscal y defensora pública de menores, se resuelve hacer saber que no necesitan autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones que obtuvieron con Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debiendo acudir por la vía y forma que corresponda para el cese del contrato celebrado con la clínica.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; “Control de constitucionalidad, convencionalidad y sentencias expansivas en el derecho de familia”, Cita Online: AR/DOC/3156/2018.

Dicho pronunciamiento fue apelado por la Sra. defensora pública de menores, al cual hizo lugar la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocando el pronunciamiento y ordenando que los embriones sean conservados.

Los fundamentos brindados por la sala actuante serán analizados a continuación, para una mejor comprensión.

## III. Intervención de la defensora pública de menores e incapaces

En primer lugar, debo señalar que se confirió vista en primera instancia a la Sra. defensora pública de menores e incapaces de manera errónea. Y el porqué de tal afirmación se desprende del dictamen de la defensora general de la Nación en fecha 15 de julio del 2014, en el cual “teniendo en cuenta las conclusiones a las que arriba la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso ‘Artavia’, con fundamento en ‘la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes anteriores en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (3). Como se verá más adelante, al momento de analizar la jurisprudencia, como diferentes defensorías han declinado su participación en dichos procesos.

Es necesario poner de resalto que las actuaciones de referencia han sido apeladas únicamente por la Sra. defensora pública de menores e incapaces.

## IV. ¿Es posible aplicar la ley 26.529, modificada a través de la ley 26.742, a los embriones crioconservados?

De los fundamentos se extrae que el juez de Primera Instancia, para resolver la no autorización judicial para disponer de los embriones crioconservados, equiparaba: “...el caso a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está

(3) Dictamen del 15/07/2014 en los autos “G., Y. O. c. OSDE s/ prestaciones médicas” (expte. FSM 43381203), inédito. Para ampliar, compulsar: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto. No a la actuación del asesor de menores como ‘Defensor de los Embriones””; en LA LEY, 2014-E, 1372.

sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible” y que “como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron”.

De un análisis de la “Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado”, esta fija sus límites en los derechos esenciales desprendidos de la relación entre la persona-paciente y la, el o los profesionales de la salud. En este sentido, hay que destacar la referencia exclusiva a la categoría de “paciente”, es decir, circunscribiendo la norma a personas que se hallan bajo atención médica y en contextos médico-sanitarios. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Como se analizará posteriormente, dicho magistrado consideró que los embriones crioconservados poseen el estatus jurídico de persona humana de manera errónea, asimilando la petición de cese de crioconservación a la dura decisión que deben tomar las familias cuando una/un hija/o se encuentra en un estado de salud extremo, siendo irrazonable dicho fundamento, y poseyendo nula empatía con las familias que deben acudir a dicha decisión.

## V. Criopreservación de embriones y el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación

Antes de analizar los fundamentos, es necesario señalar que uno de los cuestionamientos más importantes que generan las técnicas de alta complejidad (donde la fertilización del óvulo por el espermatozoide tiene lugar extracorpóreamente), tales como la fertilización *in vitro* o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, se vincula con el destino de los embriones excedentes. En este tipo de prácticas, a los fines de aumentar las probabilidades de embarazo y disminuir los riesgos, se intenta obtener un buen número de embriones. Una vez realizada, existen diversos métodos de congelamiento

celular y de esta manera, podrán ser descongelados y utilizados ulteriormente (4).

La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 admiten la crioconservación de embriones, la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión y la donación de embriones; aunque guardan silencio sobre asuntos trascendentales que se derivan de esta técnica, como es el caso de la determinación de los posibles destinos que se les podría dar en caso de cese. Desprendiéndose que se entiende que no son personas porque a las personas no se las revocan, no se las donan y mucho menos se las criopreservan.

Tanto en la sentencia como en los fundamentos de los Dres. Carlos A. Bellucci y Gastón M. Polo Olivera, han expuesto que “los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano”. Dicha postura es sostenida en base a que el ordenamiento jurídico reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción, conforme surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Cód. Civ. y Com. y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares.

Con relación al art. 19 del Cód. Civ. y Com., el Dr. Bellucci se atiene a la literalidad de su redacción, considerando que invocar el fallo “Ratavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es errónea. Conforme se sostuvo en las consideraciones preliminares, los artículos que integran el Código Civil y Comercial de la Nación deben ser leídos e interpretados de manera armónica con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del fallo “Almonacid Arellano y otros

---

(4) Técnicas de reproducción humana asistida; T. I, HERRERA, Marisa; directora, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed., ps. 170 y ss.; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia; “Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; La Ley, 2018, 1ª ed., ps. 425 y ss.

vs. Chile” (5) ratifica la postura que venía sosteniendo dicho Tribunal en cuanto insta a los jueces nacionales no solo a formular el mentado control de constitucionalidad, sino que requiere la realización de un control de convencionalidad, exigiendo que evalúen su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales emanados del sistema regional y receptados en nuestra Constitución. Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias oportunidades reafirmó la superioridad del bloque constitucional convencional en los fallos “Ekmekdjian c. Sofovich”, “Girolidi”, “Mazzeo”, “Carranza Latrubesse”, entre otros.

Sentado ello, el punto de partida indubitable para la determinación del estatus jurídico de los embriones criopreservados se ubica en el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (6), que luego de utilizar diferentes métodos de interpretación (7), y señalar “...que la definición de ‘concepción’ en la época en que se redactó la Convención Americana no preveía lo que la ciencia luego hizo posible: que la fertilización suceda fuera del cuerpo de la persona. Que, en el marco científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término ‘concepción’: una corriente que entiende por ‘concepción’ el momento del encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide y la otra, entiende por

‘concepción’ el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última...” (8); sosteniendo que el embrión no puede ser entendido como persona a efectos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, el término concepción se asimila al de anidación y no a la mera unión entre dos gametos, femenino y masculino en un laboratorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que el término concepción que se tuvo en miras al momento de la redacción de la Convención Americana se vio modificado frente a la posibilidad científica de que la fertilización se lleve a cabo por fuera del cuerpo de la mujer.

Por ello, desde la obligada mirada constitucional convencional, se infiere que el comienzo de la existencia de la persona humana tendrá lugar con la concepción (equivalente a la implantación). Por eso, no podrá reconocerse tal calidad al embrión *in vitro*.

Y así se ve reflejado en el Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 20 entiende por concepción el plazo que transcurre entre el mínimo y máximo para el embarazo, presumiendo, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Y el art. 561 previene en su última parte que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión; por lo que el embrión no implantado no es persona; de lo contrario, el consentimiento no podría ser revocado.

Al momento de la elaboración del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, se proyectó el art. 19 de la siguiente manera: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

(8) Técnicas de reproducción humana asistida, ob. cit., p. 424.

(5) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26/09/2006. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Compulsada en fecha: 2/05/2021.

(6) Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28/11/2012. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf). Compulsada en fecha: 2/05/2021.

(7) Técnicas de reproducción humana asistida, ob. cit., ps. 220 y ss.; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - BLADILLO, Agustina, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción humana asistida”, JA 2013-II del 01/05/2013; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 7, año V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 24 y ss.

Al respecto, la Dra. Herrera refiere que “...en el campo de las relaciones de familia el Código Civil y Comercial de la Nación es el resultado de desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convenional de familia, es decir, de las grandes tensiones que ha auspiciado la doctrina internacional de los derechos humanos al mostrar que ciertos vacíos legislativos o normativas infra constitucionales rígidas y cerradas eran totalmente incompatibles con principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por citar los principios a los cuales se ha apelado con mayor frecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma del derecho de familia” (9).

Luego del largo debate que introdujo la reforma en la Cámara de Senadores ante las presiones ejercidas por ciertos sectores de poder (principalmente por la Iglesia católica) y terminar siendo aprobado por la Cámara de Diputados, quedó redactado de la siguiente manera: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Disposición transitoria segunda: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

En el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia celebrado en la Provincia de Mendoza, la comisión 2 “Bioética y Familias. TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica y persona.” recomienda con relación al art. 19: “Comienzo de la existencia (Art. 19 CCyC): 1. Resulta necesaria la promulgación de una ley especial que establezca la protección jurídica del embrión no implantado. 2. El embrión no implantado no es persona, pero tampoco es una cosa. 3. De la interpretación armónica y sistemática del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.682 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario 956/13 y el fallo Artavía Murillo y otros Vs. Costa Rica, se afirma que el embrión no implantado no es persona” (10).

(9) HERRERA, Marisa, “Manual de derecho de las familias”, CABA, Abeledo Perrot, 2019, 2ª ed., p. 11.

(10) [congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-2.pdf](http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-2.pdf).

Acorde se desprende del art. 19 del Cód. Civ. y Com. y las conclusiones antes arribadas, el embrión no implantado será objeto de una ley especial, la cual al momento no ha sido sancionada; por lo que se debe aplicar el art. 19 de la Constitución Nacional, donde se establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Por lo que la petición formulada de cesar en la crioconservación de embriones debía tener favorable acogida, conforme fuera resuelto por el Juzgado de Primera Instancia, sin perjuicio de lo expuesto en el punto IV del presente comentario.

Asimismo, los principios procesales generales del proceso de familia se encuentran establecidos en el art. 706 del Cód. Civ. y Com.; que sin perjuicio de los principios procesales establecidos en los códigos de procedimiento que resulten aplicables; establecen la actuación aplicable a todos los procesos de familia que se entablen ante los juzgados del fuero a la hora de abordar y resolver las problemáticas planteadas; conjugándose a su vez con los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com., que desde la necesaria mirada del derecho constitucional y convencional privado, los casos deben ser resueltos sin perder de vista los principios emergentes de la Constitución Nacional, de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y las recomendaciones y sentencias de los organismos internacionales creados por dichos instrumentos (11).

## VI. Proyectos de ley especial de protección de embriones

Se han presentado varios proyectos legislativos en el Congreso de la Nación tendientes a

(11) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial”, Ediar, Bs. As., 2015, ps. 14 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Control de constitucionalidad, convencionalidad y sentencias expansivas en el derecho de familia”, Cita Online: AR/DOC/3156/2018; HERRERA, Marisa, “Legislación Civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda”, Cita Online: AR/DOC/197/2021.

la regulación de la protección jurídica del embrión no implantado y la determinación de los posibles destinos de los embriones sobrantes. Únicamente haré mención del proyecto 4058-D-2014 que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario por no haberse tratado en la Cámara de Senadores a fines del año 2016; y el proyecto 1541-D-2019 presentado el 5 de abril del 2019.

El primero de los proyectos establecía: “Destino de los tejidos, gametos y embriones criopreservados. Los tejidos, gametos y embriones criopreservados pueden tener los siguientes destinos: a. ser utilizados por los titulares para posteriores tratamientos; b. ser donados con fines reproductivos; c. ser donados con fines de investigación; d. ser descartados” (12).

El segundo de los proyectos le otorga protección jurídica, conforme se desprende del art. 4°, el cual prevé: “...Se debe procurar limitar el número de ovocitos a fecundar según el caso y de conformidad con las buenas prácticas médicas a fin de disminuir el número de embriones a criopreservar”; y establece en el art. 10 los posibles destinos: “Destino embriones criopreservados. Los embriones criopreservados pueden tener los siguientes destinos: a) ser utilizados por sus titulares para posteriores tratamientos; b) ser donados con fines reproductivos; c) ser donados con fines de investigación; d) cesar su criopreservación”. Asimismo, se requiere el correspondiente consentimiento informado, libre y formal de sus titulares; pudiendo ser modificado en cualquier momento; y en caso de desacuerdo, serán destinados a investigación (13).

Es dable observar que no existe diferencia entre uno y otro proyecto en lo que hace al destino de los embriones sobrantes.

## VII. Antecedentes jurisprudenciales

En este estado, es necesario detenerse a analizar algunos fallos jurisprudenciales, que, si bien

se refieren a plataformas fácticas distintas, también resuelven acerca del destino de los embriones criopreservados.

### VII.1. Fallo: “B. y S. s/ divorcio bilateral” de fecha 30/07/2018 (14)

En este caso se homologa un convenio presentado en un juicio de divorcio que incluía el descarte de embriones criopreservados. Si bien la sentencia culmina homologando lo solicitado por las partes acerca del descarte de los embriones criopreservados o material genético de los peticionantes, almacenados en la clínica Cecyr; me interesa poner de resalto las opiniones vertidas por la Dra. Eleonora Lamm, subdirectora de Derechos Humanos de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia debido a la intervención conferida por el Tribunal, la cual expresa: “La intervención de esta subdirección de Derechos Humanos surge de lo dispuesto por el consentimiento informado (CI) firmado por las partes en el que se dispone: ‘en caso de divorcio o muerte de uno o ambos miembros de la pareja, será la autoridad competente quien decida el futuro destino de los embriones criopreservados.’ Este párrafo motiva el pedido de autorización judicial para efectuar el descarte de embriones, no obstante, debo aclarar que no solo en nuestro marco legal actual no se requiere autorización, como explicaré luego, sino que de ese aparatado no se desprende que la autoridad competente sea la judicial. Sin embargo, atento a que en Mendoza no hay autoridad administrativa abocada que haya dictado normas o resoluciones en este sentido, resulta conveniente la expedición por parte del juez interviniente en el proceso de divorcio para evitar mayores dilaciones. En este marco y con las aclaraciones efectuadas, esta Subdirección entiende que corresponde autorizar lo solicitado, *más quisiera manifestar que para el futuro o en futuras situaciones, este requerimiento de autorización judicial resulta en un dispendio jurisdiccional innecesario atento a que si el descarte de embriones no está expresamente prohibido por la ley entonces el juez no tiene por qué autorizar una práctica que entonces es legalmente posible.* Conforme lo establecido por nuestra Constitución Nacional,

(12) [www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4058-D-2014](http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4058-D-2014).

(13) [www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=1541-D-2019](http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=1541-D-2019); “Ley de protección de embriones no implantados”, Filmus, Daniel, 1541-D-2019.

(14) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 30/07/2018, “B. y S. s/ divorcio bilateral”; La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/55845/2018.

todo lo que no está prohibido está permitido. En nuestra legislación aún está pendiente regular mediante ley la protección que se le ha de conferir a los embriones *in vitro*, más de esta laguna legal no se desprende una prohibición, conforme surge del principio de legalidad” (la cursiva me pertenece).

**VII.2. Fallo: “R. G. J. y otro/a s/ autorización judicial” de fecha 22/04/2019 (15)**

Aquí se presenta una pareja solicitando autorización judicial para interrumpir la criopreservación de embriones. En la presentación inicial manifiestan que, debido al tratamiento de fertilización desarrollado, producto del deseo de ser padres, se conformaron nueve embriones los cuales fueron criopreservados en la Clínica Procreate. Con la existencia de dos hijos y sin voluntad de ser de nuevo padres en un futuro, los requirentes solicitan la suspensión de la criopreservación de los seis embriones restantes, la cual les manifiesta la necesidad de una manda judicial para su cumplimiento en virtud del vacío legal existente en nuestra legislación.

Luego de correr vista a la Asesoría de Menores que devuelve las actuaciones sin asumir intervención; y la Fiscalía que dictamina que la suspensión de la criopreservación no importa vulneración alguna en relación con el art. 19 del Cód. Civ. y Com., ello toda vez que los embriones no se encuentran implantados, por lo que estima que corresponde hacer lugar a la autorización solicitada; y luego de fundamentar su decisión, resuelve otorgar la autorización para cesar la criopreservación de los seis embriones.

**VII.3. Fallo: “C. M. L. y otro/a s autorización judicial” de fecha 30/09/2019 (16)**

En esta ocasión se presenta una pareja solicitando autorización judicial para interrumpir la criopreservación de embriones, los cuales han sido generados luego de la relación de una técnica de reproducción humana asistida; y luego

(15) Juzgado de Familia N° 7 La Plata, Buenos Aires, “R. G. J. y otro/a s/ autorización judicial”; Cita Online: el-Dial.com - AAB30E

(16) Juzgado de Familia N° 8 La Plata, Buenos Aires, “C. M. L. y otro/a s autorización judicial”; Cita Online: Id SAJ: FA19010041.

de fundamentar su decisión, usando como herramienta los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., del juego armónico de los arts. 19, 20 y 21 del Cód. Civ. y Com., la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 y siguiendo la postura del fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” se lugar a la autorización judicial solicitada y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que posee la pareja, procediendo a su descarte.

Lo que merece destacarse es el considerando 2: “Oficiar por Secretaría a la Cámara de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación, a los fines de poner en conocimiento de las mismas acerca de las dificultades —al menos— que están obligados a atravesar los particulares, en situaciones similares, ante la falta de legislación vigente —en cumplimiento con la disposición transitoria contenida en el art. 9° de la ley 26.994—, como así también la labor jurisdiccional atípica frente a la inexistencia de controversia”.

### **VIII. ¿Por qué la inaplicabilidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo?**

En sus fundamentos, el Dr. Bellucci refiere: “Desde otra arista, y ya que en la respuesta al dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante este colegiado se adujo a la novel ley de interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) caben al menos importantísimas consideraciones que hacen a su inanidad: su evidente inaplicación, ya que no es retroactiva y no puede, en el mejor de los casos, aplicarse a una situación como la presente, generada bastante tiempo antes de su sanción. Tampoco y cabe subrayarlo, porque en la especie se han consumido largamente las 14 semanas a las que dicha normativa refiere como límite para ejercer lisa y llanamente el descarte y muerte del huevo o cigoto ya fecundado. No se me escapa la muy diferente contradicción de derechos, en tal ley y en el caso traído a revisión, ya que en aquella confrontan el ‘particular interés’ y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría ‘egocentrismo’), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata, mientras que en el ‘caso’, frente a la mera voluntad de los gestantes (mero ‘voluntarismo’), se encuentra y se trata nada más y nada menos que de personas humanas (los embriones crio-

conservados) inaudibles y carentes de toda representación y defensa, cuyo derecho esencial y constitucional del mayor rango a poder vivir siempre ha de prevalecer, porque se trata de la férrea protección y prevalencia de estos últimos por sobre el de quienes los gestaron (arts. 1, 2 y 3 último apartado, y cc. de la ley 26.061; ‘interés superior...’). Asimismo, porque una ley como esta no puede ir en contra de regulaciones internacionales del más alto nivel constitucional (remito al plexo jurídico antes descrito que bien da apoyo a la tesis de la Sra. Defensora de Cámara y que también sustenta el egregio dictamen del Sr. Fiscal ante este colegiado):

El Dr. Polo Olivera fundamenta: “Por último, la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen. Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones *in vitro*. Su inaplicabilidad en la especie aparece, pues, manifiesta y por ende exime de mayores consideraciones acá”

El voto del Dr. Bellucci, más allá de que considera que no cabe su aplicación por no ser retroactiva, cuestión que a mi criterio es inexacta y que a continuación explicaré, deja asentada una posición peligrosa en cuanto a que “... que en aquella confrontan el ‘particular interés’ y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría ‘egocentrismo’), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata...”, adelantando su posición ante un eventual pedido de inconstitucionalidad de la ley 27.610.

Tras una larga lucha por parte del movimiento feminista en el año 2020, se sancionaron dos leyes muy importantes, la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, centrándose el debate en aborto legal o clandestino, y la ley 27.611 de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia denominada como ley de los “mil

días”. Como bien señala la Dra. Marisa Herrera: “...Como bien se adelantó, el art. 4.1 de la CADH alude al término ‘en general’, es decir, que el reconocimiento del derecho a la vida lo es, en general, desde la concepción. Ello es así porque, en general, las mujeres y personas con capacidad de gestar desean, deciden, llevan adelante el proyecto de ser madre/padre y si por condiciones socioeconómicas se ven impedidos de ello, la ley de los ‘mil días’ regula una gran cantidad de acciones/políticas públicas a los fines de que el Estado acompañe tal objetivo. Como contracara de esto, en los casos de excepción que el propio art. 4.1 permite ya que el reconocimiento es en general y, por lo tanto, no siempre, las mujeres y personas con capacidad de gestar que no desean o deciden no llevar adelante un embarazo, la ley de IVE regula también diferentes y complementarias acciones tendientes a que el Estado también acompañe tal resolución. Como se puede observar y siguiéndose el lema tan conocido dentro del feminismo: ‘la maternidad será deseada o no será’; a través de ambas leyes el Estado —principalmente, el sector salud— está presente para respetar estas voluntades en dos sentidos opuestos y complementarios a la vez” (17).

La ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en su art. 4º dispone: “Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce [14], inclusive, del proceso gestacional”.

Conforme se desprende de la ley, se hace referencia al proceso gestacional; un embrión que se ha desarrollado hasta la semana 14 dentro de la persona gestante. Un embrión no implantado, toda vez que no está desarrollado, no ha corrido tiempo alguno para computar; por ello, se encuentra, a mi criterio, bien realizada la fundamentación hecha por los actores; toda vez que el embrión crioconservado no es persona.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en el fallo “Artavio Murillo” que se viene

(17) HERRERA, Marisa; “Legislación civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda”; Cita Online: AR/DOC/197/2021.

analizando, sostiene: “...para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que les confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”.

Por ello, teniendo en cuenta los artículos analizados del Código Civil y Comercial de la Nación y lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de resolver el presente se tendría que haber dejado de lado opiniones personales, y aplicar con toda fuerza de ley los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., ya que es un imperativo jurídico sobre cómo se debe leer, interpretar y analizar la legislación civil.

### **IX. Conclusión**

El fallo en cuestión deja más dudas que certezas; fue resuelto mediante dogmas, denostando leyes vigentes, como la ley 27.610, y no realizando el control de constitucionalidad y convencionalidad que exige el Código Civil y Comercial de la Nación para el tratamiento de los casos; desconociendo la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien en varias oportunidades reafirmó la superioridad del bloque de constitucionalidad federal.

Conforme se viene analizando, desde el punto de vista biológico, un embrión que no se im-

plantó es un embrión que puede o no acaecer en feto, que necesitará siempre la intervención de terceros para ello.

Asimismo, de manera peligrosa, dejan sentada la posición, para el supuesto de que en el momento de que salga la ley especial que regula el art. 19 del Cód. Civ. y Com. y que prevea descartar los embriones, esta sería inconstitucional, conforme el razonamiento realizado.

En ningún instancia de grado se debería haber conferido vista a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, toda vez que la Defensoría General de la Nación ya tiene tomada posición al respecto en contra de la intervención del Ministerio Público de la Defensa de tener que intervenir en este tipo de casos en los que no se debaten conflictos que atañen a niños, niñas y adolescentes, o personas con restricción a la capacidad, toda vez que los embriones no son considerados personas de conformidad con la doctrina emanada de la sentencia “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(18)**.

Por todo lo expuesto, y existiendo diferentes proyectos presentados en el Congreso de la Nación, se hace indispensable su tratamiento para la correspondiente sanción de ley; para que este tipo de casos no queden supeditados a la libre discrecionalidad de la jueza o juez de turno, debiendo primar por sobre todas las cosas la seguridad jurídica a las personas que se someten a las técnicas de reproducción humana asistida.

---

(18) Dictamen del 15/07/2014 en los autos “G., Y. O. c. OSDE s/ prestaciones médicas” (expte. FSM 43381203), inédito; ob. cit.

# JURISPRUDENCIA

---



## DERECHO DE PERMANENCIA EN EL EMPLEO

**Interpretación amplia del art. 19 del CCT 1453/15 E. Supresión de dependencias o funciones del RENATEA. Opción de reubicación en cabeza del trabajador.**

1. — A la luz del principio protectorio mencionado, y de la regla de irrenunciabilidad establecida en la LCT, no resulta arbitraria la sentencia que, en lo sustancial, hizo prevalecer el derecho a la permanencia en el empleo prevista en el art. 19 del CCT 1453/15 E ante la supresión de dependencias o funciones del organismo —es decir, la opción de reubicación en cabeza del trabajador— que, conforme el art. 4° de ese convenio, había quedado incorporado a los contratos individuales existentes al momento de su entrada en vigencia, frente a la desvinculación laboral de los amparistas dispuesta de manera directa en virtud del acta acuerdo en estudio, el cual fue celebrado durante el proceso de reorganización administrativa del RENATEA declarado formalmente por el Poder Ejecutivo mediante el dec. 1014/2016 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
2. — No se advierte que la cámara haya efectuado una interpretación inadecuada del art. 19 del CCT 1453/15 E, al hacer prevalecer el derecho a la permanencia en el empleo ante la supresión de dependencias o funciones del organismo —es decir, la opción de reubicación en cabeza del trabajador—, pues la letra de esa norma permite colegir que sus previsiones alcanzan cualquier supuesto de supresión de funciones, cargos o dependencias, incluso cuando ello resulte del proceso de reorganización integral del organismo. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
3. — Frente al supuesto de supresión del cargo por causas objetivas en el marco de una reorganización administrativa el art. 19 del CCT 1453/15 E, confiere a los accionantes la opción de conservar el empleo mediante la reubicación, la cual es posible no solo en el ámbito del RENATEA sino también

en el de la Administración Pública Nacional, y no parece irrazonable que la cámara haya optado por una interpretación amplia de la norma, de modo tal que se otorgue mayor protección a los trabajadores involucrados (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

4. — El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, y, en materia de hermenéutica, con arreglo al principio *in dubio pro justitia socialis*, la preceptiva debe ser interpretada a favor de quienes, al serle aplicada con, este sentido, tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo. El Dr. Rosenkrantz no adhiere).
5. — En el caso, el *a quo* realizó una interpretación posible de las normas de derecho común aplicables en la especie en función de las circunstancias del caso. Esta exégesis, más allá de su grado de acierto o error, no resulta irrazonable, sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad, máxime cuando la solución a la que arribó la cámara se ajusta a los principios de orden público laboral que rigen la materia, y en particular, al principio protectorio que surge del art. 14 bis de la Constitución Nacional (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo. El Dr. Rosenkrantz no adhiere).

**CS, 13/05/2021. - Escalona, Martín Reynaldo y otro c. Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) y otro s/ amparo ley 16.986.**

[Cita on line: [TRLALEYAR/JUR/19827/2021](https://www.trialej.ar/jur/19827/2021)]

FCR 012332/2016/2/RH001

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto había declarado la nu-

alidad del Acta Acuerdo nro. 1 celebrada entre el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) -en liquidación- y la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), del acto homologatorio de ese instrumento -resolución 287/2016 de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- y de la desvinculación laboral del actor. En consecuencia, ordenó que se le reconozca al accionante el derecho a ejercer la opción de continuar la relación de empleo mediante la reubicación (fs. 326/333 del expediente principal, al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

El tribunal expuso que la controversia consiste en determinar si el trabajador tiene derecho a ejercer la opción prevista en el artículo 19 del Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 1453/2015 E, homologado por la resolución 22812015, que dispone, en cuanto resulta pertinente, que, ante la supresión de la dependencia o de las funciones asignadas, el personal puede optar por ser reubicado en el mismo RENATEA y, en caso de no ser posible, en cualquier otro organismo de la Administración Pública Nacional, o ser indemnizado. Apuntó que la disputa se generó a raíz de que ese instrumento fue dejado sin efecto por la cláusula 1 del mencionado acta acuerdo.

Ante todo, señaló que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de contralor y en ejercicio de las facultades previstas en la Ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo y en la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, homologó el acta acuerdo en crisis y, anteriormente, había homologado el CCT 1453/2015 E. Además, precisó que el RENATEA, cuya liquidación generó el presente conflicto, funcionaba en la órbita de ese ministerio.

En primer lugar, afirmó que los pronunciamientos judiciales dictados en el marco de la causa “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores el Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo” (expte. 24971/2012) -donde, finalmente, quedó firme la sentencia que declaró inconstitucionalidad de las disposiciones de los artículos 106 Y 107 de la Ley 26.727 de Trabajo Agrario- no obligan a derogar de pleno derecho todas las cláusulas del CCT 1453/2015 E. Destacó que, por el contrario, la in-

constitucionalidad decretada tuvo como fin tutelar los derechos de los trabajadores afectados por la normativa allí impugnada. En consecuencia, estimó que el trabajador no perdió la protección prevista en el convenio colectivo, por lo que su desvinculación no se encuentra justificada.

En segundo lugar, señaló que la desvinculación laboral de los trabajadores del RENATEA en los términos de la cláusula 3 del acta acuerdo es contraria a los principios protectorio, de progresividad y de no discriminación, que constituyen los pilares del derecho laboral. Esos principios fueron destacados por la Corte Suprema en los precedentes “Aquino” (Fallos: 327:3753), “Vizzoti” (Fallos: 327:3677) y “Madorrán” (Fallos: 330:1989).

En especial, consideró que el CCT 1453/2015 E se ajustó a los estándares establecidos en los precedentes anteriormente citados y a la protección que confiere a los trabajadores el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Agregó que ese convenio es coherente con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 25.164 Marco de Regulación de Empleo Público Nacional. Afirmó que, por el contrario, el acta acuerdo impugnada y su homologación implicaron una regresión en los derechos conferidos al accionante en virtud del convenio que regía la actividad. Puntualizó que el acta acuerdo debió respetar los mínimos legales inderogables, conforme lo previsto en los artículos 6 y 7 de la ley 14.250, esto es, las condiciones más favorables estipuladas en los contratos individuales de trabajo.

Por esas razones, concluyó que el acta acuerdo es inválida en cuanto dejó sin efecto la opción prevista en el artículo 19 del CCT 1453/2015 E, por lo que corresponde garantizar la continuidad de la relación laboral de empleo público en los términos de esa convención, no necesariamente en otra repartición del Ministerio de Trabajo, sino a elección de la demandada, en cualquier otro organismo de la Administración Pública Nacional, con prescindencia de la categoría efectivamente desempeñada hasta entonces.

-II-

Contra esa sentencia, la demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs. 3351351) que fue contestado (354/357) y denegado (fs.

3591362), lo que motivó la presente queja (fs. 261/263 del cuaderno respectivo).

Aduce que el recurso extraordinario es procedente en tanto el pronunciamiento apelado cercena los derechos de defensa, debido proceso y propiedad. Sostiene que el tribunal a qua se apartó de las normas de orden público que rigen el caso. Asimismo alega que la sentencia es infundada y no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que solicita su descalificación con base en la doctrina de arbitrariedad de sentencias. Finalmente invoca gravedad institucional.

Se agravia por cuanto la decisión del a qua no respeta las condiciones de ingreso a la Administración Pública establecida en la ley 25.164, pues obliga al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a reubicar, dentro de esa repartición o en cualquier organismo de la administración, a una persona que no fue contratada por el Estado Nacional ni revistió calidad de dependientes de esa cartera ministerial. Agrega que la sentencia en crisis altera el presupuesto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar los gastos correspondientes al personal contratado y permanente.

Afirma que la sentencia es arbitraria en tanto no tuvo en cuenta la solución normativa aplicable el caso. En especial, pone de relieve que la relación de empleo entre las partes se hallaba regulada por la ley 20.744 y que el artículo 19 del CCT 1453/2015 E rigió durante la existencia del RENATEA, pero, una vez disuelto el organismo, lo allí dispuesto es inoponible a ese ministerio. Añade que la desaparición del ente no está contemplada en el artículo 19 del CCT 1453/2015 E que se refiere únicamente a la supresión de cargos. Enfatiza que el organismo dejó de existir en atención a lo resuelto por la Corte Suprema, por lo que la reubicación de los trabajadores se tornó jurídica y fácticamente imposible.

-III-

Considero que el recurso extraordinario fue bien denegado ya que el tema en debate se circunscribe a determinar si las cláusulas 1 y 3 del acta acuerdo nro. 1 y su resolución homologatoria 287/2016 resultan válidas, o si, por el

contrario, vulneran los derechos de los trabajadores reconocidos en el convenio colectivo que regía la relación de empleo, esto es, el CCT 1453/2015 E, así como los principios del orden público laboral aplicables. Ese punto remite al estudio de una posible colisión de normas de derecho común, así como también implica el análisis de ciertas cuestiones de índole fáctica, las cuales constituyen materia propia de los jueces de la causa y son ajenas a la instancia del artículo 14 de la ley 48; máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (doctr. Fallos: 270:124, "Soria"; 310:1554, "Maturana"; dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa CNT 52304/2010/1/RH1, "Bergonci, Ilda Leonor el YPF SA y otros s/ despido", de 20 de noviembre de 2018 y sus citas).

Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 324:2169, "Saint Romain", 332:2815, "Benítez", entre otros).

Por otra parte, la norma federal que el apelante menciona en el escrito de interposición del recurso como vulnerada por el pronunciamiento en crisis -ley 25.164- no guarda relación directa ni inmediata con lo que ha sido materia de concreta decisión en el pleito (art. 15, ley 48; Fallos: 270: 124 cit., 321:1415, "Pereyra", entre otros). En efecto, la mención de esa norma no resulta sustancial para la solución del caso, pues la sentencia apelada funda su postura, principalmente, en la protección reforzada del empleo que el artículo 19 del CCT 1453/2015 E confiere a los trabajadores del RENATEA para el caso de reestructuraciones administrativas, mas no afecta la naturaleza de la relación laboral prevista en el convenio aplicable, ni equivale a otorgarle al actor la estabilidad propia que el artículo 14 bis garantiza al empleado público.

En el citado caso "Pereyra", la Corte Suprema recordó su doctrina "según la cual para que

una cuestión federal resulte atendible por la vía del recurso extraordinario es menester que la cuestión oportunamente propuesta se vincule de una manera estrecha con la materia del litigio, de modo tal que su dilucidación resulte indispensable para la decisión del juicio. Por ello, los fallos que tienen fundamentos no federales suficientes para sustentarse son irrevisables en la instancia extraordinaria, pues la presencia de aquellos impide considerar otros de índole federal que pudiera contener la sentencia, por falta de relación directa e inmediata (Fallos: 269:43; 292:408; 296:53; 300:711; 304:1699, entre muchos otros). En el sub examine puede repetirse lo afirmado en el precedente de Fallos: 115:405: un eventual fallo revocatorio de la Corte sobre la materia federal de la controversia no modificaría en lo más mínimo su conclusión afirmativa basada en los otros fundamentos irrevocables que bastan para decidir el caso” (considerando 7°, el subrayado pertenece al original).

Nótese que el *sub lite*, la cámara confirmó la sentencia del juez de grado que había entendido que el acta acuerdo nro. 1 afecta el principio de irrenunciabilidad que se desprende del artículo 12 de la ley 20.744 -aplicable de manera subsidiaria, cf. arto 3, CCT 1453/15 E- y el de progresividad que opera en el ámbito del derecho laboral. Dicho magistrado había explicado que, conforme lo estipulado en esa norma de la Ley de Contrato de Trabajo, es nula toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esa ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. Bajo ese prisma, había concluido que el acta acuerdo en examen, la resolución que lo homologó y las desvinculaciones de los accionantes fundadas en esas disposiciones son nulas en tanto no respetan el derecho de los trabajadores de optar por la reubicación frente a un supuesto de supresión de dependencias y funciones, tal como lo prevé el artículo 19 del convenio colectivo que rige la relación de empleo entre las partes.

En línea similar, la cámara destacó que el acta acuerdo nro. 1 es contraria al principio protectorio, al de progresividad y al de no discriminación, que constituyen los pilares del derecho laboral y surgen del artículo 14 bis de la Consti-

tución Nacional y de la doctrina de la Corte Suprema esbozada en los precedentes “Aquino” (Fallos: 327:3753), “Vizzoti” (Fallos: 327:3677) y “Madorrán” (Fallos: 330:1989). En rigor, resolvió que ese acta acuerdo y su respectiva resolución homologatoria son nulas, pues implicaron una regresión en los derechos conferidos a los accionantes en virtud del artículo 19 CCT 1453/2015 E. Destacó que, por el contrario, el citado convenio colectivo se ajusta a los estándares establecidos en los precedentes anteriormente citados y a la protección que confiere a los trabajadores el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Añadió que en el caso el acta acuerdo bajo análisis no observa los mínimos legales inderogables, que deben ser respetados en virtud de los artículos 6 y 7 de la ley 14.250.

En ese marco, entiendo que el a quo realizó una interpretación posible de las normas de derecho común aplicables en la especie en función de las circunstancias del caso. Esta exégesis, más allá de su grado de acierto o error, no resulta irrazonable, sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad. Ello, máxime cuando la solución a la que arribó la cámara se ajusta a los principios de orden público laboral que rigen la materia, y en particular, al principio protectorio que surge del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Cabe recordar que, según ese precepto constitucional, “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, lo que incluye al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público (Fallos: 330:1989, “Madorrán”; Fallos: 334:398, “Cerigliano”). La Corte Suprema señaló que el derecho a trabajar, comprende, entre otros aspectos, el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo (Fallos: 327:3677; “Vizzoti”, 330:1989 ap. cit.; en similar sentido, doctr. Fallos: 336:1681, “González”). En especial, precisó que tales exigencias se dirigen primordialmente al legislador, “pero su cumplimiento atañe, asimismo, a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto” (Fallos: 334:398 ap. cit., considerando 7 y sus citas).

Sobre esa base, y a la luz del principio protectorio mencionado, y de la regla de irrenunciabilidad establecida en la Ley de Contrato de

Trabajo, no resulta arbitraria la sentencia que, en lo sustancial, hizo prevalecer el derecho a la permanencia en el empleo prevista en el artículo 19 del CCT 1453/15 E ante la supresión de dependencias o funciones del organismo -es decir, la opción de reubicación en cabeza del trabajador- que, conforme el artículo 4 de ese convenio, había quedado incorporado a los contratos individuales existentes al momento de su entrada en vigencia, frente a la desvinculación laboral de los amparistas dispuesta de manera directa en virtud del acta acuerdo en estudio, el cual fue celebrado durante el proceso de reorganización administrativa del RENATEA declarado formalmente por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 1014/2016.

Asimismo, no se advierte que la cámara haya efectuado una interpretación inadecuada del artículo 19 del CCT 1453/15 E, tal como lo sugiere la demandada, pues la letra de esa norma permite colegir que sus previsiones alcanzan cualquier supuesto de supresión de funciones, cargos o dependencias, incluso cuando ello resulte del proceso de reorganización integral del organismo.

En ese sentido, la Corte Suprema, ha puesto de relieve que el “impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos” sumado al principio pro homine determinan que “el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales” (Fallos: 330:1989, considerando 8, op. cit. Y sus citas). Es que, no puede perderse de vista que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, y que, en materia de hermenéutica, con arreglo al principio in dubio pro justitia socialis, la preceptiva debe ser interpretada a favor de quienes, al serle aplicada con, este sentido, tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad (dictamen de la Procuración General de la Nación a cuyos fundamentos y conclusiones remitió la Corte Suprema en Fallos: 341:954, “Ortiz” y sus citas).

Bajo esas premisas, teniendo en cuenta que frente al supuesto de supresión del cargo por cau-

sas objetivas en el marco de una reorganización administrativa el citado artículo 19 confiere a los accionantes la opción de conservar el empleo mediante la reubicación, la cual es posible no solo en el ámbito del RENATEA sino también en el de la Administración Pública Nacional, no parece irrazonable que la cámara haya optado por una interpretación amplia de la norma en cuestión, de modo tal que se otorgue mayor protección a los trabajadores involucrados.

En suma, la parte recurrente no ha logrado demostrar que el fallo apelado no constituya una aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que deba ser dejado sin efecto en virtud de la doctrina de la arbitrariedad.

-IV-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde desestimar el recurso de queja interpuesto. Buenos Aires, agosto de 2019. — *Víctor Abramovich*.

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021

*Considerando:*

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, se desestima la presentación directa. Intímese al recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, efectúe el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Voto del doctor *Rosenkrantz*

*Considerando:*

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal (con exclusión de los párrafos séptimo y décimo del punto III de dicho dictamen), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se desestima la presentación directa. Intímese al recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, efectúe el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómesese nota por Mesa de Entradas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz.*

## PLAZO DE GRACIA

### Alcance. Goce íntegro de los plazos procesales.

El art. 124 del Cód. Proc. Civ. y Com. contempla un plazo de gracia que extiende los vencimientos de los plazos para la presentación de los escritos, de modo tal que ello posibilite a los litigantes el goce íntegro de los plazos procesales, subsanando de ese modo la restricción derivada del horario de atención de los tribunales, al ampliar aquellos a las dos primeras horas del despacho del siguiente día hábil. No obstante, dicho plazo es para la presentación de escritos y no para la realización de cualquier otro acto o diligencia. En efecto, se trata de un dispositivo excepcional y, por lo tanto, de interpretación restrictiva.

**CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 30/04/2021. - Bazán, Edgardo Darío c. EN - Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ empleo público.**

[Cita on line: [TRLALEYAR/JUR/12586/2021](#)]

### COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. CAF 22.883/2018

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, abril 30 de 2021.

*Considerando:*

I. Que, por medio del pronunciamiento del 6 de noviembre de 2020 la Sra. Magistrada de grado resolvió declarar extemporánea la contesta-

ción de la demanda presentada por el Estado Nacional y, en consecuencia, ordenó el archivo del referido escrito, dejando constancia de su presentación.

II. Que, disconforme con lo así decidido, el 11 de noviembre de 2020 la parte demandada interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, el que fundó en el mismo acto. Manifestó que la demanda le había sido notificada el 21 de febrero de 2020 y recordó que su parte contaba con el plazo de sesenta días hábiles judiciales para contestar, conforme surgía del auto que ordenó el traslado (el 23 de diciembre de 2019) y el artículo 338 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación En ese orden, indicó que “[d]e acuerdo al cómputo de los plazos [...] dicho plazo feneció el 08/10/2020 [...]”.

Ello así, destacó que su parte contestó demanda el 8 de octubre de 2020 a las 20:54 hs., motivo por el cual dicha presentación debería considerarse realizada dentro de las dos primeras horas del 9 de octubre de 2020, circunstancia que determinaba su temporalidad.

Posteriormente, indicó que “[s]egún Acordadas CSJN 4, 6, 8, 10, 13, 14, 16, 17, 18,19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30 y 31/2020 la CSJN declaró días inhábiles de 16/03/2020 a 31/03/2020 y dispuso feria judicial extraordinaria desde 20/03/2020 hasta 03/08/2020 [...]” y que, consecuentemente, los plazos fueron reanudados a partir del 4 de agosto de 2020. En ese sentido, realizó un conteo de los días hábiles judiciales desde febrero hasta octubre y concluyó que “[a]l haber sido contestada la demanda el 08/10/2020 a las 20:54 hs. Debe tenerse como presentada dentro del plazo de gracia de las dos primeras horas del 09/10/2020, de manera temporánea [...]”.

II. 1. Que, el 1 de febrero de 2021 la Sra. Magistrada de grado rechazó la revocatoria intentada y, el 11 de febrero, corrió traslado de los fundamentos del recurso de apelación deducido en subsidio por la demandada, los que fueron contestados el 18 de febrero de 2021.

III. Que, así las cosas, en primer lugar debe recordarse que en el ámbito nacional y federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró (a través de las Acordadas 4, 6, 8, 10, 13, 14,

16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30 y 31/2020) días inhábiles desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 31 de marzo de 2020 y dispuso feria judicial extraordinaria —con la consecuente suspensión de plazos judiciales— desde el 20 de marzo de 2020 hasta el 3 de agosto de 2020. Ello así, los plazos fueron reanudados “automáticamente” a partir del 4 de agosto de 2020.

Asimismo, cabe destacar que el 23 de diciembre de 2019 la Sra. Jueza *a quo* tuvo por habilitada la instancia judicial y, en consecuencia, corrió traslado de la presente demanda —mediante oficio— al Estado Nacional por el término de sesenta días, en los términos del artículo 338, inciso 2° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. En ese contexto, el 21 de febrero de 2020 fue diligenciado el mentado instrumento (ver cargo obrante en página 2 del PDF digitalizado por la actora) y, finalmente, el 8 de octubre de 2020 la accionada presentó el escrito de contestación de demanda (ver providencia del 6 de noviembre de 2020, *in fine* y bandeja de escritos archivados).

IV. Que, sentado lo expuesto, corresponde advertir que el artículo 124 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación dispone —en cuanto aquí interesa— que “[e]l escrito no presentado dentro del horario judicial del día en que venciere un plazo, solo podrá ser entregado válidamente en la secretaría que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las dos primeras horas del despacho [...]”.

En ese orden, el referido artículo contempla un plazo de gracia que extiende los vencimientos de los plazos para la presentación de los escritos, de modo tal que ello posibilite a los litigantes el goce íntegro de los plazos procesales, subsanando de ese modo la restricción derivada del horario de atención de los tribunales, ampliándolos a las dos primeras horas del despacho del siguiente día hábil. No obstante, como lo indica la norma, dicho plazo es para la presentación de escritos y no para la realización de cualquier otro acto o diligencia. En efecto, se trata de un dispositivo excepcional y, por lo tanto, de interpretación restrictiva.

Asimismo, es menester advertir que, de acuerdo con el carácter perentorio y fatal que tienen los plazos procesales (artículo 155 del Cód.

Proc. Civ. y Com. de la Nación) y con la interpretación estricta ya aludida que debe atribuirse al plazo de gracia previsto en el citado artículo 124, la Corte Suprema ha entendido que razones de seguridad jurídica obligan a poner un momento final para el ejercicio de ciertos derechos, pasado el cual, y sin extenderlo más, deben darse por perdidos, sin que pueda a ello obstar la circunstancia de que el particular haya cumplido, aún instantes después, con la carga correspondiente (Fallos: 329:326).

Establecido lo anterior, debe advertirse que el recurso intentado por la parte demandada debe prosperar, habida cuenta de que, al momento de la presentación de su respuesta, aún los plazos procesales no se encontraban vencidos. Sobre la cuestión, debe remarcarse que —tal y como ha sido puesto de resalto en el Considerando anterior— el traslado de la presente demanda fue notificado (mediante oficio) el 21 de febrero de 2020, por manera que el vencimiento del término de sesenta días, con la ampliación conferida por el artículo 124 del Código ritual, operaría a las 09:30 hs. del 9 de octubre del 2020.

Siendo así, se añade que de las constancias del sistema informático *Lex 100* surge que el escrito de contestación de demanda que figura en la bandeja de archivados fue presentado el 08/10/20 a las 20:54 hs.; por manera que, se lo debería haber considerado como presentado a las 07:30 hs. del día posterior (esto es, dentro del plazo de gracia que la normativa procesal confiere).

Las circunstancias precedentemente descritas determinan la admisión de los argumentos esgrimidos por la demandada y propician la revocación del pronunciamiento apelado.

V. Que las costas de esta instancia se distribuyen por su orden dadas las particularidades de la cuestión, artículo 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Por los motivos expuestos, este Tribunal resuelve: 1. Admitir en lo sustancial el recurso de la parte demandada y, en consecuencia, revocar la providencia del 6 de noviembre de 2020. 2. Ordenar a la instancia de origen a que, de acuerdo a lo establecido en el presente pronunciamiento, provea lo que por derecho corresponda.

3. Distribuir las costas por su orden. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *José L. López Castiñeira.* — *Luis M. Márquez.* — *María C. Caputi.*

## RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

**Pedido de bloqueo de determinados resultados de búsqueda. Libertad de expresión. Derecho a la intimidad. Derecho al olvido. Procedencia.**

1. — Aun cuando el padre del accionante, por su rol como dirigente de un importante club deportivo, puede considerarse una persona que había adquirido notoriedad pública, las circunstancias fácticas vinculadas con su deceso, que se relatan en los contenidos cuestionados, respecto de que el fallecimiento de aquel se había producido en el marco de un supuesto encuentro sexual con una mujer conocida en los medios, no guardan vinculación alguna con el desempeño que tenía como “persona pública”, sino que se referían a aspectos que, con prescindencia de su veracidad, se encontraban primordialmente comprendidos en la esfera de su vida íntima (según el voto del Fiscal Federal, al cual remite) [1].
2. — Teniendo en cuenta que la información que brindan los contenidos cuestionados respecto al padre de la actora afecta sus derechos personalísimos, sin que por otro lado pueda reconocerse la presencia de algún interés público en su difusión, se encuentra configurado uno de aquellos excepcionales supuestos en los cuales, por no estar en juego discursos especialmente amparados por la libertad de expresión, puede reputarse como legítima la adopción de una medida de bloqueo circunscripta a contenidos ya existentes, e identificados con precisión, que el buscador vincula como resultados de búsqueda con una determinada persona (según el voto del Fiscal Federal, al cual remite).
3. — El derecho al olvido se constituye en una herramienta eficaz para conciliar los de-

rechos fundamentales en pugna —por un lado, el derecho a la información y la libertad de expresión y, por otro lado, el derecho a la intimidad y el honor— aportando la alternativa de desvincular de los motores de búsqueda el nombre del sujeto con relación a la noticia que se pretende suprimir, sin resultar trascendente si esta es veraz, siempre que la información objeto de tratamiento haya perdido actualidad, resulte irrelevante, sin ningún tipo de importancia informativa o periodística, y se encuentre privada de interés público, histórico o científico. Máxime si se ha podido demostrar que la información colectada y brindada por el motor de búsqueda emplazado resulta inexacta.

**CNFed. Civ. y Com., sala II, 21/04/2021. - P., N. A. c. Google Inc s/ *habeas data* (art. 43, CN).**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9514/2021]

### JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, SA”, 11/12/1984, Fallos: 306:1892, AR/JUR/999/1984, 92, sostuvo que en el caso de personajes célebres cuyas vidas tienen carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión.

### COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Causa N° 5282/2017

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, abril 21 de 2021.

*Considerando:*

I. En el pronunciamiento recurrido, el magistrado de la instancia de grado desestimó la acción de *habeas data* intentada por N. A. P. —en

los términos de los arts. 16, inciso 3° y 33 inciso “b” de la Ley N° 25.326— a fin de que se ordene a Google Inc. suprimir de sus archivos, registros, bases o bancos de datos los datos personales relacionados con el nombre de su padre P. P. —en lo sucesivo, P. P.— con relación a los resultados de búsqueda que —en forma inexplicable— informan que aquel murió con motivo de un supuesto e inexistente encuentro sexual con J. C. que jamás ocurrió y, por ende, el tratamiento de esos datos vulneran lo normado por el artículo 5 y concordantes de la normativa citada.

Contra la sentencia dictada se alza la accionante, quien expone que el juzgador se apartó notoriamente de la prueba producida en las actuaciones. Cuestiona que el *a quo* haya considerado que su parte no demostró la ilicitud de la información tildada de falsa. Esgrime que con la prueba producida en estos obrados se ha acreditado la falsedad de la información (vg. testimonial; expediente civil venido *ad effectum videndi et probando*; ofrecida como prueba). Detalla las pruebas testimoniales y las constancias de la causa civil. Sostiene que la sentencia es contradictoria y arbitraria, pues el magistrado omite analizar los elementos de prueba. Y esgrime, en consecuencia, que el decisorio en crisis no respeta el principio de congruencia.

Corrido el pertinente traslado, la empresa demandada lo replica de conformidad con los argumentos desarrollados en la presentación obrante a fs. 251//252.

II. Elevadas las actuaciones al Tribunal, se dio intervención el Ministerio Público Fiscal, cuyo magistrado a cargo propugnó que se revoque la sentencia dictada en autos.

Expuso que, en esta clase de casos, se ha sostenido que los derechos que se encuentran en conflicto son, por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, dependiendo de la naturaleza de los contenidos o de la información difundida, el derecho a la intimidad o el derecho al buen nombre y honor.

En ese orden, señaló que la Corte Suprema de Justicia ha destacado el lugar preeminente que tiene la libertad de expresión en el marco de nuestras libertades constitucionales, precisando que “la libertad de expresión comprende

el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet” (*in re*: “Rodríguez, María B.”; Fallos: 337:1174, y “Gimbutas, Carolina V.”; Fallos: 340:1236) y así ha sido reconocido por el legislador nacional al establecer expresamente en el art. 1° de la Ley N° 26.032 que “[l]a 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”.

Agregó que, también, el Alto Tribunal ha ponderado expresamente la indudable importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de Internet, en tanto “el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública” (Fallos: 337:1174, considerando 11). Asimismo, ha sostenido que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos” (CSJN, *in re*: “Paquez, José c. Google Inc. s/ medidas precautorias”, CIV 23410/2014/3/RH2, del 3 de diciembre de 2019).

En esa misma línea, la Cámara tiene dicho que “[e]l derecho a la libertad de expresión en la web cuenta con la protección de la Constitución Nacional en sus arts. 14, 32 y 75, inc. 22 (art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y de la ley 26.032 que dispone que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de Internet se encuentra comprendida dentro de la referida garantía constitucional (correspondiéndole las mismas consideraciones y tutela que a los de-

más medios de comunicación social, conforme el decreto 1279/1997). Ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior de quienes provean la información, expresión o idea. La intervención estatal en estos casos —la cual incluye la de los tribunales judiciales— debe ser particularmente cuidadosa de no afectar el derecho a la libre expresión que es difundida masivamente por los intermediarios de Internet y recibida por la población (esta Cámara, Sala II, doctrina de la causa 7456/12 del 17/12/2013, con cita de “Reno, Janet c. American Civil Liberties Union et. al.” 521 U.S. 844-1997) (CCCF, Sala III, causa n° 8.630/2016/CA2, caratulada: “R., S. B. c. Google Inc. s/ acción preventiva de daños” del 05/06/2020).

Precisó, sobre las bases expuestas, que el objeto de la pretensión de la actora no refiere al bloqueo de enlaces con contenidos que pudieran crearse a futuro, ni tampoco al establecimiento de un filtro respecto de páginas en general que pudieran hacer referencia a la información que cuestiona, sino que alude al bloqueo de los específicos enlaces que indicó en su demanda, que el buscador muestra como resultados de búsqueda vinculados con el nombre de su padre.

Recordó que cuando la Corte Suprema debió analizar la responsabilidad de los buscadores por los daños que pueden causar los contenidos a los derechos a la intimidad o al buen nombre y honor, entendió que aquellos pueden llegar a responder por un contenido que le es ajeno cuando hayan “tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente”, señalando que es a partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web que “la ‘ajenidad’ del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa” (Fallos: 337:1174, *in re*: “Rodríguez, María B.”, considerando 17°, seguido en Fallos: 340:1236, “Gimbutas, Valeria”).

A partir de lo expuesto, concluyó que la apreciación de la procedencia de una pretensión de bloqueo de determinados resultados de búsqueda, implica de modo liminar la necesidad de efectuar un examen respecto de la licitud de los contenidos.

En el caso, conforme surge de los planteos efectuados en la demanda, la ilicitud en función de la cual procedería la pretensión de bloqueo de los contenidos se sostiene en que se trata de información falsa, cuya difusión afecta el derecho a la intimidad de la familia del señor P. P.

En cuanto a la postura asumida por la demandada sobre el punto, cabe precisar que frente a la intimación extrajudicial que le formuló la actora, fundó su negativa a acceder al bloqueo en la afirmación de que los contenidos no resultaban manifiestamente ilícitos.

Esta apreciación fue compartida por la sentencia recurrida, al señalar que “la situación de la peticionaria no es equiparable a la de artistas y modelos, cuya situación mereció una respuesta diferente en casos análogos, ante imágenes publicadas en internet en las que, inclusive, sus nombres eran empleados en sitios de contenido sexual”.

A partir de lo expuesto, aparece como necesario, para la determinación de la licitud de los contenidos, efectuar una correcta apreciación de su naturaleza, y de los derechos que resultan afectados por su difusión.

Al analizar los contenidos cuestionados, el magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal advirtió que no surge que allí se viertan expresiones que sean estricta e indudablemente injuriantes, o que tengan en forma ostensible un propósito de ese carácter, sino que aparentan tener el fin de brindar información sobre un hecho, en el caso, las circunstancias que supuestamente habrían precedido a la muerte del señor P. P.

En ese marco, el Fiscal Federal Coadyuvante recordó que la Corte, en el fallo más arriba citado, entendió que “son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que im-

porten lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual” (sic. fs. 258 vta.).

En base a lo expuesto, la ilicitud atribuida por la actora a los contenidos cuestionados en autos debe ubicarse dentro de la categoría de aquellas que, por no resultar manifiestas, exigen de un esclarecimiento.

Y en ese orden, el Fiscal Federal destacó en su meduloso parecer que los detalles que allí se brindan importan sustancialmente un avance sobre aspectos que hacían a la esfera de la intimidad, como es la difusión de referencias vinculadas con la supuesta vida sexual de una persona.

En ese entendimiento, el magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal destacó que —aun cuando el señor P., por su rol como dirigente de un importante club deportivo, podía considerarse una persona que había adquirido notoriedad pública— las circunstancias fácticas vinculadas con su deceso, que se relatan en los contenidos cuestionados, respecto de que el fallecimiento de aquel se había producido en el marco de un supuesto encuentro sexual con una mujer conocida en los medios, no guardan vinculación alguna con el desempeño que tenía como “persona pública”, sino que hacían a aspectos que, con prescindencia de su veracidad, se encontraban primordialmente comprendidos en la esfera de su vida íntima.

Además de ello, tampoco obra ningún elemento que haga suponer que la situación del señor P. P. y la de su familia pudiera asimilarse a la de aquellas personas que tienen notoriedad pública y han aceptado de alguna manera que se conozcan ciertos detalles o aspectos de su vida personal.

Así, remarcó que la Corte, “en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés

general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no han fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones” (Fallos: 306:1892, considerando 9, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, SA s/ daños y perjuicios”, del 11/12/1984).

Como circunstancia corroborante de lo expuesto, debe ponderarse que la actora acompañó copia de la sentencia del 17 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado Civil N° 103 en el expediente civil n° 15090/2013, caratulado: “P. N. c. W. J. s/ daños y perjuicios”, que se encuentra firme, y en la cual se consideró que las afirmaciones efectuadas por el allí demandado —que en un programa televisivo relató las supuestas circunstancias previas a la muerte del señor P. en términos análogos a los que surgen de los contenidos aquí cuestionados—, habían importado una intromisión sobre el derecho a la intimidad de los afectados. El fallo además destacó que el causante, aun siendo una persona con exposición pública, nunca en vida exhibió su intimidad ni la de su familia.

Sobre tales bases, el Ministerio Público Fiscal concluyó que, la naturaleza de la información difundida, autorizaba a trazar una distinción entre casos como el que aquí se presenta, en donde está afectado el derecho a la intimidad, con relación a aquellos otros supuestos en los cuales, por tratarse de la difusión de información en la que puede reconocerse la existencia de un interés público, se encuentra en juego la protección de discursos especialmente amparados por la libertad de expresión, y en los que —frente a pretensiones de bloqueo de contenidos fundadas en la afectación al buen nombre y honor por noticias falsas o inexactas— procede aplicar un estándar de extrema rigurosidad.

Sentado ello, el citado magistrado destacó que la parte actora había aportado a la causa ciertos elementos tendientes a demostrar la falsedad de la información, en particular las declaraciones

de tres testigos y la copia de la sentencia obtenida en la causa más arriba referenciada.

Y destacó que la apreciación sobre la suficiencia de la prueba aportada no puede desligarse de la consideración sobre la especial naturaleza que tiene la información difundida, y en particular la constatación de que, en el caso, la acreditación de los extremos en cuestión involucraría la producción de prueba negativa de supuestos hechos sucedidos en un ámbito privado.

En ese entendimiento, en orden a la determinación de la procedencia de la medida pretendida por la actora, se considera que los elementos obrantes en las actuaciones autorizan, al menos, a presumir fundadamente que las circunstancias que precedieron a la muerte de P. P. difirieron sustancialmente de los relatos que efectúan los contenidos cuestionados.

Desde esa perspectiva, teniendo en cuenta que la información que brindan los contenidos cuestionados respecto al padre de la actora afecta sus derechos personalísimos, sin que por otro lado pueda reconocerse la presencia de algún interés público en su difusión, entendió configurado en autos uno de aquellos excepcionales supuestos en los cuales, por no estar en juego discursos especialmente amparados por la libertad de expresión, puede reputarse como legítima la adopción de una medida de bloqueo circunscripta a contenidos ya existentes, e identificados con precisión, que el buscador vincula como resultados de búsqueda con una determinada persona.

Y agregó que, para arribar a tal conclusión, ponderó que, en función de la naturaleza de la información y el tiempo transcurrido desde su publicación por parte de los contenidos cuestionados, no resultaba razonable suponer que pueda existir algún tipo de interés informativo protegido en que esos contenidos continúen siendo vinculados por el buscador en cada oportunidad en que se introduce el nombre de P. P.

En lo que concierne al alcance de la medida pretendida por la actora, el magistrado señaló que, de acuerdo al Informe sobre Libertad de Expresión e Internet, de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en aque-

llos excepcionales casos en los cuales resulta admisible la adopción de una medida obligatoria de bloqueo y filtrado de contenidos específicos, esta “debe someterse a un estricto juicio de proporcionalidad y estar cuidadosamente diseñada y claramente limitada de forma tal que no alcance a discursos legítimos que merecen protección. En otras palabras, las medidas de filtrado o bloqueo deben diseñarse y aplicarse de modo tal que impacten, exclusivamente, el contenido reputado ilegítimo, sin afectar otros contenidos” (Informe sobre Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, del 31 diciembre 2013, apartado 85).

Sobre la base de lo expuesto, en función de los principios de idoneidad y necesidad, y de modo coherente con el objeto pretendido y la naturaleza de la acción, el magistrado entendió que correspondía precisar que la medida a ordenar al buscador debía circunscribirse al bloqueo o desindexación, dentro de los enlaces o resultados de búsqueda obtenidos a partir del nombre de P. P., de las específicas direcciones (URLs) que indicó la actora como propaladoras de la información cuestionada.

Como se ha entendido, la eliminación de vinculaciones ya existentes que afectan, como en el caso, el derecho a la intimidad de la actora, involucra la “tutela judicial de un derecho personalísimo que resulta compatible con la libertad de expresión”, siendo admisible “siempre y cuando, para un adecuado balance de los intereses en juego, se identifique con precisión cuáles son los enlaces asociados a su persona y se compruebe el daño que la vinculación ocasiona”, pues “así delimitada, la tutela constituye un tipo de reparación ulterior y evita toda generalización que pueda afectar a la libre circulación de ideas, mensajes o imágenes y con ello, a la garantía constitucional de la libertad de expresión” (Fallos: 337:1174, votos en disidencia parcial de los Ministros Lorenzetti y Maqueda, considerando 30).

Y, por último, el Fiscal Federal Coadyuvante destacó que la obligación que se impone a la demandada encuentra adecuado sustento, sin perjuicio de lo previsto por los artículos 33 inciso b) y 43 inciso 2) de la Ley N° 25.326, en el deber de prevención que establece el art. 1710 del Cód. Civ. y Comercial, que resulta aplicable

para apreciar las obligaciones del buscador con prescindencia de la vía que eligió la actora para tutelar sus derechos.

En efecto, al encontrarse esclarecida la ilicitud de los contenidos cuestionados y el daño que genera la reiteración de su inclusión en los enlaces o resultados de búsqueda visualizados a partir del nombre del padre de la actora, surge para el buscador el deber de adoptar las medidas razonables que se encuentren a su alcance para evitar que se sigan produciendo o agravando los daños.

En este sentido, es un hecho notorio que los enlaces que realiza Google a partir del nombre de la persona afectada son un vehículo fundamental para la difusión de la información generada por los titulares de los sitios, y constituyen en consecuencia un factor multiplicador que contribuye al agravamiento de los daños.

Este tribunal entiende que la cuestión planteada en autos ha sido examinada de manera correcta y minuciosa por el Fiscal Federal Coadyuvante en el dictamen del 8 de octubre de 2020, cuyos argumentos esta Sala comparte y hace propios.

III. Aunque con lo expuesto en dicha ponencia alcanza para revocar la sentencia de la anterior instancia, a mayor abundamiento, cabe agregar que la cuestión sometida al conocimiento del tribunal también puede encontrar amparo en el derecho al olvido, reconocido en la Ley de Protección de Datos Personales. Pues, aunque el precepto de la norma se refiere a la información crediticia (conf. arg. art. 26, inc. 4° de la Ley N° 25.326 y su decreto reglamentario N° 1558/2001), tanto la doctrina como la jurisprudencia, han ampliado su concepto hacia un derecho al olvido en el tratamiento de los datos personales realizado por los motores de búsqueda (ver caso “Costeja” sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con fecha 13/05/2014; CNCiv., Sala H, causa n° 50016/2016, caratulada “D., N. R. c. Google inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas”, del 11/08/2020, Cita Online: AR/JUR/30392/2020; esta Cámara, Sala III, causa 68.640/2013, caratulada “V., A. A. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios” del 16/03/2021; Palazzi, Pablo, “Derecho al olvido en internet e in-

formación sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés)”, publicado en LA LEY, 2015-A, 16; Fernández Delpech, Horacio, “El derecho al olvido. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea”, publicado en: LA LEY 09/06/2014, 5 - LA LEY 2014-C, 404, Cita Online: AR/DOC/1835/2014, entre muchos otros).

Así, el derecho al olvido se constituye en una herramienta eficaz para conciliar los derechos fundamentales en puja —por un lado, el derecho a la información y la libertad de expresión, y, por otro lado, el derecho a la intimidad y el honor— aportando la alternativa de desvincular de los motores de búsqueda el nombre del sujeto con relación a la noticia que se pretende suprimir, sin resultar trascendente si esta resultaba ser veraz, siempre que la información objeto de tratamiento haya perdido actualidad, resulte irrelevante, sin ningún tipo de importancia informativa o periodística, y se encuentre privada de interés público, histórico o científico, tal como sucede en el presente caso.

Dentro de ese marco, teniendo en cuenta que, desde el momento del deceso del señor P. P. hasta el momento en que se dicta el presente pronunciamiento, han transcurrido más de doce años; que la información indexada por el motor de búsqueda emplazado no cuenta con los parámetros antes señalados que permitan incluirla en aquellos casos excepcionalísimos en los que priman los derechos a la información y la libertad de expresión por sobre los derechos a la intimidad y el honor de las personas, pues ha dejado de ser novedosa o de interés para la comunidad que habiliten justificadamente la afectación de los derechos personalísimos del causante, tal como lo ha entendido esta Sala al adherir a los fundamentos desarrollados por el magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal.

IV. Antes de finalizar y sin que por ello sea menos relevante, en el *sub examine* se ha podido demostrar, a partir de la medida para mejor proveer ordenada por el tribunal, que la información colectada y brindada por el motor de búsqueda emplazado resulta inexacta, extremo que amerita, aun en mayor medida, la revocación de lo decidido en la instancia de grado (ver copia actualizada y certificada del Acta N° 1266, T. II B, folio 118 del Año 2008 del libro de Defunciones

de la Oficina de Quilmes de la Dirección Provincial del Registro de las Personas adjunta a la providencia del 22/03/2021).

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con los fundamentos desarrollados por el Fiscal Federal Coadyuvante en el dictamen del 8 de octubre de 2020, se resuelve: revocar la decisión apelada y hacer lugar a la acción de hábeas data articulada por N. A. P. contra Google Inc. En consecuencia, la empresa demandada deberá bloquear las URLs que fueron denunciadas en el escrito inaugural y por las que fue intimada el buscador, siempre que hagan referencia a la información vinculada con el fallecimiento de P. P. De acuerdo con lo normado por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde adecuar las costas del presente proceso y el monto de los honorarios al contenido de la presente resolución. En atención al resultado del proceso, las costas se imponen a la demandada objetivamente vencida (conf. art. 68 del Cód. Procesal). En atención al mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada, las etapas cumplidas y el interés disputado, se fijan los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte actora: doctores Adolfo Martín Leguizamón Peña y Fernando Andrés Burlando, en la suma de pesos ... (\$...) distribuidos equitativamente para cada uno de ellos, respecto de las tareas realizadas bajo la vigencia de la Ley N° 21.839 (conf. arts. 6; 8; 9; 33; 36; 37; 39 y concordantes de la ley de arancel citada) y a favor del primero de los nombrados la cantidad de la cantidad de ...*Umas*, equivalente, a la fecha en que se dicta la presente, a la suma de pesos cincuenta y tres mil novecientos setenta y seis (\$53.976) por la actuación cumplida durante la vigencia de la Ley N° 27.423 (conf. arts. 16; 19; 29; 48; 51 y concordantes de la ley de arancel mencionada y CSJN, Ac. N° 7/2021 - Valor UMA: \$4.152). Ponderando razones análogas en lo pertinente y a la proporción que sus emolumentos deben guardar con el de los profesionales que actuaron durante todo el curso del proceso, se fijan los honorarios del perito en sistemas, ingeniero Gastón Marcelo Salituri, en ...*Umas*, equivalente, a la fecha en que se dicta la presente, a la suma de pesos ... (\$...) (conf. arts. 16, 20 y 60 de la Ley N° 27.423; CSJN, Ac. N° 7/2021 - Valor UMA: \$4.152). Por la gestión profesional desarrollada en la Alzada, se fijan los emolumentos del

letrado patrocinante de la parte actora, doctor Adolfo Martín Leguizamón Peña, en la cantidad de ...*Umas* equivalente, a la fecha en que se dicta la presente, a la suma de pesos ... (\$...) (conf. arts. 30, 51 y ccds. de la Ley N° 27.423; CSJN, Ac. N° 7/2021 - Valor UMA: \$4.152). Hágase saber al letrado apoderado de la demandada, doctor Arnaldo Cipolino, que sus honorarios se regularán una vez que acredite no encontrarse comprendido en las disposiciones del art. 2 de la ley de arancel. Regístrese, notifíquese con copia del dictamen del 8 de octubre de 2020 —al magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal mediante mail institucional— y devuélvase a la anterior instancia. — *Ricardo G. Recondo*. — *Eduardo D. Gottardi*. — *Alfredo Silverio Gusman*.

## IMPUESTO A LAS GANANCIAS

**Ajuste por inflación. Medida cautelar. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. No afectación del interés público.**

1. — La medida cautelar debe ser confirmada y, en consecuencia, corresponde ordenar a la AFIP que reciba la declaración jurada del impuesto a las ganancias correspondiente al ejercicio finalizado el 31/12/2019, aplicando el “ajuste por inflación”, tomando como índice el “IPC” y sin el diferimiento dispuesto en el art. 2° agregado a continuación del art. 118 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, pues resulta viable lo sustentado por la actora, ya que un eventual reclamo por parte del Fisco de la suma discutida podría acarrearle un perjuicio económico para su situación patrimonial [1].
2. — Luego de analizada la plataforma fáctica y jurídica de los presentes autos, si bien no hay todavía pericia contable judicial que acredite o respalde los dichos de la firma actora, se considera que es procedente la tutela concedida en la instancia de grado —recepción de la declaración jurada del impuesto a las ganancias con el ajuste por inflación—, toda vez que resulta verosímil el derecho de dicha empresa para el estadio procesal en el que se encuentra la causa. Ello así, en tanto la verosimilitud

es una custodia anticipada de un derecho que luego podrá ser plasmado a través de la realización de la pericia oficial, la que llevará a determinar si existe o no un derecho conculcado [2].

3. — El impuesto a las ganancias reconoce como “hecho imponible” la obtención de una ganancia, es decir, un beneficio “realizado”, no constituyendo ganancias imponibles los incrementos de valor de los bienes que sigan en el patrimonio del contribuyente [3].
4. — En lo concerniente a la “no afectación del interés público” y dada la naturaleza de la medida cautelar dispuesta, esta no puede configurar lesión, ya que se encuentra circunscripta a la situación de un contribuyente respecto de su posición con relación al pago del impuesto a las ganancias, en función de encontrarse cuestionada la legitimidad del procedimiento y/o mecanismo aplicable en lo que hace al ajuste por inflación. En consecuencia, si bien podría argumentarse que ello conspira contra la recaudación de la renta pública y que, por tal motivo, las medidas cautelares en contra del Fisco son juzgadas con estrictez, esta circunstancia no quiere decir que por aplicación de la normativa bajo análisis se encuentre vedada la posibilidad de disponer medidas cautelares en contra de la Administración Fiscal [4].
5. — En relación con lo dispuesto por el art. 3º, inc. 4), de la ley 26.854 en el sentido de que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal se advierte que dicho supuesto no se verifica en la especie, toda vez que la pretensión de fondo subsiste, en función del interés jurídico de analizar en oportunidad de la sentencia definitiva la eventual procedencia del mecanismo de ajuste por inflación como así también la inconstitucionalidad planteada [5].
6. — La pretensión de fondo se identifica con la medida cautelar peticionada —recepción de la declaración jurada del impuesto a las ganancias con el ajuste por inflación—, toda vez que de otorgársela se estaría dando por sentado la no aplicación de la normativa impugnada, cuyo tratamiento necesariamente constituye el objeto de la litis, como asimismo importaría obtener un fallo anticipado de la causa, soslayándose todas las etapas procesales del pleito, en violación al debido proceso legal como garantía innominada de la Constitución Nacional, diluyéndose la acción impetrada en el otorgamiento de aquella (del voto en disidencia del Dr. Ávalos).
7. — La verosimilitud del derecho a los efectos de conceder la medida cautelar que ordene a la AFIP que reciba la declaración jurada del impuesto a las ganancias con el ajuste por inflación no se encuentra acreditada, toda vez que la empresa actora pretende fundarla en el informe contable acompañado por su parte, sumado a que estamos en presencia de un cambio normativo de relevancia y por demás complejo. Por lo tanto, no basta un mero cotejo de resultados impositivos y/o contables con o sin ajuste por inflación, así como tampoco entre resultados impositivos o contables con o sin diferimiento, sino que, con base en sus características propias, deberá estarse al resultado de la pericia contable en donde un técnico experto informe sobre la materia en el período fiscal objeto de discusión (del voto en disidencia del Dr. Ávalos).
8. — A los efectos de la medida cautelar tendiente a permitir la presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias con el ajuste por inflación, el peligro en la demora no fue acreditado por la parte actora, así como la irreparabilidad ulterior de la lesión. En este sentido, la accionante solo aduce que se afectaría el patrimonio de la empresa, pero no ha demostrado el real perjuicio que podría ocasionarle, lo que aparece a todas luces como insuficiente en este estadio del proceso (del voto en disidencia del Dr. Ávalos).

**CFed. Córdoba, sala A, 06/05/2021. - Escolba SA c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.**

[Cita on line: [TRLALEYAR/JUR/18938/2021](https://www.triley.com.ar/jur/18938/2021/)]

**JURISPRUDENCIA VINCULADA**

**[1-5]** Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, “Los Chañares SA c. AFIP – DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 31/03/2021, AR/JUR/6509/2021.

**COSTAS**

A la demandada perdidosa, en virtud del principio objetivo de la derrota contemplado en el art. 68, primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com.

Expte. N° FCB 5749/2020/CAI

**2ª Instancia.-** Córdoba, mayo 6 de 2021.

El doctor *Ávalos* dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la Administración Federal de Ingresos Públicos-Dirección General Impositiva en contra del proveído de fecha 25 de agosto de 2020 dictado por el señor Juez Federal de Río Cuarto mediante el cual hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la firma actora Escolba SA y en consecuencia, ordenó a la demandada AFIP que recepcione la declaración jurada del Impuesto a las Ganancias correspondiente al ejercicio finalizado el 31/12/2019, aplicando el “ajuste por inflación” contemplado en el Título VI de la Ley del Impuesto a las Ganancias, tomando como índice el “IPC” y sin el diferimiento dispuesto en el art. 2° agregado a continuación del art. 118 de la citada Ley. Asimismo, se ordenó a la demandada se abstuviera de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o iniciar sumario o aplicar sanciones, por el término de seis meses; y el recurso de apelación interpuesto por la empresa actora en contra del Auto interlocutorio de fecha 06/11/2020 mediante el cual el Juez de grado

dispuso que las tareas de fiscalización y verificación realizadas por el organismo por Orden de Intervención N° 1869.949 no constituían ninguna de las actuaciones vedadas al mismo por la Medida Cautelar dictada en la causa con fecha 25/08/2020 —reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o iniciar sumario o aplicar sanciones—.

II. Surge de lo actuado que el 01 de junio de 2020 el presidente de la firma Escolba SA con el patrocinio letrado del Dr. Saleme, promovió la presente acción declarativa de inconstitucionalidad contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) en los términos de los arts. 322 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, peticionando la declaración de inconstitucionalidad de los dos últimos párrafos del artículo 106 LIG y de toda otra norma legal o reglamentaria, en tanto y en cuanto impidiesen a la firma aplicar el ajuste por inflación impositivo; así como también solicita la inconstitucionalidad del diferimiento dispuesto en el art. 194 LIG en su DD.JJ. del período fiscal 2019. A su vez, peticiona que se ordene a la demandada recepcione la DD.JJ. aplicando el aludido ajuste por inflación, sin el diferimiento dispuesto, y que acepte la liquidación y el pago de la misma.

Por otro lado, solicitaron el dictado de una medida cautelar de no innovar con el objeto de que se ordenare a la Administración Federal de Ingresos Públicos que al recepcionar la DD.JJ. reseñada precedentemente, se abstenga de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que pudiera resultar; trabar por sí y/o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o aplicar a la actora sanciones administrativas; con costas en caso de oposición.

Mediante proveído de fecha 25 de agosto de 2020 el Juez de Primera Instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada, previo rendir la contracautela consistente en caución real o seguro de caución por un valor de pesos Cuatro millones doscientos cinco mil novecientos treinta

con sesenta y tres centavos (\$4.205.930,63), que consideró resultaría como diferencia cuestionada del impuesto a determinar (conf. art. 199 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 3, inc. 3 de ley N° 26.854), ordenando a la demandada que recepcione la declaración jurada del Impuesto a las Ganancias correspondiente al ejercicio finalizado el 31/12/2021, aplicando el “ajuste por inflación” contemplado en el Título VI de la Ley del Impuesto a las Ganancias, tomando como índice el “IPC” y sin el diferimiento dispuesto en el art. 2° agregado a continuación del art. 118 de la citada Ley. Asimismo, se le ordenó se abstuviera de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o iniciar sumario o aplicar sanciones, por el término de seis meses.

Notificada la misma, fue recurrida por la apoderada de la demandada quien además solicitó una aclaratoria respecto de los alcances de la medida cautelar ordenada por el Tribunal.

El señor Juez de grado, concedió el recurso de apelación interpuesto y dictó el Auto interlocutorio de fecha 06/11/2020 en relación a la aclaratoria solicitada. Allí se dispuso que las tareas de fiscalización y verificación realizadas por el organismo por Orden de Intervención N° 1869.949 no constituían ninguna de las actuaciones vedadas al mismo por la Medida Cautelar dictada en la causa con fecha 25/08/2020 —reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar—, trabar por sí o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o iniciar sumario o aplicar sanciones. Notificada la misma, fue recurrida por el letrado patrocinante de la empresa actora.

III. En primer lugar, se agravia la apoderada de la demandada, quien luego de efectuar una reseña de lo acontecido en autos, sostiene que la cautelar otorgada en autos no se asienta sobre basamentos probatorios sólidos obtenidos en el marco del contradictorio con total control de

este Organismo sobre la producción de la prueba pericial.

En segundo lugar, realiza un análisis del marco normativo aplicable a la presente causa y se agravia por cuanto el único elemento que el *a quo* consideró para ordenar la medida cautelar, en contra de las facultades legítimas y constitucionales de AFIP como Órgano Recaudador del Estado, traducido en la afectación del interés público, fueron los dichos de la firma actora y el informe de un Contador Público, que la misma parte accionante acompañó como prueba, como basamento fundamental y determinante para que procediera la medida que obligaba al Organismo a no ejercer sus facultades constitucionalmente delegadas.

En tercer lugar, arguye que el *a quo* ha considerado acreditados los requisitos de procedencia de la medida cautelar, sin fundamento válido. Agrega que no se encuentran acreditados los requisitos de peligro en la demora y verosimilitud en el derecho en el caso de autos, sino que se traduce en una mera disconformidad de la actora con la normativa impugnada, al tiempo que resulta desprovisto de todo tipo de sustento jurídico, puesto que se respalda en enunciados de dogmáticas ponderaciones que no resultan suficientes para tachar de inconstitucional las normas cuestionadas, por lo que considera surge evidente el agravio que causa al Fisco la decisión de hacer lugar a la medida cautelar pretendida por la empresa unipersonal, soslayando en forma palmaria lo establecido en el conjunto normativo, que debe aplicarse al caso de autos.

Finalmente sostiene en relación al requisito de existencia de peligro en la demora, que la peticionante no ha acreditado sumariamente perjuicio grave alguno, de imposible reparación ulterior, siendo insuficiente considerar configurado el daño por el hecho de que proceda a imputar el ajuste por inflación en la forma en que lo establece la norma (diferimiento), sobre todo considerando que el Estado Nacional se presume solvente. Cita jurisprudencia que considera avala su postura y hace reserva del Caso Federal. Corrido el traslado de ley, la parte actora contesta los agravios, a los cuales me remito en honor a la brevedad.

A su turno, la parte actora expresa los agravios. Al respecto sostiene que se agravia de lo dispuesto por el Juez de primera instancia mediante Auto interlocutorio de fecha 06/11/2020 en cuanto admite la posibilidad de que el Organismo demandado pueda ejercer por vía coactiva, las tareas de fiscalización y verificación de las obligaciones tributarias respecto del impuesto y el período fiscal discutido en autos. Arguye que de esta manera el Juez de Primera Instancia está alterando el orden procesal y contrariando los principios procesales de preclusión y bilateralidad. En definitiva, solicita que se revoque el auto interlocutorio atacada, con costas. Corrido el traslado de ley, la apoderada de la demandada contesta agravios, a los que también me remito en honor a la brevedad.

IV. A mérito de la reseña que antecede, la cuestión a resolver se circunscribe a analizar la procedencia o no de la medida cautelar concedida por el señor Juez de Primera instancia a la parte actora y su aclaratoria.

Previo a todo, considero necesario destacar que mediante la reforma tributaria operada en el año 2017 mediante Ley N° 27.430 (BO 29/12/2017) a través del art. 65, incorporó dos párrafos al final del art. 106 LIG (t.o. 2019, anterior art. 95 t.o. 2017) donde se puso en vigencia práctica el llamado “ajuste por inflación impositivo” cuando la inflación acumulada de los 36 meses anteriores al cierre del ejercicio fiscal del contribuyente superare el 100%. El índice a aplicar era el correspondiente a Precios Internos al por Mayor (IPIM), solo para los ejercicios que se iniciaren a partir del 01/01/2018 con una transición equivalente al 33.33% y 66.66% de inflación para el primer y segundo año posterior a la entrada en vigencia de la norma, respectivamente. Amén de ello, mediante la Ley N° 27.468 (BO 04/12/2018) se modificó el art. 106 de la LIG mencionado precedentemente, estableciéndose que respecto del primer, segundo y tercer ejercicio iniciados a partir del 01/01/2018, el ajuste por inflación sería aplicable solo en caso que la variación del índice de precios al consumidor nivel general (IPC), calculado desde el inicio hasta el cierre del ejercicio, superare un 55%, 30% o 15% para el primer, segundo y tercer año de aplicación respectivamente. A su vez, mediante el art. 4 incorporó a la LIG el art. 194 estableciendo que el resultado por aplica-

ción del ajuste, ya fuere positivo o negativo, se computaría un tercio (1/3) en el año en el que se genere el ajuste impositivo y los otros dos tercios (2/3) restantes, en partes iguales, en los siguientes dos ejercicios. Finalmente, mediante la Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva (BO 23/12/2019) a través de su artículo 27, modificó este último art. de la LIG difiriendo aún más la imputación del resultado por exposición a la inflación. Por consiguiente, quedó establecido que el resultado, positivo o negativo según el caso, debería imputarse un sexto (1/6) en ese período fiscal y los cinco sextos (5/6) restantes, en partes iguales, en los cinco períodos fiscales inmediatos siguientes; aclarando la norma que para el ajuste que hubiera correspondido por el primer ejercicio iniciado a partir del 01/01/2018 se mantendría el prorrateo de 1/3 por cada período fiscal, pero para ejercicios iniciados a partir del 01/01/2019 se debería prorratear en 6 ejercicios fiscales, imputando un sexto a cada uno (2019 a 2024), lo mismo respecto del segundo ejercicio iniciado con posterioridad al 1° de enero de 2019.

Este nuevo marco normativo mediante el cual el legislador habilitó el cómputo del ajuste por inflación supeditado a la concurrencia de determinados requisitos, implica realizar otro análisis jurídico que difiere de aquellos en que los períodos involucrados fueren anteriores al 01/01/2018, ya que el mismo ha recobrado vigencia y no se encuentra vedado como ocurría en otros períodos analizados anteriormente.

Desde otro costado, el art. 13 de la ley N° 26.854 (BO 30/04/2013) que regula el régimen de medias cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, establece una serie de requisitos —que forman un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados— que, a la hora de evaluar la suspensión de un acto estatal, ya sea un acto administrativo, un reglamento o una ley, habrán de evaluarse en cada caso concreto. Ello debe concordarse con lo previsto en el art. 3, inc. 4° de la mentada ley en el sentido de que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

V. Conforme estos lineamientos y analizado el escrito de demanda, de cuya lectura se infiere que la actora pretende mediante la medida

cautelar solicitada que se la autorice a liquidar y presentar la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal 2019, aplicando las disposiciones del Título VI de la Ley del Impuesto y sobre la base de sus balances ajustados por inflación, esto es, en moneda constante mediante la aplicación del índice de precios al consumidor (IPC) nivel general, elaborado por el INDEC; y a su vez, que se le ordene a la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que pudiera resultar, trabar por sí y/o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o aplicarle sanciones administrativas, hasta tanto se resolviera la presente acción.

De ello surge evidente que la pretensión de fondo se identifica con la medida cautelar peticionada, toda vez que de otorgarse la misma se estaría dando por sentado la no aplicación de la normativa impugnada, cuyo tratamiento necesariamente constituye el objeto de la litis, como asimismo importaría obtener un fallo anticipado de la causa, soslayándose todas las etapas procesales del pleito, en violación al debido proceso legal como garantía innominada de la Constitución Nacional, diluyéndose la acción impetrada en el otorgamiento de aquella.

Desde esta perspectiva, no resultan viables aquellas medidas cautelares que pretenden imponer un inoportuno discernimiento sobre cuestiones que, por su complejidad técnica y jurídica, exceden el limitado ámbito de conocimiento preliminar propio de una cautelar, como sucede en el caso de autos. Repárese que el proceso precautorio no puede representar adelanto de opinión sobre el fondo del asunto, atendiendo a que las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo: no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante” (Couture, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Ed. Depalma, Bs. As. 1997, p. 326).

VI. Más allá de lo expuesto en el punto precedente, entiendo que tampoco se encuentran cumplidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

En cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, si bien este no se trata de un juicio de certeza sobre la misma sino un juicio hipotético o conjetural, puede advertirse que el mismo no se encuentra a mi criterio acreditado, toda vez que la empresa actora pretende fundarlo en el Informe contable acompañado por su parte, sumado a que estamos en presencia de un cambio normativo de relevancia y por demás complejo. Por lo tanto, considero que no basta un mero cotejo de resultados impositivos y/o contables con o sin ajuste por inflación, así como tampoco entre resultados impositivos y/o contables con o sin diferimiento; sino que, en base a sus características propias, deberá estarse al resultado de la pericia contable en donde un técnico experto informe sobre la materia en el período fiscal objeto de discusión dentro del marco técnico y procesal que corresponde.

Como ya lo he afirmado en anteriores pronunciamientos y que hoy adquiere relevancia también, nuestro más Alto Tribunal ha descalificado como acto jurisdiccional aquellas sentencias cautelares cuyo único basamento se encuentra en las afirmaciones del peticionante de la medida precautoria. Así lo ha dispuesto en la causa “Empresa Constructora Juan M. De Vido e Hijos SCA c. AFIP s/ incidente de apelación de medida cautelar” del 25 de octubre de 2005, oportunidad en la cual dejó sin efecto el pronunciamiento que había otorgado una medida precautoria con el solo respaldo de las afirmaciones de la actora, lo que resulta plenamente aplicable en el caso bajo análisis.

En cuanto al peligro en la demora, considero que el mismo tampoco ha sido acreditado por la parte actora, así como la irreparabilidad ulterior de la lesión. En este sentido, la accionante solo aduce que se afectaría el patrimonio de la empresa, pero no ha demostrado el real perjuicio que podría ocasionarle; lo que aparece a todas luces como insuficiente en este estadio del proceso.

VII. Por todo lo expuesto, tomando como principio rector que el régimen de las medidas cautelares en materia de reclamos y cobros fiscales debe ser analizado con particular estrictez, es que propicio revocar el proveído de fecha 25 de agosto de 2020 y consecuentemente, su aclaratoria de fecha 06 de noviembre de 2020, dicta-

dos por el Juez Federal de Río Cuarto en todo lo que deciden y ha sido materia de agravios. Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (art. 68, 2ª parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) atento la naturaleza debatida; difiriéndose la regulación de honorarios que pudiera corresponder para su oportunidad.

El presente pronunciamiento en modo alguno significa adelanto de opinión sobre el fondo del asunto, siendo consecuencia de un análisis superficial propio del estadio cautelar.

VIII. Cabe destacar que los agravios esgrimidos por la parte actora han quedado subsumidos en el resultado que se propicia precedentemente y por lo tanto corresponde declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación bajo estudio, por haber perdido interés su estudio.

Así voto.

La doctora *Montesi* dijo:

I. Que analizadas las circunstancias de la causa me permito disentir con la solución propuesta por el señor Juez de Cámara preopinante, doctor Eduardo Ávalos, en cuanto propicia revocar el proveído de fecha 25 de agosto de 2020 y su aclaratoria de fecha 06 de noviembre de 2020 dictados por el señor Juez Federal de Río Cuarto, en todo cuanto deciden y fuera motivo de agravios; doy razones.

II. Conforme la reseña efectuada en el voto que me precede, y a la cual me remito en honor a la brevedad, la cuestión a resolver por esta Alzada se circunscribe a determinar si resulta ajustada a derecho la decisión del Juez de grado en cuanto dispuso: “Río Cuarto, 25 de agosto de 2020... se ordena a la demandada que *recepzione* la declaración jurada del Impuesto a las Ganancias correspondiente al ejercicio finalizado el 31/12/2019 aplicando el “ajuste por inflación” contemplado en el Título VI de la Ley del Impuesto a las Ganancias, tomando como índice el “IPC” y sin el diferimiento dispuesto en el art. 2º agregado a continuación del art. 118 de la citada Ley. Asimismo se ordena a la demandada se abstenga de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda

resultar, trabar por sí o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o iniciar sumario o aplicar sanciones, a cuyo fin librese oficio cuya confección y ulterior diligenciamiento se encuentra a cargo de la interesada. La presente medida se dicta por el término de seis meses (cfme. art. 5 —primer párrafo— Ley 26.854). Fdo. Carlos Arturo Ochoa - Juez Federal”; y su aclaratoria de fecha 06 de noviembre de 2020 que dispuso: “...1. Aclarar que las tareas de fiscalización y verificación realizadas por el organismo por Orden de Intervención N° 1869.949 no constituyen ninguna de las actuaciones vedadas al mismo por la Medida Cautelar dictada en la causa con fecha 25/08/2020 —reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese supuesto crédito, iniciar acciones bajo el régimen penal tributario y/o iniciar sumario o aplicar sanciones—. 2. Protocolizar la presente y, hacerla saber, personalmente o por cédula...”

III. De manera previa cabe mencionar que la firma actora promovió acción meramente declarativa de certeza e inconstitucionalidad en contra de la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva, persiguiendo la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los dos últimos párrafos del artículo 106 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, y de toda otra norma legal reglamentaria que impidiesen a la firma aplicar el “ajuste por inflación”, título VI, art. 94 y cc. de la Ley del Impuesto a las Ganancias, Ley N° 20.628 —t.o. en 1997 y sus modificaciones—. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar con el objeto de que se ordene a la AFIP - DGI, a tener por cumplimentados los deberes de presentación de la Declaración Jurada del Impuesto a las ganancias del período fiscal 2019 y que se abstenga de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o demandar judicialmente en resguardo del supuesto crédito. Para así peticionar, invocó los requisitos propios del art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, estos son, la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Ello así, la medida cautelar fue concedida por el Juez de grado con fecha 25 de agosto de 2020 y —su aclaratoria— en los términos que más arriba se exponen, por considerar que se dan los requisitos legales para su procedencia. Contra esa medida dispuesta, la demandada interpuso recurso de apelación, motivo de tratamiento ante esta Cámara Federal.

IV. Ahora bien, no obstante quien suscribe ha entendido en precedentes similares tales como “Industrias Cormetal SA c. AFIP - Acción Meramente Declarativa de Derecho” (Expte. N° 11.004-2016); “Alimesa SA c. AFIP - impugnación de Acto Administrativo” (Expte. N° 25.237-2015); “Barbuy Team Sociedad Anónima c. Poder Ejecutivo Nacional —Ministerio de Economía— Administración Federal de Ingresos Públicos - Acción Meramente Declarativa de Derecho” (Expte. N° 44.265-2014), “Colortex SA c. AFIP y otro s/ Cumplimiento de Contrato” (Expte. N° 20.404-2014) y “Laboratorios Beta SA c. Administración Federal de Ingresos Públicos - DGI - Medida cautelar” (Expte. N° 72026583-2010), “Distribuidora de Gas del Centro SA c. AFIP DGI - ADC” (Expte. N° 9205-2016) y “Maipú Automotores c. AFIP - ADC” (Expte. N° 134-2017) —entre otros—, que no correspondía otorgar la medida cautelar en casos como el presente, un exhaustivo reexamen de la cuestión me lleva a cambiar de criterio en base a las consideraciones siguientes; asimismo, lo entiendo procedente por cuestiones de economía procesal. Esto último teniendo en cuenta que los señores Jueces de la Sala “B” de esta Cámara Federal de Apelaciones, por unanimidad han otorgado medidas cautelares en casos similares al presente y en esta Sala es concordante con ese criterio el doctor *Ignacio M. Vélez Funes*.

Ingresando al análisis del caso bajo estudio, podría afirmarse que en autos se encuentran acreditados los requisitos previstos por la normativa legal vigente, al acompañar la parte actora el informe del Contador público, Héctor Esteban Courtois. Ello así, cuadra advertir que la accionante solicitó la precautoria con el objeto que se disponga la suspensión cautelar de las pautas normativas que restringen el uso del mecanismo de ajuste por inflación previsto en el Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias para el período fiscal 2019, hasta tanto exista resolución firme respecto del fondo de la cuestión

debatida; a fin de que se ordene a la AFIP a tener por cumplimentados los deberes de presentación de la Declaración Jurada del Impuesto a las ganancias del período fiscal 2019 y que se abstenga de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o demandar judicialmente en resguardo del supuesto crédito

En virtud del informe contable antes mencionado, la parte actora pretende demostrar la desproporción entre la liquidación de la ganancia neta sujeta al tributo —realizada sin el ajuste por inflación— y el importe que resulta de aplicar dicho mecanismo, lo cual —según sostiene— logra acreditar que el tributo es confiscatorio cuando no se aplica el ajuste en cuestión, reflejando el impacto de la cuestión planteada una realidad económicamente grave, ya que la tasa efectiva de impuesto sin ajuste por inflación sobre el verdadero resultado impositivo del ejercicio 2019 —es decir, el ajustado—, indica que la aplicación de una alícuota del Impuesto a las Ganancias asciende al 61, 47 % (en lugar de la alícuota legalmente prevista del 30 %); y el resultado impositivo sin aplicar los mecanismos de ajuste por inflación representaría el 104, 90 % del resultado impositivo que aplicando tales mecanismos.

Surge entonces de la prueba documental acompañada, que el Informe contable da una amplia desproporción entre la liquidación de la ganancia neta sujeta al tributo efectuada sin el ajuste por inflación y el monto que resulta de aplicar a ese fin dicho mecanismo.

V. Aclarado lo antes expuesto, corresponde recordar que la Ley N° 26.854 sancionada por el Honorable Congreso de la Nación el día 30 de abril del 2013 y con vigencia a partir del 8 de mayo de ese mismo año, en su artículo 18, establece categóricamente que el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación será de aplicación “al trámite de las medidas cautelares contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados” en cuanto no sean incompatibles con este nuevo régimen legal. Por lo tanto, a la hora de establecer los parámetros de la procedencia de una medida cautelar contra el Estado Nacional o un ente descentralizado, habrá que acudir a la norma espe-

cial, y en lo que fuera pertinente, a las normas del Cód. Procesal.

Dicho ello, cabe señalar que, dentro del catálogo de medidas cautelares que contiene el nuevo régimen legal, el análisis a efectuarse deberá contemplar los estándares fijados en el artículo 13 de la mentada ley. Dicha norma establece, en lo pertinente, que: “1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditaré sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.”

Como puede advertirse, la norma antes referida impone el análisis de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que habrán de apreciarse en cada caso concreto. En este cometido, se deberán evaluar tales preceptos en forma acorde y en consonancia con la garantía de tutela judicial efectiva, entendida como un derecho humano fundamental consagrado como un principio constitucional, contemplado en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inciso 22 de la CN); entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 punto 1, y 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3 y 14.1), y muchos otros. Dicha garantía, anudada a la del debido proceso (art. 18 CN), aconsejan al operador jurídico extremar las posibilidades de interpretación en relación a la tutela cautelar, en un sentido que no desnaturalice el acceso a la jurisdicción; lo cual debe ser ponderado puntualmente en cada caso y según las circunstancias presentes en cada causa.

VI. Sentado lo anterior, cabe señalar que el concepto de “verosimilitud del derecho” reproducido en el punto b) del inciso 1 del artículo 13 de la Ley 26.854 no ha variado en relación a lo que pacíficamente ha entendido la doctrina y la jurisprudencia con motivo de la interpretación

del artículo 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Así, cuadra precisar que el mismo se traduce en la expresión latina “*fumus boni iuris*”, la cual se encuentra estrechamente ligada con la fundabilidad y razonabilidad de lo demandado. De allí que la tarea del Juzgador deba restringirse a realizar “...un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en dicho proceso...” (Palacio, Lino E. “Derecho Procesal Civil”, T. VIII, p. 32). Por ello, así como “el humo es una señal o un fuerte indicio de que hay fuego, la verosimilitud del derecho será también un indicador de que este existe, aunque sin la certeza que solo podrá existir una vez que se dicte la sentencia definitiva en el proceso principal” (Revista Jurídica LA LEY, 2013-D. N° 149, 13 de agosto de 2013, p. 5).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (conf. Fallos: 306:2060 entre muchos otros).

En síntesis, la “verosimilitud del derecho” debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa. Y es en este contexto, considerando lo antes expuesto, corresponde valorar que el Impuesto a las Ganancias reconoce como “hecho imponible” la obtención de una ganancia, es decir, un beneficio “realizado”, no constituyendo ganancias imposables los incrementos de valor de los bienes que sigan en el patrimonio del contribuyente (conf. Villegas, Héctor B. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”; Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 544).

Por tal razón, a esta altura de la causa y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva, podemos afirmar que la “verosimilitud del derecho” se encuentra configurada en forma suficiente.

VII. En relación al “peligro en la demora”, como otra de las exigencias, se mantiene con la Ley 26.854 (artículo 13, inciso “b”), agregando el nuevo precepto legal con mayor estrictez la necesidad de acreditar la irreparabilidad ulterior de la lesión que la accionante denuncia. El requisito en cuestión, se vincula con la posibilidad de que al dictar sentencia definitiva la misma sea ineficaz o de imposible cumplimiento, o bien que se le provoque al accionante un daño innecesario. La exigencia de la concurrencia del peligro en la demora a los fines del dictado de la medida cautelar impone una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegan a producir los hechos que se pretenden evitar puedan restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (CSJN 19/02/2008 “Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio c. Provincia de Tucumán”).

A lo expuesto cabe agregar que estos recaudos se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca de aquella exigencia se puede atenuar.

En el supuesto de autos, resulta viable lo sustentado por la actora, ya que un eventual reclamo por parte del Fisco de la suma discutida podría acarrearle un perjuicio económico para su situación patrimonial, con lo cual, tomando en consideración que se encuentra acreditada la “verosimilitud del derecho”, considero configurado el “peligro en la demora” hasta que se resuelva en definitiva.

VIII. En lo que respecta al punto c) del precepto legal analizado abarcativo de la “verosimilitud de la ilegitimidad por existir indicios serios y graves al respecto”, cabe resaltar que se trata de la otra cara de la verosimilitud en el derecho invocado, lo cual en autos, como se dijo, se encuentra acreditado. Asimismo, dicho extremo no puede aún acreditarse.

En lo concerniente a la “no afectación del interés público” es de destacar que, dada la naturaleza de la medida cautelar aquí dispuesta, la misma no puede configurar lesión, ya que se en-

cuentra circunscripta a la situación de un contribuyente respecto de su posición en relación al pago del Impuesto a las Ganancias, en función de encontrarse cuestionada la legitimidad del procedimiento y/o mecanismo aplicable en lo que hace al ajuste por inflación. En consecuencia, si bien podría argumentarse que ello conspira contra la recaudación de la renta pública, y que por tal motivo las medidas cautelares en contra del Fisco son juzgadas con estrictez, esta circunstancia no quiere decir que por aplicación de la normativa bajo análisis se encuentre vedada la posibilidad de disponer medidas cautelares en contra de la Administración Fiscal.

Lo dicho lo es sin perder de vista que se está ante el cuestionamiento de una medida cautelar, la cual, como característica principal, no causa estado y puede ser revisada y/o modificada en cualquier estado del proceso. En tal sentido, cabe tener presente que “las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo: no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante” (Eduardo J. Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, p. 326).

Por otra parte, corresponde poner en relieve que *la medida que se dispone no tiene efectos jurídicos irreversibles, ya que tiene por objeto la postergación —solo hasta que se resuelva la presente acción— de la admisión de la aplicación del mecanismo antes mencionado a fin de realizar los cálculos correspondientes al tributo en cuestión.*

Finalmente, y en relación a lo dispuesto por el artículo 3, inciso 4°, de La Ley 26.854 en el sentido que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, se advierte que dicho supuesto no se verifica en la especie, toda vez que la pretensión de fondo subsiste, en función del interés jurídico de analizar en oportunidad de la sentencia definitiva la procedencia o no del mecanismo de ajuste por inflación como así también la inconstitucionalidad planteada en relación a la normativa antes citada.

IX. De este modo, luego de analizada la plataforma fáctica y jurídica de los presentes autos, si bien no hay todavía pericia contable judicial que acredite o respalde los dichos de la firma ac-

tora, considero que a esta altura de las actuaciones es procedente la tutela concedida en la instancia de grado, toda vez que resulta verosímil el derecho de dicha empresa para el estadio procesal en el que se encuentra la causa. Ello así, en tanto la verosimilitud es una custodia anticipada de un derecho que luego podrá ser plasmado a través de la realización de la pericia oficial, la que llevará a determinar si existe o no un derecho conculcado.

De igual manera se expresó esta Cámara Federal, Sala “B”, en autos: “Dayco Argentina SA c. AFIP - DGI s/ acción meramente declarativa de derecho” (Expte. N° FCB 26.071/2016), “Maipú SA c. AFIP - DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, (Expte. N° FCB 107/2016/CA3), “Humberto Batistella SA c. AFIP - DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° FCB 30.045/2017), “Industrias Cormetal SA c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° FCB 20.685/2017/CA1), “Libertad SA c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° 36.687/2016/CA1), “Bodegas Esmeralda SA c. AFIP - DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° 25.265/2016), entre muchos otros.

Por los fundamentos aquí expuestos, y sin que ello implique emitir pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, corresponde confirmar la resolución impugnada en cuanto hace lugar a la medida cautelar solicitada por la firma actora.

X. Ahora bien, en relación a los agravios esgrimidos por la parte actora respecto a la aclaratoria de fecha 06 de noviembre de 2020, en cuanto dispuso que “...las tareas de fiscalización y verificación realizadas por el organismo por Orden de Intervención N° 1.869.949 no constituyen ninguna de las actuaciones vedadas al mismo por la Medida Cautelar dictada en la causa con fecha 25/08/2020...”, entiendo que lo solicitado por la demandada en relaciona a la orden de intervención N° 1.869.949, si se encuentra vedado por la medida cautelar que aquí se confirma, ya que en la mencionada orden se está fiscalizando el impuesto a las ganancias por el período fiscal 2019, es decir por idéntico período que se otorga la medida cautelar. Por ello corresponde sin

más hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocar en todos sus términos la Aclaratoria de fecha 6 de noviembre de 2020.

Las costas de la Alzada se imponen en su totalidad a la demandada perdidosa en virtud del principio objetivo de la derrota contemplado en el art. 68 primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, difiriéndose la regulación de honorarios profesionales que pudiera corresponder para su oportunidad.

Así voto.

El doctor *Vélez Funes* dijo:

Que por análogas razones a las expresadas por la doctora *Montesi* vota en idéntico sentido.

Por ello se resuelve: 1. Confirmar el proveído impugnado de fecha 25 de agosto de 2020 dictado por el señor Juez Federal de Río Cuarto en cuanto hace lugar a la medida cautelar solicitada por la firma actora, ello por los motivos brindados en la presente resolución. 2. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar en todos sus términos la Aclaratoria de fecha 6 de noviembre de 2020. 3. Imponer las costas de la Alzada en su totalidad a la demandada perdidosa, en virtud del principio objetivo de la derrota contemplado en el art. 68 primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, difiriéndose la regulación de honorarios profesionales que pudiera corresponder para su oportunidad. 4. Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. — *Ignacio M. Vélez Funes*. — *Eduardo Ávalos* (en disidencia). — *Graciela S. Montesi*.

## CUOTA ALIMENTARIA EN DÓLARES

**Moneda extranjera. Conversión a pesos a la cotización del denominado “dólar MEP”.**

1. — Corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa

extranjera (dólar “MEP”) del día en que corresponda efectuar el pago, sin perjuicio del cómputo de los pagos ya efectuados y reconocidos por las partes.

2. — La cotización del denominado “dólar MEP” para convertir a pesos una cuota alimentaria pactada en dólares resulta la más adecuada. Para concluir de ese modo se tiene en cuenta que su precio deriva de la compra y venta de títulos públicos (con las regulaciones específicas), de conformidad con los valores propios del mercado y sin afectar las reservas públicas. A su vez, la cotización de cada día puede ser conocida por el público por medio de las diferentes vías de información periodística, lo cual otorga publicidad y transparencia a tal valor de conversión.
3. — Al haberse limitado la providencia homologatoria a ponderar los aspectos extrínsecos del convenio alimentario (que incluye una cuota alimentaria en dólares), no corresponde declarar la inaplicabilidad de las normas de emergencia al caso en estudio.

**CNCiv., sala M, 05/04/2021. - G. A. M. c. Y. E. V. s/ ejecución de alimentos - Incidente.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6668/2021]

## **i** COSTAS

Se imponen en el orden causado.

62337/2005

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, abril 5 de 2021.

*Considerando:*

I. La ejecutante apeló la resolución de fecha 21 de octubre de 2020, mediante la cual se desestimaron las liquidaciones practicadas por las partes y se ordenó que la cuota alimentaria pactada en dólares estadounidenses sea calculada de acuerdo con la teoría del esfuerzo compartido, más una tasa de interés del 8% anual.

El memorial presentado con fecha 30 de diciembre de 2020 fue contestado el 14 de febrero de este año.

II. De acuerdo con los antecedentes de la causa, las partes pactaron en el año 1998 como cuota alimentaria la suma de U\$S 2.100.- más el importe de \$8.000 hasta la mayoría de edad de los hijos. El 8 de septiembre de 2004 fue homologado el acuerdo.

La ejecutante insiste en esta Alzada con que la cuota convenida en dólares —que constituye el objeto de la ejecución— sea liquidada en moneda extranjera, con sustento en que la providencia que homologó el acuerdo fue de fecha posterior a la normativa de emergencia. En subsidio, plantea en el memorial la inconstitucionalidad de dichas leyes.

Sin embargo, no le asiste razón en sus quejas, ya que no puede otorgarse a la sentencia homologatoria el alcance que pretende. Es sabido que la presentación de un instrumento privado para su homologación importa que el objeto del reclamo queda delimitado al examen de los elementos extrínsecos o, lo que es lo mismo, de los aspectos formales de la convención en él contenida, razón por la cual los poderes del juez están limitados a comprobar la autenticidad de la firma y la capacidad de las partes, como así también, si se encuentran reunidos los extremos de validez del acuerdo celebrado (conf. CNCiv., Sala G, “F, G. S. y otros c. I., J. C. s/ aumento de cuota alimentaria” del 03/03/2011; íd. “C., L. c. V, R. J. s/ Homologación” del 06/12/2016).

La homologación de un convenio alimentario, en principio, se trataría de un proceso atípico —de jurisdicción voluntaria— cuyo trámite se circunscribe básicamente a la comprobación de la autenticidad o falsedad del documento presentado. Persigue otorgar certeza a los actos entre las partes, sin que implique resolver cuestiones que vayan más allá del análisis de los requisitos extrínsecos de validez (cfr. Zannoni, Eduardo, “Forma y prueba de los convenios de alimentos”, p. 195, citado en Molina de Juan, Mariel F, “Convenios alimentarios no homologados. El valor de la palabra empeñada”, en LA LEY del 19/10/2016, 5, cita Online: AR/DOC/3195/2016; CNCiv., Sala G, L., V. C. c. I., D. s/ homologación” del 26/12/2019).

Por tanto, al haberse limitado la providencia homologatoria a ponderar los aspectos extrínsecos del acuerdo, no corresponde declarar la inaplicabilidad de las normas de emergencia al caso en estudio, tal como acertadamente resolvió el Sr. Juez de grado.

III. Desde otra perspectiva, corresponde señalar que, por la limitación impuesta en el artículo 277 del Cód. Procesal, no corresponde entender en el pedido de inconstitucionalidad de la ley 25.561, del decreto N° 214/2002 y normas complementarias, toda vez que el Tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia (conf. Fenocietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial...”, T. I ps. 851/852; esta Sala, “O., N. O. y otro c. S. SA Banco y otros s/ Medidas precautorias” del 28/09/2020). Dicha cuestión fue introducida tardíamente en el memorial, de modo que, por aplicación de la norma aludida, la Sala se encuentra vedada para tratar el tópico.

IV. En cambio, resultan oportunas las quejas dirigidas a que se esclarezcan los alcances de la cotización del dólar sobre la brecha existente por la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido.

Al respecto, es sabido que existen restricciones para la adquisición de la divisa norteamericana a la cotización oficial. Es por ello que, dentro del abanico que otorga el mercado cambiario legal y regulado, este Tribunal ha considerado en recientes pronunciamientos que la cotización del denominado “dólar MEP” resulta la más adecuada. Para concluir de ese modo se tiene en cuenta que su precio deriva de la compra y venta de títulos públicos (con las regulaciones específicas), de conformidad con los valores propios del mercado y sin afectar las reservas públicas. A su vez, la cotización de cada día puede ser conocida por el público por medio de las diferentes vías de información periódica, lo cual otorga publicidad y transparencia a tal valor de conversión (cfr. voto del juez Vasallo en CNCom., Sala D, “Ortola Martínez, Gustavo M. c. Sarlenga, Marcela C. s/ ordinario”, del 15/10/2020, AR/JUR/47237/2020; esta Sala, Expte. 37.506/2017, autos “Tobio Romero, José c. Tursi, María R. y otros s/ ejecución de honorarios-mediación”, del 18/02/2021; id. “Opromom-

lla, María C. c. Fernández, Pablo M. s/ homologación de acuerdo” del 31/03/2021).

En consecuencia, corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera (dólar “MEP”) del día en que corresponda efectuar el pago, sin perjuicio del cómputo de los pagos ya efectuados y reconocidos por las partes.

V. Finalmente, la forma en que se ordena calcular el capital reclamado justifica que se mantenga la tasa de interés reconocida en la instancia de grado, máxime si se repara el prolongado tiempo que la actora ha dejado transcurrir para liquidar la deuda atrasada.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: I.- Confirmar la resolución de fecha 21 de octubre de 2020, con las aclaraciones establecidas en el acápite IV.-; II.- Con costas en la Alzada en el orden causado, en atención a que ambas partes pudieron creerse con derecho a peticionar como lo hicieron (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente.* — *Gabriela A. Iturbide.*

## JUICIO EJECUTIVO

**Extensión de la condena a la sociedad anónima demandada. Previo desistimiento en los términos del art. 133, LCQ. Quiebra dejada sin efecto. Ejercicio regular del legítimo derecho de acceso a la jurisdicción.**

Debe revocarse la sentencia que rechazó la extensión de la condena a la codemandada en un juicio ejecutivo, pues el hecho de que se haya desistido en los términos del art. 133, LCQ, tuvo por presupuesto el estado falencial. Al haber sido revocado, cabe admitir la reversión del desistimiento que no involucró pronunciamiento alguno acerca de la exigibilidad de la acreencia que se pretende reclamar, sino sobre la vía para instar su cobro. Es que no cabe, por una circunstancia ajena al recurrente,

predicar la imposibilidad de retomar la acción, pues ello alteraría el ejercicio regular del legítimo derecho de acceso a la jurisdicción.

**CNCom., sala A, 19/04/2021. - Guzzetti, René Mara c. Tomé, Walter Ángel s/ ejecutivo.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/11358/2021](#)]

JMB 14.416/2017

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, abril 19 de 2021.

*Vistos:*

1. Apeló la actora el decreto dictado el 29/12/2020 que desestimó la pretensión de extender la condena dictada en las presentes actuaciones a la codemandada 5MD SA, respecto de la cual se había desistido con fecha 31/10/2019 en los términos del art. 133 LCQ, y cuya quiebra fue dejada sin efecto, mediante el pronunciamiento de fecha 01/06/2020 que hizo lugar al recurso de reposición interpuesto por la ex fallida.

La juez de grado señaló que la pretensión resultaba improcedente en orden al desistimiento oportunamente formulado.

Los fundamentos del recurso fueron desarrollados en el escrito digital presentado el 22/02/2021.

2. A efectos de una adecuada comprensión de la materia propuesta, cabe puntualizar que del examen de las constancias obrantes en autos, realizado a través del Sistema de Gestión Judicial, resulta que:

i. René Mara Guzzetti promovió este proceso de ejecución contra Walter Ángel Tomé y 5MD SA a fin de obtener el cobro de la suma de \$83.000, más intereses y costas.

Señaló haber celebrado con la codemandada 5MD SA, el 16/07/2013, un contrato de mutuo por el cual la actora entregó a la referida sociedad la suma de \$83.000, obligándose esta última a devolver dicha suma el 16/07/2014. Indicó que, habiendo incumplido la codemandada con su obligación, procedió, formalmente, mediante carta documento de fecha 16/03/2017, a inti-

mar a 5MD SA y al fiador principal pagador —el codemandado Walter Ángel Tomé—, al pago del capital adeudado y que, ante la falta de respuesta, procedió a iniciar la presente ejecución a fin de obtener el cobro de lo adeudado.

ii. Con posterioridad, al haberse decretado la quiebra de 5MD SA, el actor ejerció la opción contemplada en el art. 133 LCQ de continuar la acción contra el codemandado *in bonis*, por lo que, con fecha 31/10/2019, se lo tuvo por desistido de la acción intentada respecto de la codemandada 5MD SA.

iii. Con fecha 30/12/2019, se dictó sentencia de trance y remate, mandándose llevar adelante la ejecución contra Walter Ángel Tomé.

iv. Posteriormente, el 16/12/2020, el actor informó que la quiebra de la codemandada 5MD SA había sido revocada, por lo que se solicitó que se le extendieran los alcances de la condena, lo que fue desestimado en el decreto de fecha 29/12/2020.

v. La actora se agravó de esta decisión, alegando, en lo sustancial, que, ante la revocación del auto de quiebra, y habiendo desaparecido las razones que la llevaron a acogerse a las disposiciones contenidas en el citado art. 133 de la ley 24.522, no existían razones para impedir la prosecución del presente trámite contra la codemandada 5MD SA, atento el “cese” del estado falencial de esta última.

Indicó que, si bien en su oportunidad se acogió a la opción prevista en el 1er. párrafo del art. 133 LCQ, la misma carecía de “validez”, pues el fallido al que el artículo citado refiere ya no existía, atento la revocación del auto de quiebra.

3. Pues bien, examinadas las constancias digitales de las actuaciones “5MD SA s/ quiebra s/ inc. art. 250” (N° 24.455/2018/1), radicadas por ante el Juzgado Comercial N° 26 - Sec. N° 51, se desprende que la Sala C, con fecha 01/06/2020, hizo lugar al recurso de reposición articulado por la fallida y dejó sin efecto la declaración falencial. Al adoptar esa decisión, dicho Tribunal tuvo en cuenta que el crédito cuyo incumplimiento fue invocado como hecho demostrativo del estado de cesación de pagos que se atribuyó a 5MD SA, había sido cedido, por lo que

al momento de decretarse la quiebra el peticionario carecía de legitimación a tal efecto por no ser acreedor.

Síguese de ello, que el presupuesto que determinó la opción ejercida por el actor en los términos del art. 133 LCQ, esto es, el estado falencial de la sociedad codemandada, perdió virtualidad, como así también el desistimiento derivado de tal actuación, pues a partir de la decisión adoptada por la Sala C, 5MD SA recuperó su legitimación para ser demandada por la vía individual.

Véase que el desistimiento referido importó la elección de continuar el proceso contra el codeemandado *in bonis*, ante el tribunal de su radicación originaria, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la verificación del crédito en la quiebra, extremo este último que, a la fecha, se reitera, perdió virtualidad.

En efecto, la norma citada establece que “cuando el fallido sea codeemandado, el actor puede optar por continuar el juicio ante el Tribunal de su radicación originaria, desistiendo de la demanda contra aquel sin que quede obligado por costas y sin perjuicio de solicitar la verificación del crédito...”

En ese marco, estíbase que el hecho de que se la haya tenido por desistida respecto de la codeemandada fallida, se reitera, en los términos del art. 133 LCQ, tuvo como presupuesto el estado falencial, al haber sido revocado el decreto de quiebra y desaparecer tal presupuesto, cabe también admitir la reversión de aquel desistimiento que no involucró pronunciamiento alguno acerca de la exigibilidad de la acreencia que aquí se pretende reclamar, sino sobre la vía para instar su cobro. Es que no cabe, por una circunstancia ajena al recurrente, predicar la imposibilidad de retomar la acción pues ello alteraría, el ejercicio regular del legítimo derecho al acceso a la jurisdicción.

En orden a lo expuesto, corresponde dejar sin efecto lo decidido en la instancia de grado sobre el particular, debiendo la magistrada de grado proveer en consecuencia.

Por lo expuesto, esta Sala resuelve: Hacer lugar al recurso interpuesto y, por ende, revocar

el decreto apelado en lo que decide y fue materia de agravio. Notifíquese. Oportunamente, devuélvanse virtualmente las actuaciones a la instancia anterior. A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal.* — *Héctor O. Chomer.* — *Alfredo A. Kölliker Frers.*

## PRODUCTO DEFECTUOSO

**Fallas de fabricación. Reparación insatisfactoria. Incumplimiento del deber de garantía. Responsabilidad del fabricante. Daño moral. Daño punitivo.**

1. — El hecho de que el perito haya informado una serie de defectos que todavía mantenía el vehículo al momento de ser practicado el peritaje lleva a concluir que los arreglos no tuvieron el éxito esperado y que la garantía debida por las demandadas no fue debidamente cumplida.
2. — La noción de “reparación satisfactoria” que habilita al proveedor a cumplir su obligación sin necesidad de sustituir el bien vendido ni extinguir el contrato es una obligación de resultado que no puede diferirse en el tiempo ni dejar al comprador expuesto a la necesidad de concurrir innumerable cantidad de veces, a efectos de facilitar al proveedor la prestación de ese servicio.
3. — Según el art. 17, LDC, verificada una reparación no satisfactoria, el consumidor puede optar por tres alternativas, sin que tal elección haya sido supeditada al cumplimiento de ningún otro recaudo o condición.
4. — Conforme el art. 40 de la ley 24.240, frente al consumidor, no importa determinar quién fue efectivamente el verdadero autor del daño; los partícipes en la cadena de circulación de los bienes son solidariamente responsables frente a aquel, por el

solo hecho de haber tenido esa intervención, sabiendo o debiendo saber que en algún eslabón podía producirse el perjuicio.

5. — La fabricante o importadora de vehículos que tras su venta exige la prestación de aquellos servicios no puede considerarse ajena a lo que en ejecución de estas tareas haya hecho una concesionaria suya, desde que es la misma fabricante o vendedora la que descarga esas tareas en quienes conforman con ella una misma red.
6. — Debe indemnizarse el daño moral padecido por quien compró un automóvil defectuoso que no fue reparado satisfactoriamente, ya que la consumidora debió transitar un largo tiempo de angustias y contratiempos y tuvo que someterse a un juicio para que finalmente le fuera reconocido su derecho, todo lo cual no condice con la expectativa generada por el prestigio de la marca que las mismas demandadas para sí predicán.
7. — Las conductas de las demandadas revelan un abuso que no puede ser convalidado y que, por ende, debe ser castigado mediante el reconocimiento de la indemnización del daño punitivo.
8. — El daño punitivo debe servir también para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario y el largo, tedioso y riesgoso camino que este habrá de verse obligado a seguir para, finalmente, tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho.

## **CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO**

### **El hecho dañoso:**

Venta de automóvil defectuoso. Reparación insatisfactoria.

### **Referencias de la víctima:**

Sexo: Femenino.

### **Componentes del daño:**

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$80.000

Daño patrimonial

Daños varios: Daño punitivo: \$70.000

**CNCom., sala C, 13/10/2020. - Allemandi, Analía Mariana c. Drago Beretta y Cía. SACIFEI y otros s/ sumarísimo.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/46657/2020](#)]

## **COSTAS**

Se imponen a las demandadas vencidas.

Expediente N° 9683/2018

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, octubre 13 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 345/51?

La doctora *Villanueva* dijo:

I. La sentencia apelada

Mediante el pronunciamiento obrante a fs. 345/51, el señor juez de grado rechazó la demanda deducida por Analía Mariana Allemandi contra Drago Beretta y Cía. SACIFEI y contra Peugeot Citroën Argentina SA, a fin de obtener la rescisión del contrato de compraventa del automóvil 0 km individualizado en el escrito inicial, más la indemnización de los daños que la actora adujo haber padecido.

El sentenciante tuvo por acreditado el estado defectuoso del “torpedo” y el desalineado de las puertas que había presentado el rodado adquirido por la actora, pero sostuvo que tales fallas no tenían entidad suficiente para tornar operativa la regla prevista en el art. 17 inc. b) de la ley de defensa del consumidor.

Tras citar doctrina en sustento de su posición, explicó que constituía un recaudo esencial para la procedencia de la acción en esos términos que los desperfectos del automóvil hubieran afectado su correcto funcionamiento, lo que no había ocurrido en el caso.

Desestimó los daños reclamados por ser accesorios de la acción principal y puso de resal-

to que, aun si no se compartiese su postura, esa solución no habría de variar toda vez que no se había ofrecido prueba que permitiese acreditar el daño moral.

Y, en lo que respecta al daño punitivo, sostuvo que las circunstancias excepcionales que habilitarían su procedencia no se encontraban verificadas pues el rodado había sido atendido y evaluado en el taller dentro del plazo de la garantía e incluso se le había otorgado a la actora un vehículo sustituto a los fines de que ella no se quedara sin medio de transporte durante la reparación.

## II. El recurso

1. La sentencia fue apelada por la demandante, cuyos agravios fueron contestados por Peugeot Citroën Argentina SA y por Drago Beretta y Cía. SACIFEI.

2. La recurrente considera irrazonable el rechazo de la demanda.

Reprocha al sentenciante que haya aplicado la doctrina sentada en el fallo “Seralvo, Emilia- no c. Fiat Auto Argentina SA y otros s/ sumarísimo” de la Sala E de esta Cámara toda vez que, por los motivos que explica, la solución de ese expediente no es aplicable al caso de autos.

Se agravia de que el *a quo* haya calificado como “menores” las fallas presentadas en su automóvil sin considerar que, como surge de las conclusiones del perito mecánico, los desperfectos presentados impiden que el rodado reúna las condiciones necesarias para cumplir con su finalidad.

De ello deriva que corresponde aplicar la solución prevista en el art. 17 inc. b) de la ley de defensa del consumidor, a pesar de que reconoce que el otro defecto invocado —esto es, el desajuste de las puertas del rodado— podría tener límites difusos a los efectos de tornar operativa esa misma norma.

Pese a ello, manifiesta que, aun si se arriba a una conclusión distinta, la suerte del litigio no habría de variar pues el juez soslayo, al decidir del modo en que lo hizo, que ninguno de los defectos reseñados había sido solucionados por las demandadas en tiempo y forma.

Se queja, asimismo, de que el magistrado haya desestimado la procedencia de las indemnizaciones reclamadas por su parte en concepto de daño moral y de daño punitivo, queja que levanta en los términos que surgen de la expresión de agravios a la que me remito en honor a la brevedad.

## III. La solución

1. Como surge de la reseña que antecede, se reclamó en autos la rescisión contractual y consecuente reintegro del precio del automóvil que, fabricado por Peugeot Citroën Argentina SA, había sido adquirido por la demandante a Drago Beretta y Cía. SACIFEI.

A fin de justificar su pretensión, la actora alegó que el aludido rodado había experimentado una serie de fallas de fabricación que lo habían tornado impropio para su uso.

Las emplazadas resistieron la acción.

Así lo hizo “Drago Beretta” con la invocación de que su parte había cumplido exitosamente con la garantía que sobre ella pesaba en los términos de la ley 24.240 y con la alegación de que el rodado cumplía con la finalidad para la que había sido adquirido pues los defectos presentados habían sido “menores”, de lo que derivó que estos no permitían la procedencia de la acción entablada por la actora.

Idéntica aseveración hizo “Peugeot”, a lo que agregó que ella carecía de legitimación pasiva por las razones que explicó.

La sentencia dictada en la primera instancia rechazó la acción en los términos más arriba referidos, lo cual motivó el recurso que también ya he mencionado, de cuyo tratamiento paso a ocuparme a continuación.

2. Las partes están contestes en cuanto a que el rodado 0 km adquirido por la actora presentó las fallas que por esta fueron invocadas.

También de acuerdo se encuentran en cuanto a que el vehículo intentó ser reparado varias veces por las demandadas en ejecución de la garantía que por ellas era debida.

El disenso, en cambio, transita por determinar si tal reparación fue o no exitosa.

3. Según mi ver, asiste razón a la actora.

Así cabe concluir a la luz de lo informado por el perito ingeniero mecánico al responder los puntos b y c que le fueron requeridos, los que no merecieron impugnación de las demandadas (v. fs. 308/314).

En tal sentido, al contestar el primero de esos puntos, el experto sostuvo —al referirse al estado actual de dicho automóvil porque eso era lo que se le había requerido— que “...parte de las afecciones que [aquejaban] al rodado de la actora, que se manifiestan en las respuestas dadas, *subsisten actualmente en el referido vehículo...*” (v. fs. 308 vta., la bastardilla me pertenece).

Y, al responder el segundo de los aludidos puntos, el perito informó que el origen de los vicios presentados en el vehículo era “...el estado defectuoso del torpedeo y el desalineado en el cierre de las puertas del rodado...” (v. fs. 308 vta.).

De las órdenes de reparación acompañadas en la demanda (de fechas 23/05/2017, 25/07/2017, 20/10/2017) y del histórico del vehículo remitido por “Drago Beretta”, se desprende que muchos de los ingresos del rodado al taller obedecieron a que se reiteraban las aludidas fallas, esto es, las verificadas en el torpedeo y en el cierre de puertas, entre otras.

La perito informó la serie de defectos que todavía mantenía el vehículo al momento de ser practicado el peritaje, detectando los mismos problemas de fabricación que ya habían sido identificados en las órdenes de reparación más arriba referidas.

Este dato da cuenta por sí solo de que los arreglos no tuvieron el éxito esperado, lo cual me permite concluir que la garantía debida por las demandadas no fue satisfactoriamente cumplida.

En tal contexto, admitidas tales fallas, si las demandadas pretendían que ellas habían desaparecido en razón de que la reparación practicada sobre el vehículo había sido satisfactoria, lo menos que debieron hacer es obtener un

pronunciamiento del experto que diera cuenta de que los defectos habían perdido esa “actualidad”, lo que no hicieron.

4. La noción de “reparación satisfactoria” que habilita al proveedor a cumplir su obligación sin necesidad de sustituir el bien vendido ni extinguir el contrato, es una obligación de resultado que no puede diferirse en el tiempo ni dejar al comprador expuesto a la necesidad de concurrir innumerable cantidad de veces a efectos de facilitar al proveedor la prestación de ese servicio.

Lo contrario conduciría a un resultado asistémico como el acaecido en el caso, que exhibe que, más que un automóvil 0 km, lo que se vendió a la actora fue una serie de problemas que no fueron solucionados del modo razonable que implícitamente exige esa norma (esta Sala, “Díaz Quijano, Mariana c. Moto Roma SA y otros s/ ordinario”, del 21/08/2018).

El trato digno que el proveedor debe proporcionar al consumidor se encuentra en la base del derecho consumerista y es, por ende, inspirador de todas sus normas, desde que ha sido expresamente incluido en el art. 42 de la Constitución Nacional, que reza: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a *condiciones de trato equitativo y digno*” (el resaltado es mío).

No soslayo que las demandadas sostienen que, de todos modos, la acción prevista en el art. 17 LDC no puede prosperar por cuanto el rodado adquirido por la actora cumplía con la finalidad para la que había sido adquirido en atención a que las fallas que este había presentado resultaban “menores”.

Pero, más allá de que el perito designado en autos expresó que uno de los defectos presentados podía afectar el uso normal del rodado pues incidía en la visión del conductor (v. respuesta a la pregunta g del cuestionario de la actora y a las explicaciones otorgadas por el experto ante las observaciones de “Drago Beretta”), la aludida norma es clara.

Es decir: verificada una reparación no satisfactoria, el consumidor puede optar por alguna de las tres alternativas que describe el art. 17 LDC, sin que tal elección haya sido supeditada al cumplimiento de ningún otro recaudo o condición.

Ese “derecho de opción” surge, en cambio, con la sola comprobación de que la cosa reparada no ha logrado reunir las condiciones óptimas para cumplir con el uso para el cual estaba destinada, entendiendo por “condiciones óptimas” aquellas necesarias para “...un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante...” (ver decreto reglamentario N° 1798/94).

Como fue juzgado más arriba, el vehículo adquirido por la actora exteriorizó desde su compra una serie de fallas que subsisten en la actualidad, respecto de las que el experto se expidió en forma categórica indicando que “[esos defectos] pueden y deben ser reparados por los Concesionarios que la marca ofrece en la red, en el marco de la garantía vigente...” (v. respuesta al punto 7 otorgada por el experto ante el pedido de explicaciones de “Drago Beretta”).

Ello habilita a tener por cumplida la única condición prevista en la norma transcrita para el nacimiento del derecho a rescindir la compraventa y solicitar la restitución de lo abonado.

5. Desde tal perspectiva, y siendo que no se halla controvertido que la demandante hizo uso de su derecho a reclamar el importe equivalente a las sumas pagadas por el rodado que le había sido vendido tras otorgar infructuosamente a sus contrarias el derecho de repararlo, es mi conclusión que la actora tendrá derecho entonces a obtener el reintegro de la suma de \$338.500 que abonó por la compra del vehículo, contra la devolución por ella de la respectiva unidad.

Sobre esa suma la demandante tendrá derecho a percibir intereses que se calcularán a la tasa que cobra el BNA en sus operaciones de descuento a treinta días, computados des-

de la mora —que la tengo por producida el día 20/02/2017— y hasta su efectivo pago.

6. A mi juicio, la defensa articulada por “Peugeot” con sustento en su falta de participación efectiva en la venta —y consecuente recepción de precio— del rodado que dio origen a este juicio, no resulta conducente.

Esa es la solución que se impone a la luz de lo dispuesto en el art. 40 de la ley 24.240.

Lo que se busca con ese art. 40 es responsabilizar a todos aquellos que han creado, cuanto menos, la apariencia jurídica de su intervención en la prestación del servicio defectuoso o en la creación de la cosa viciada que provoca el daño y han tenido alguna posibilidad de identificar al dañador real (Lorenzetti Ricardo, “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 536 y ss.).

Frente al consumidor, entonces, no importa determinar quién fue efectivamente el verdadero autor del daño: los partícipes en la cadena de circulación de los bienes son solidariamente responsables frente a aquel, por el solo hecho de haber tenido esa intervención, sabiendo o debiendo saber que en algún eslabón podía producirse el perjuicio.

Esto conduce a descartar que “Peugeot” pueda considerarse “ajena” en los términos de esa norma, toda vez que el sistema allí establecido parte del presupuesto de que los responsables han participado en la actividad generadora del daño, no porque la hayan realizado materialmente, sino porque han intervenido en algún tramo en miras de un mismo interés.

Es ese nexo funcional que existe entre las distintas empresas el que permite la expansión de la responsabilidad de quienes integran esa especie de organización económica en procura de beneficios (esta Sala, “Portonaro, Juan M. c. Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados y otro s/ ordinario” del 14/10/2009, “Ibarra, Sebastián C. c. Bremen Motors SA y otro s/ ordinario”, del 31/08/2016, “Haberl, Nicolás c. Peugeot Citroën Argentina SA y otros s/ ordinario” del 11/10/2018, entre otros).

Como es obvio, la fabricante o importadora de vehículos que tras su venta exige la prestación

de aquellos servicios, no puede considerarse ajena a lo que en ejecución de estas tareas haya hecho una concesionaria suya, desde que es la misma fabricante o vendedora quien descarga esas tareas en quienes conforman con ella una misma red.

Lo expuesto es, según mi ver, suficiente para desestimar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por “Peugeot”.

7. En lo que respecta al daño moral, tiene dicho esta Sala que el agravio respectivo importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, hallándose vinculado con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales (esta Sala, “González Arrascaeta, María c. Scotiabank Quilmes SA”, 19/03/2010; id., “Noel, Alejandro c. Banco Hipotecario SA”, 04/06/2010; id., “Navarro de Caparrós, Aída c. Suizo Argentina Cía. de Seguros SA”, 20/12/2010; entre muchos otros).

Ha sostenido también que, para que este rubro resulte procedente, no se requiere la producción de prueba directa, sino que puede tenerse por comprobado ante la razonable presunción de que el hecho que motiva el juicio generó un padecimiento espiritual susceptible de justificar la indemnización reclamada (cfr. Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil”, T. I, p. 331; CNCom., Sala A, “González, Sandra c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca s/ ordinario”, del 19/05/2008; id., en “Piceda, Gustavo A. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín SA s/ ordinario”, del 10/07/2007, entre otros).

Ese temperamento se encuentra hoy expresamente admitido en el art. 1744 del nuevo Cód. Civ. y Comercial que, al regular la prueba del daño, admite que este se tenga por acreditado cuando surja notorio de los propios hechos.

Ello sucede en el caso, dado que, por su propia naturaleza, los hechos vividos por la actora ante el incumplimiento denunciado autorizan a presumir que este generó en ella el daño que me ocupa (esta Sala, “Fuks Julio S. y otros c. Madero Catering SA y otro s/ ordinario”, 27/10/2015;

“Pérez, Gustavo A. c. Banco Comafi SA Fiduciario Financiero s/ ordinario” 25/03/2013; “Body, Osvaldo P. c. Metropolitan Life Seguros de Vida SA s/ ordinario”, 25/10/2012).

Esto así, con mayor razón, si se atiende a que la nombrada debió transitar un largo tiempo de angustias y contratiempos y tuvo que someterse a un juicio para que finalmente le fuera reconocido su derecho, todo lo cual no condice con la expectativa generada por el prestigio de la marca que las mismas demandadas para sí predicaban.

En tales condiciones, es mi conclusión que debe reconocerse a la actora el derecho a cobrar la suma —fijada por ella en la demanda— de \$80.000 por tal concepto.

8. Finalmente, y en lo que respecta al daño punitivo, encuentro que las conductas de las demandadas que he descripto a lo largo de esta ponencia revelan un abuso que no puede ser convalidado y que, por ende, debe ser castigado mediante el reconocimiento del rubro que trato.

Admito que, para la procedencia de este rubro, no basta con que el proveedor haya incumplido con las obligaciones a su cargo, sino que es necesario probar la concurrencia de una grave inconducta suya.

No obstante, aún apreciada su procedencia con el aludido carácter restrictivo, las aludidas conductas de las demandadas —entre las que incluyo el haber defraudado las legítimas expectativas de quien había comprado un auto 0 km en las condiciones más arriba referidas— presenta los caracteres que tornan procedente la multa en cuestión.

Tengo en consideración, además, que el llamado daño punitivo debe servir también para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario y el largo, tedioso y riesgoso camino que este habrá de verse obligado a seguir para, finalmente, tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho, lo cual ha ocurrido en autos.

Por estos fundamentos, he de proponer a mi distinguido colega hacer lugar al rubro que trato y, en consecuencia, reconocer a la demandante el derecho a cobrar la suma de \$70.000 que solicitó en concepto de daño punitivo, sobre la cual deberán computarse los intereses del mismo modo más arriba aludido.

Así lo juzgo teniendo en consideración que, además de lo dicho, de ese modo se aumentará el importe que la afectada habrá de percibir, lo cual es pertinente si se atiende a que el que ha de serle reembolsado por lo principal, ha quedado desajustado si se lo compara con el valor actual del referido automóvil.

#### IV. La conclusión

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, condenar a Drago Beretta y Cía. SACIFEI y a Peugeot Citroën Argentina SA a pagar a Analía Mariana Allemandi dentro de los diez días la suma que resulte de aplicar las pautas precedentes. Costas de ambas instancias a las demandadas por haber resultado vencidas (art. 68 del Código Procesal).

Por análogas razones, el Señor Juez de Cámara, doctor *Eduardo R. Machín*, adhiere al voto anterior.

#### *Y vistos:*

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve: revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, condenar a Drago Beretta y Cía. SACIFEI y a Peugeot Citroën Argentina SA a pagar a Analía Mariana Allemandi dentro de los diez días la suma que resulte de aplicar las pautas precedentes. Costas de ambas instancias a las demandadas por haber resultado vencidas (art. 68 del Código Procesal). Notifíquese por Secretaría. Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/2013, del 21/05/2013. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía N° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Julia Villanueva*. — *Eduardo R. Machín*.

## DESPIDO DISCRIMINATORIO

**Extinción fundada en el tratamiento de fertilización asistida. Daño moral. Responsabilidad solidaria. Jornada de trabajo. Pausa de una hora para almorzar. Tiempo en beneficio propio.**

1. — Las constancias reunidas en la causa permitieron inferir que la trabajadora ha sido víctima de una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedirla, justificando así el apartamiento del régimen general en materia de indemnizaciones por despido y, va de suyo, el pago de un resarcimiento adicional. Los testigos fueron contestes en señalar que todos en la concesionaria sabían que la accionante estaba realizando un tratamiento para quedar embarazada y que la actora fue despedida justo el día que había ido a insertarse los óvulos; extremo este que se ha visto respaldado por otras pruebas producidas en autos.
2. — Corresponde aplicar las previsiones del art. 30 de la LCT, dado que las tareas que fueron tercerizadas por la codemandada aparecían como necesarias e inescindibles de su actividad principal, normal y específica, en tanto hacían posible lograr la finalidad de la empresa, ya sea que respondieran a la actividad del núcleo empresario como al cumplimiento de los trabajos que coadyuvaran a alcanzar ese objetivo. En la especie, del propio responde de la concesionaria se extrae que su objeto es la venta de los vehículos fabricados por aquella —máxime cuando no vendía autos de otras marcas—, mientras que el de la referida terminal automotriz, como se dijo, la fabricación de los automóviles que, luego, son comercializados a través de las concesionarias.
3. — Surge de las constancias de la causa que los trabajadores —incluida la actora, va de suyo— contaban con una pausa de una hora por día que destinaban a almorzar, de lo cual se sigue que podían disponer de su tiempo en beneficio propio, pues no hay prueba que lleve a concluir que durante ese lapso la actora seguía a

disposición de la empleadora y, por ende, no cabía computarlo como parte de la jornada.

4. — El art. 197, LCT define a la jornada de trabajo como el lapso en que el trabajador está a disposición del empleador y durante el cual no puede disponer de su tiempo en beneficio propio.
5. — No puede establecerse en forma general y dogmática si una determinada pausa integra la jornada, pues lo que va a resultar esencial es determinar si efectivamente ese lapso pudo ser utilizado por el trabajador en beneficio propio o si de algún modo el dependiente continuó a disposición del empleador y por cuánto tiempo. Ello, por lo que si se acredita que durante la pausa otorgada el dependiente quedó sujeto al cumplimiento de su débito laboral, aun cuando efectivamente no hubiese tenido que realizar tarea alguna, pues no se produjo ningún hecho en ese lapso, cabe considerar que dicho período integra la jornada.

## **i** CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

### **El hecho dañoso:**

Despido discriminatorio.

### **Referencias de la víctima:**

Sexo: Femenino.

Observaciones: La trabajadora se realizaba TRHA.

### **Componentes del daño:**

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$220.000.

**CNTrab., sala IV, 30/04/2021. - V., M. A. c. Mundo Car SA y otros s/ despido.**

[Cita on line: [TRLALEYAR/JUR/13291/2021](#)]

## **i** COSTAS

Se imponen a las demandadas.

Causa N° 19.827/2018

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, abril 30 de 2021.

La doctora *Pinto Varela* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia (fs. 418/421 vta.) se alzan la parte actora (mediante la presentación digital del 21/05/2020) y la demandada Mundo Car SA (a través del escrito presentado en forma electrónica el 07/08/2020), respectivamente replicados por sus contrarias.

II. Liminarmente, cabe señalar que llega sin cuestionar a esta Alzada la condena a abonar las indemnizaciones legales derivadas del despido decidido por Mundo Car SA (arts. 232, 233 y 245 LCT), la sanción prevista en el art. 2° de la ley 25.323 y los rubros integrativos de la liquidación final.

III. Hecha esta aclaración, por razones de orden estrictamente metodológico trataré, en primer lugar, la queja vertida por Mundo Car SA.

Al respecto, señalo que, conforme dispone el art. 106 de la LO, serán inapelables todas las sentencias y resoluciones cuando el valor que se intenta cuestionar en la Alzada no exceda el equivalente a 300 veces el importe de derecho fijo previsto en el art. 51 de la ley 23.187.

En el caso de marras, la accionada cuestiona únicamente que se haya admitido la sanción prevista en el art. 45 de la ley 25.345. Sin embargo, el monto diferido a condena en grado —de \$53.055 (cfr. fs. 420 vta.), y sin que resulten computables los intereses al momento de establecer el valor del litigio ante la Alzada—, no excede el umbral mínimo de apelabilidad vigente al tiempo en que se concediera el recurso (11/08/2020, conforme lo actuado en el sistema LEX 100), que era de \$81.000 (cfr. Acta de la Asamblea de Delegados del CPACF N° 141 —del 12/11/2019—).

Dado que no se verifica en autos ninguna de las excepciones previstas en el art. 108 de la LO —norma que ni siquiera se ha invocado—, no cabe otra alternativa que declarar mal concedido el recurso interpuesto electrónicamente con fecha 07/08/2020 por la demandada, lo que así dejo propuesto.

IV. Sentado lo expuesto, me abocaré ahora a tratar las quejas vertidas por la parte actora, comenzando por aquella dirigida a cuestionar el rechazo de su reclamo por incorrecta categorización, cumplimiento de labores en horas extras y pago de parte de su salario de modo clandestino (v. 3° agravio). Finca su disenso, básicamente, en la valoración que se hiciera en grado de la prueba testimonial rendida en la causa.

Sin embargo, considero que no le asiste razón en ello.

En cuanto a la jornada cumplida, lo cierto es que la apelante se limita a señalar lo que habrían dicho los testigos C. (fs. 304/305), P. (fs. 308/310) y C. (fs. 361/362) y a sostener que en el fallo no se explicó cuál sería la conclusión a la que se arribó. Sin embargo, no solo observo que omite hacerse cargo de los argumentos que se esgrimieron en el fallo anterior para desecharse estos relatos, sino que ni siquiera critica la valoración que se hizo en origen de los dichos de S. (fs. 365) y S. (fs. 366/367) en el sentido de que con ellos se demostró que había una pausa para almorzar —tal como puntualizó la empleadora en su responde (v. fs. 115 vta. párrafo 2°)—, concluyendo así —aun sin cierta claridad— en la ausencia de realización de horas extras (cfr. art. 116 LO).

Lógico corolario de lo antedicho es que comparto el criterio seguido en grado y opino, también, que las personas que comparecieron a declarar a propuesta de Mundo Car SA —supra individualizadas— fueron hábiles para acreditar la extensión de la jornada en los términos que se señalaron en la contestación de demanda, es decir, que los trabajadores —entre ellos, claro está, la Sra. V.— contaban con una pausa en la jornada; al punto no es ocioso señalar no solo que la judicante anterior destacó que este extremo aparecía mencionado incluso por el testigo P. en su propia demanda —sin perjuicio de que este silenció tal dato al momento de declarar—, a lo cual añado que C. afirmó que la veía a la actora “en el almuerzo” (v. fs. 362), lo que resulta a todas luces el reconocimiento de que había una pausa para dicho fin.

En ese orden de saber, y a fin de darle una adecuada explicación a la recurrente, es útil recordar que el art. 197 LCT define a la jornada de trabajo

como el lapso en que el trabajador está a disposición del empleador, y durante el cual no pueda disponer de su tiempo en beneficio propio.

Al respecto, he sostenido que no puede establecerse en forma general y dogmática si una determinada pausa íntegra o no la jornada pues lo que va a resultar esencial es determinar si efectivamente ese lapso pudo ser utilizado por el trabajador en beneficio propio o si de algún modo el dependiente continuó a disposición del empleador y cuán extenso ha sido ese lapso. Ello pues, si se acredita que durante la pausa otorgada el dependiente queda sujeto al cumplimiento de su débito laboral, aun cuando efectivamente no hubiese tenido que realizar tarea alguna pues no se produjo ningún hecho en ese lapso, cabe considerar que dicho período íntegra la jornada (en Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, dirigido por Miguel A. Maza, T. III, p. 65 y ss., Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2012; esta Sala, SD N° 103.274 del 29/09/2017, *in re* “Rodríguez, Carina S. c. Rodríguez Busso, Darío N. s/ despido”).

Empero, como señala Piroló, “...si se prueba que durante el lapso destinado al almuerzo o merienda, no obstante que se otorga dentro del establecimiento, el trabajador no está sujeto a orden alguna, se puede afirmar que dicho lapso no integra la jornada...” (en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dirigido por Mario E. Ackerman, T. III, p. 618, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005).

Desde esta perspectiva, insisto, surge de las constancias de la causa que los trabajadores —incluida la actora, va de suyo— contaban con una pausa de una hora por día que destinaban a almorzar, de lo cual se sigue que podían disponer de su tiempo en beneficio propio pues no hay prueba que me lleve a concluir que durante ese lapso V. seguía a disposición de la empleadora y, por ende, no cabía computarlo como parte de la jornada (en sentido análogo, esta Sala *in re* “Castillo, Walter A. c. CLP SRL s/ despido”, SD N° 97.513 del 29/11/2013, y “Muñoz, Roberto C. c. Chocolate Colonial SA y otro s/ despido”, SD N° 101.664 del 29/11/2016), lo cual sella la suerte adversa del planteo.

En relación con la categoría, no solo no encuentro una explicación en el relato inicial

acerca de por qué las tareas que dijo cumplir correspondían en realidad al puesto de “Administrativo Calificado” ni, mucho menos, cuál era la diferencia entre las que tenía como “Administrativa Auxiliar”, sino que, además, la prueba rendida tampoco resultó hábil a los fines de acreditar este extremo.

Repárese en que, pese a la insistencia de la recurrente, el relato de Cabero no podía ser tenido en consideración a los fines pretendidos pues él mismo afirmó que la última vez que vio a la actora fue en el año 2010 (v. fs. 304) y, como se señaló en grado —sin que fuera objeto de cuestionamiento alguno—, correspondía acotar las consideraciones sobre la modalidad de desempeño, jornada o forma de pago al segundo de los períodos laborados por V., esto es, entre noviembre de 2016 y octubre de 2017 (v. fs. 419, párrafo 3°).

Por lo demás, de los dichos de P. (fs. 304/305) y C. (fs. 361/362) nada puede extraerse a los fines pretendidos, pues simplemente se limitaron a señalar que V. hacía tareas administrativas y que hacía los pagos, pero en sí nada aportaron para dilucidar la cuestión pues tan genéricas afirmaciones no permiten establecer con meridiana claridad a qué categoría administrativa corresponderían tales funciones.

Y no puedo dejar de señalar que la postura asumida por la actora en su apelación no se condice con la mantenida en etapas anteriores del proceso. Digo ello pues pretende ahora valerse de las declaraciones de los testigos que comparecieron a instancias de la demandada (en particular, de V. —fs. 363/364— y S. —fs. 366/367—) —que, a todo evento, tampoco echaron luz sobre el punto discutido— cuando, muy por el contrario, en la etapa procesal oportuna los impugnó, destacando la existencia de falsedades en sus relatos, a los fines de que no sean tenidos en cuenta al momento de fallar; tan es así que la judicante anterior puntualmente le restó relevancia al relato de la primera de las nombradas “por las fundadas razones por las que es impugnada por la parte actora” (v. fs. 419, párrafo 5°).

Y en cuanto al último de los tópicos invocados —es decir, la existencia de pagos clandestinos—, contrariamente a lo que se sostiene en el memorial, sí se han analizado los relatos de las

personas que comparecieron a propuesta de la trabajadora y, a mi juicio, han sido soslayados correctamente pues, aun pese a la insistencia de la apelante, la declaración de C. —como señalé párrafos antes—, no podía ser tenida en cuenta a ningún fin; pero, además, tanto P. como C. aludieron a la actora realizando los supuestos pagos clandestinos a los demás empleados, aunque ellos mismos afirmaron no saber qué ocurría en el caso de V., de modo que resultaron inconducentes a los fines perseguidos.

A mayor abundamiento, destaco —como se hizo en grado— que al ser interrogado el testigo P. respecto de las generales de la ley, respondió no estar comprendido en ninguna de ellas. Lo manifestado se contradice con los datos denunciados por la demandada en el escrito de impugnación obrante a fs. 326/329 de donde surgiría la existencia de un juicio pendiente del mencionado testigo contra Mundo Car SA (v. documentación de fs. 318/325), lo cual me lleva a considerar que sus dichos no lucen suficientemente objetivos. Por lo tanto, analizadas ambas declaraciones a la luz de la regla de la sana crítica (conf. arts. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 *in fine* LO), entiendo que corresponde restarles valor convictivo.

Llegado este punto, advierto que la parte actora insiste en que de los mails intercambiados con la demandada surgiría la existencia de los mentados pagos “en negro”; y, asimismo, actualiza el recurso concedido a fs. 380 en los términos del art. 110 LO (v. pto. IV del memorial de agravios), y solicita que se produzca en esta Alzada la prueba pericial informática de la que habría sido privada (v. inc. 1). Sin embargo, considero que no corresponde receptorlo.

Hago esta afirmación pues, aun cuando en el mejor de los escenarios posibles tal probanza arrojara como resultado que, como afirma la quejosa, el intercambio de mails existió, comparto el criterio adoptado en grado y opino, también, que la documentación obrante a fs. 56/58 solo alude a diferencias de sueldos que la actora tenía que abonar —o eventualmente percibir—, dato por demás insuficiente para considerarlo como demostrativo de la existencia de una modalidad de pago clandestino, lo que sella la suerte negativa de su planteo.

Por las razones expuestas, sugiero, en definitiva, confirmar el fallo anterior en estos aspectos que han sido materia de recursos y agravios.

V. Habida cuenta que el agravio de la accionante referido al rechazo de la extensión de responsabilidad a la persona física codemandada ha sido planteado de modo asociado a la suerte de los aspectos anteriormente debatidos —en particular, en relación con los pagos clandestinos denunciados (cfr. 5° agravio del memorial recursivo)—, frente al resultado que dejo propuesto, deviene abstracto su tratamiento.

VI. Zanjadas estas cuestiones, la actora se alza, también, contra el tramo del fallo de grado que rechazó el carácter discriminatorio del despido dispuesto por Mundo Car SA y, en consecuencia, el reclamo indemnizatorio. Sostiene, en lo sustancial, que el despido dispuesto por la accionada encubrió, en realidad, una causa discriminatoria fundada en el tratamiento de fertilización asistida que estaba realizando.

Adelanto desde ya que, en función de los términos en que quedó trabada la litis y los elementos aportados al pleito, discrepo con la solución propiciada por la Magistrado anterior pues, desde mi óptica, hay en la causa indicios suficientes de la alegada motivación discriminatoria que habría llevado a Mundo Car SA a extinguir el vínculo.

Tal como lo he sostenido en otras oportunidades, incluso como Juez de 1ª Instancia (en autos “Areco, Maximiliano c. Praxair SA s/ juicio sumarisimo”, SD N° 10.991 del 23/06/2006, del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 37), no cabe duda que resulta aplicable la ley 23.592 a las relaciones laborales; norma que no solo se encuentra avalada ya por la Constitución Nacional de 1853 por los arts. 14 y 16, luego por el art. 14 bis CN y además hoy día, a partir de la reforma constitucional de 1994 —art. 75 inc. 22—, encuentra sustento en normas internacionales que garantizan el principio de igualdad: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; el Pacto Internacional de Derechos Civi-

les y Políticos; la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; asimismo, la discriminación arbitraria está expresamente vedada por los Convenios N° 87, 98, 111 y 190 —recientemente ratificado por el país— de la OIT, y por la Declaración Sociolaboral del Mercosur; y la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2010 de Protección Integral a las Mujeres, normativa que tiende a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los cuales desarrollen sus relaciones interpersonales —entre los que, claramente, se encuentra el ámbito laboral—.

A ello se suman los pronunciamientos del Alto Tribunal en esta materia en las causas “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cenconsud SA s/ acción de amparo” —del 07/12/2010— y “Pellicori, Liliana S. c. Colegio Público de Abogados” —del 15/11/2011—, ratificados recientemente en autos “Varela, José G. c. Disco SA s/ amparo sindical” —del 04/09/2018—.

En “Pellicori” se sostuvo que, de conformidad con la normativa internacional ratificada por nuestro país y lo dispuesto por los órganos de aplicación, ante los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas de discriminación y la exigencia de protección efectiva que cabe otorgar en tales casos “resulta suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación...”, todo ello examinado a la luz de la “sana crítica”. Aunque aclara el Tribunal que lo expresado no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, en ese supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

Sentado lo expuesto, y en orden a dichas pautas, debo decir que las constancias reunidas en la causa permitieron inferir que V. ha sido víctima de una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedirla, justificando así el apartamiento del régimen general en materia de indemnizaciones por despido y, va de suyo, el pago de un resarcimiento adicional a estas.

Digo ello pues, sin perjuicio de las consideraciones que he efectuado supra en relación con los testigos P. (fs. 308/310) y C. (fs. 361/362) —en particular, del primero de los nombrados—, lo cierto es que ambos fueron contestes en señalar que todos en la concesionaria —ellos inclusive, claro está— sabían que la accionante estaba realizando un tratamiento para quedar embarazada, y que la actora fue despedida justo el día que había ido a insertarse los óvulos; extremo este que, desde mi óptica, se ha visto respaldado por otras pruebas producidas en autos.

En efecto, los certificados médicos fechados el 15, 19 y 28 de septiembre de 2017 (v. fs. 51/53) que refieren que V. concurrió a una consulta, provienen de un centro médico, como así también el médico firmante, especializado en “medicina reproductiva”, lo que fácilmente permitía colegir la realización de un tratamiento como el invocado; y, además, los certificados del 3 y 5 de octubre de ese año —que también fueron expedidos por un centro médico especializado en reproducción— puntualmente dieron cuenta de un procedimiento ginecológico como es la implantación de los óvulos fecundados (v. fs. 49/50). Y, en el punto, es útil destacar que los profesionales que llevaban adelante el tratamiento de la demandante reconocieron la autenticidad de dichos instrumentos (v. fs. 359 y 360).

Agrego a ello que, tal como sostuvo la sentenciante de grado —a fs. 418, último párrafo—, se ha tenido por tácitamente reconocido el intercambio de mails del día 04/10/2017 (v. fs. 54/55), del cual se extrae que V. comunicaba a la accionada la realización de una intervención en quirófano con anestesia en día 3 de ese mes, avisando asimismo que al día siguiente tendría que concurrir nuevamente al médico —aspectos que se corroboraron con los certificados de los días 3 y 5 de octubre, supra referenciados—.

Y en el punto no es ocioso señalar que la respuesta del personal de la accionada deseándole “que todo salga perfecto” y “mucho *merde*” hacía por lo menos presumir el tipo y la importancia de la intervención que se llevaría a cabo; máxime cuando, como señalaron los ya mencionados testigos P. y C., “todos” sabían acerca del tratamiento a la que estaba siendo sometida la accionante.

Y lo que termina de formar mi convicción en el punto, es que en la misiva rupturista la demandada simplemente se limitó a señalar que prescindía de los servicios de la actora (v. fs. 60), pero nada dijo allí, ni tampoco en las comunicaciones posteriores, acerca de una hipotética causal para disponer su despido (v. piezas postales de fs. 63 y 65). Por el contrario, fue recién al momento de contestar la demanda que se agitó que ello obedeció a “...reducir personal a fin de optimizar su funcionamiento en el área administrativa donde la accionante era quien menos antigüedad tenía...” (cfr. fs. 116, párrafo 4°), pero no hubo pruebas en la causa que me permitan sostener que, efectivamente, existió una “reestructuración” del sector donde se desempeñaba V. —nótese que los testigos S. (fs. 365) y S. (fs. 366/367) directamente dijeron desconocer los motivos por los cuales dejó de trabajar aquella—; antes bien, la testigo V. —ofrecida por la propia demandada, y no obstante las consideraciones sobre su valor probatorio que se efectuaron en el fallo anterior (v. fs. 419, párrafo 5°)— puntualmente afirmó que “..de administración solo fue despedida la actora...” (fs. 363/364), echando por tierra la tardía tesis esgrimida (v., en sentido similar, esta Sala *in re* “Sciammarella, Ana M. c. Fundación Sanidad Naval Argentina s/ despido”, SD N° 105.581 del 28/02/2019).

En suma, por lo dicho, quedó evidenciado que la accionante estuvo realizándose tratamientos médicos especialmente dirigidos a lograr un embarazo por lo menos desde mediados de septiembre de 2017, y finalmente el 5/10 de ese año fue despedida en forma directa y sin invocación de causa por su empleadora, quien estaba en conocimiento de tal circunstancia, de lo que surge a las claras una arbitraria discrecionalidad al desvincular a la accionante justo el día en que debía someterse al procedimiento de implantación de óvulos.

Al respecto, en una causa de aristas sustancialmente análogas a la presente, se ha sostenido que “...Corresponde hacer lugar al reclamo por despido discriminatorio, incluyendo en la condena la reparación por daño moral, efectuado por la trabajadora cuyo despido tuvo lugar luego de llevada a cabo la fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno, mientras se encontraba de licencia por tal motivo, por estar en juego una cuestión de género. Si bien es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden realizarse tratamientos médicos que requieren de licencia, lo cierto es que las intervenciones producto de los tratamientos de reproducción asistida solo afectan directamente a las mujeres. Se encuentra en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la tutela de la mujer frente a conductas discriminatorias por cuestiones de género, de conformidad con lo previsto en los arts. 16 y 75 inc. 22 de la CN y fundamentalmente de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y las leyes 26.485 y 23.592...” (v., al respecto, SD N° 64.036 del 31/05/2012 en autos “V., G. M. I. c. Grupo Concesionario del Oeste SA s/ despido”, del registro de la Sala VI de esta Excma. Cámara).

En ese sentido, y a la luz de lo expuesto por el Alto Tribunal en las causas supra referidas, encuentro cumplidos los presupuestos fácticos que justificaron enmarcar el despido dispuesto por Mundo Car SA como “discriminatorio”, lo que generó un daño extracontractual que excede el despido y que torna ajustada a derecho la procedencia de una indemnización por daño moral, por lo que propiciaré modificar lo decidido en grado al respecto.

A efectos de fijar el alcance de esta condena, es útil puntualizar que la indemnización vinculada al daño moral tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida de las personas y que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros sentimientos (cfr. Llambías, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T. 4). Para su determinación, deben tenerse en cuenta las particulares características del caso, es decir, las vicisitudes por las que debió transitar la accio-

nante a partir del comportamiento desplegado por su empleadora.

Sabido es que la evaluación del perjuicio moral es una tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. El dinero no cumple una función valorativa exacta, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia. La dificultad en calcular los sufrimientos no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar el daño dentro de lo humanamente posible teniendo en cuenta las angustias, miedos, padecimientos y tristezas propios de la situación vivida. Lo expuesto permite colegir válidamente que, con motivo de la medida adoptada intempestivamente por su empleadora, la Sra. V. sufrió molestias e inconvenientes en su vida, que integran el capítulo de los daños extrapatrimoniales.

En consecuencia, frente a la ya referida conducta discriminatoria adoptada por la accionada, acreditadas en autos, el dolor moral aparece como un corolario normal y típico en la víctima de tales comportamientos, por lo cual considero que la suma de \$220.000 luce adecuada para compensar el plano moral del daño, lo que así dejo sugerido.

A esta altura del análisis, adelanto que no será receptado el planteo efectuado por la parte actora en el punto IV.2 de su memorial —referido a la petición de producción de prueba pericial psicológica—.

Arriba a esta conclusión pues, sin soslayar las distintas normas destinadas a proteger a la mujer trabajadora —supra referenciadas—, lo cierto es que, en el concreto caso de autos, la decisión extintiva fue sancionada a través de la indemnización tarifada (art. 245 LCT, que llega firme a esta instancia), a la cual he adicionado, conforme señalara anteriormente, la indemnización por daño moral; y tal como se extrae del escrito inicial, este reclamo no solo estaba puntualmente destinado a reparar el mismo presupuesto de hecho por el cual se solicitó, además, el resarcimiento previsto en el art. 1° de la ya mentada ley 23.592, sino que, lo que termina de sellar la suerte negativa de la pretensión, es que en ningún tramo del escrito inicial se invocó ha-

ber sufrido algún perjuicio adicional en relación con el tratamiento de fertilidad, ni adujo haber estado bajo tratamiento psicológico con posterioridad a la extinción del vínculo —mucho menos acompañó documentación emanada de algún profesional en la materia que permitiera siquiera colegir tal aspecto—, sino que directamente invocó un padecimiento psíquico como consecuencia del despido discriminatorio del cual fue víctima que, reitero, ya ha sido materia de adecuada reparación.

En consecuencia, tal petición deviene inatendible, lo que me conduce a desestimar este aspecto del reclamo.

VIII. Por lo expuesto hasta aquí, de aceptarse mi propuesta corresponderá elevar el monto de condena a la suma de \$421.119.-, esto es, tomando en cuenta la modificación que impulsé en el Considerando que antecede, cifra que llevará los intereses fijados en la sede de grado que arriban sin cuestionar a esta Alzada.

IX. Se agravia también la actora del rechazo de la extensión de responsabilidad a la codemandada General Motors de Argentina SRL (en adelante “GM”) con fundamento en el art. 30 LCT.

Adelanto que, a mi juicio, debería modificarse lo resuelto en grado.

No es un hecho discutido la existencia de una relación comercial mantenida entre dicha terminal automotriz y Mundo Car SA que, según se dijo, se materializó a través de un contrato de concesión (v. fs. 175) —aunque dicho instrumento en ningún momento fue agregado a la causa—.

Ahora bien, GM sostuvo en su responde que las actividades de una y otra se hallan claramente diferenciadas, y que no hubo intervención alguna de su parte en el desempeño comercial de la concesionaria, quien era libre de vender las unidades al precio que considerase, y que resultaba ajeno a las operaciones que realiza el concesionario en nombre y por cuenta propia (v., al respecto, fs. 159 vta./164, pto. VI); del mismo modo, Mundo Car SA adujo que la responsabilidad de GM se circunscribe a la venta de los automotores al concesionario, la entrega de la

unidad y de los respectivos certificados de importación o fabricación (v. fs. 122 *in fine*).

Sin embargo, los argumentos así desarrollados no encuentran sustento en las constancias de la causa.

Digo ello pues —como dije— no se acompañó a la causa ningún instrumento donde constaran los términos y condiciones impuestos por GM que obligatoriamente debían cumplir los concesionarios oficiales durante la vinculación; de hecho, tampoco se produjo prueba alguna tendiente a dilucidar tal cuestión, desde que no se produjo la prueba pericial contable y ello no ha motivado objeción alguna de parte de las demandadas, lo cual también obstó a conocer cómo estaba estipulado lo referido a las ventas de vehículos, su facturación o bien cómo eran determinados los precios de los automóviles que ofrecía la referida concesionaria.

Sentado lo expuesto, y tal como señalé al votar en una causa donde se discutían aspectos sustancialmente análogos al presente (v., al respecto, “Ladich, Mirko E. c. Guido Guidi SA y otros/ despido”, SD N° 101.969 del 20/02/2017, del protocolo de este Tribunal), correspondía en el caso aplicar las previsiones del art. 30 de la LCT, dado que las tareas que fueron tercerizadas por la codemandada GM aparecían como necesarias e inescindibles de su actividad principal, normal y específica, en tanto hacían posible lograr la finalidad de la empresa, ya sea que respondieran a la actividad del núcleo empresario como al cumplimiento de los trabajos que coadyuvaran a alcanzar ese objetivo.

En la especie, del propio responde de Mundo Car SA se extrae que su objeto es la venta de los vehículos fabricados por GM —máxime cuando no vendía autos de otras marcas—, mientras que el de la referida terminal automotriz, como se dijo, la fabricación de los automóviles que, luego, son comercializados a través de las concesionarias.

Desde este punto de vista, es a todas luces evidente que los procesos empresariales de GM y Mundo Car SA estaban absoluta e inescindiblemente ligados y perseguían un mismo objeto: poner en el mercado los productos elaborados por la primera, y que ambas empresas depen-

dían mutuamente una de la otra ya que en este caso el interés de la primera no pasa solamente por fabricar automóviles sino por lograr la mayor venta posible en un mercado altamente competitivo, mientras que la concesionaria accionada no podía realizar esas ventas si no tenía un arreglo comercial con aquella. Al respecto no es ocioso señalar que la actividad de una empresa no puede agotarse en la elaboración del producto, sino que incluye los procesos indispensables para poder ser puesto a la venta, pues de lo contrario no llegaría a lograrse el lucro de la explotación.

Desde esta perspectiva, era deber de GM ejercer —conforme art. 17 de la ley 25.013 que modificó el art. 30 LCT— la obligación de control del cumplimiento de la normativa laboral y exigir la documentación allí prevista. Sin embargo, no solo no hubo prueba en la causa en tal sentido, sino que de los propios términos del responde de dicha coaccionada se desprende, sin hesitación, que se ha desligado absolutamente de su obligación de control y que no tenía ningún conocimiento de los pormenores que rodearon la relación laboral de Mundo Car SA con sus empleados —entre ellos, va de suyo, la Sra. V.—. Así las cosas, y en la medida que el párrafo final de la norma bajo examen extiende la responsabilidad del principal por las obligaciones emergentes de la relación laboral, incluyendo su extinción, basta que se acredite el incumplimiento —como, en el *sub examine*, se dio ante la falta de pago de las indemnizaciones por despido y de la liquidación final, aspectos que, como quedara dicho, arriban sin cuestionar a esta Alzada— para que se torne operativa la solidaridad de dicha codemandada (ver, en igual sentido, “Lastra Zanone, Mariana N. c. Citytech SA y otro s/ despido”, SD N° 96.553 del 14/09/2012, entre muchos otros).

Destaco además que, al fundar mi voto en autos “Beloqui, Sergio c. San Andrés Golf Club SA y otro s/ despido” (SD N° 95.530 del 28/06/2011, del registro de esta Sala, donde mantuve el criterio asentado desde mi labor al frente del Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo N° 37), sostuve que “...Al respecto, sabido es que, luego de la reforma de la ley 21.297, la responsabilidad del contratista se supedita a los supuestos en que los que produzcan cesiones o contrataciones de trabajos o servicios correspondientes a la

actividad normal y específica propia del establecimiento, supone contratos de empresa a empresa. Por ello, la regla de solidaridad pasiva prevista en esta norma no responde a un instrumento antifraude, sino a la consagración de una sanción contra el empresario que omite ejercer el control sobre el cumplimiento de ciertas obligaciones formales de sus contratistas, subcontratistas o cesionarios (más aún a partir de la ley 25.013)...”, y que “...el proceso productivo puede segmentarse, esto es, transferir la realización de una tramo del ciclo productivo a un tercero, y por aplicación del art. 30 LCT, la empresa que ejerce esta facultad va a tener que responder solidariamente por las obligaciones incumplidas por el contratado o subcontratado respecto de sus trabajadores (...) en caso de que hubiera transferido la realización de tareas que hagan a la actividad normal, específica y propia del establecimiento...”

En la especie, como anticipé, las tareas realizadas por la actora constituyeron una actividad inescindible de la principal, pues integraban el servicio ofrecido o esperado según las expectativas del mercado, siendo necesaria para la ulterior comercialización de los vehículos fabricados y ofrecidos por la codemandada GM (ver, al respecto, “Análisis de criterios de decisión judicial. El art. 30 de la LCT”, dirig. por Ricardo Guibourg).

En suma, por todo lo expuesto, sugiero receptor la queja formal de la parte actora y condenar solidariamente a la codemandada GM en los términos del art. 30 LCT al pago del monto de condena más intereses establecido en el presente fallo. Ello así pues una vez determinada la procedencia de las indemnizaciones y sanciones derivadas de la extinción del vínculo laboral, no corresponde exonerar a los responsables solidarios de las consecuencias derivadas de los incumplimientos de las obligaciones por parte de la empleadora, pues estos deben responder por todas las obligaciones nacidas de los contratos de trabajo, incluidas las multas y sanciones derivadas de los incumplimientos de los deberes de la principal y en tanto no posean una característica personal (en igual sentido, esta Sala en autos “Cantero, Julia c. Havanna SA y otros s/ despido”, SD N° 106.436 del 18/09/2019, entre muchas otras; también, Sala II, SD N° 100.426, del 25/04/2012, *in re* “Mustazza, Alejandro G. c. Benefits SA y otros s/ despido”).

X. Conforme lo dispuesto en el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponderá dejar sin efecto lo decidido en la instancia previa en torno de las costas y regulaciones de honorarios y proceder a su determinación en forma originaria, lo que torna abstractos los planteos hechos al respecto (v. agravios 6° y 7° de la parte actora).

Así, en orden al resultado que he propiciado, entiendo que las costas de ambas instancias deberán imponerse solidariamente a cargo de las codemandadas Mundo Car SA y GM, vencidas en lo principal, toda vez que no encuentro motivos para apartarme del criterio general que rige en la materia (cfr. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), a excepción de las generadas por el rechazo que auspicio de la acción entablada contra el codemandado Jorge Ernesto Las, que sugiero mantenerlas por el orden causado, en tanto la accionante pudo creerse con derecho a reclamar del modo que lo hizo (cfr. art. 68 parte 2ª del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En el punto cabe destacar que, aun cuando no soslayo la existencia de vencimientos mutuos y parciales, no puedo perder de vista que las firmas accionadas han sido vencidas en cuestiones sustanciales de la contienda —como resultan la indemnización por antigüedad y por daño moral, preaviso omitido, integración del mes de despido, multas legales y rubros integrativos de la liquidación final—, como también teniendo presente que en este tema (costas) no es forzoso en todos los casos atenerse a un criterio exclusivamente aritmético, lo cual así he venido resolviendo en consonancia con los criterios mayoritarios imperantes en la jurisprudencia de esta Cámara que integro.

Conforme la extensión y calidad de las tareas realizadas, el valor económico del litigio y los mínimos arancelarios vigentes, sugiero regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de los codemandados Mundo Car SA y Jorge Ernesto Las en conjunto, y de la codemandada GM, por sus actuaciones en primera instancia y ante el SECCO, en el 23%, 21% y 23%, respectivamente, del monto total de condena —capital más intereses— (cfr. arts. 38 LO, 6, 7, 9, 19, 37 y 39 de la ley 21.839, ley 24.432 y ley 27.423).

Por último, he de fijar los honorarios de los letrados de las partes, por sus labores en este tramo recursivo, en el 30% de lo que cada uno deba percibir por las tareas de la anterior instancia, en orden a la importancia y extensión de los trabajos efectuados (arts. 38 LO y 30 de la ley 27.423).

Déjase constancia —para el caso de corresponder— que las proporciones expresadas no incluyen el Impuesto al Valor Agregado.

XI. En consecuencia, de compartirse mi voto, corresponderá: 1) Declarar mal concedido el recurso interpuesto por la demandada Mundo Car SA con fecha 07/08/2020; 2) Modificar parcialmente la sentencia apelada y elevar el monto de condena a la suma de pesos cuatrocientos veintiún mil ciento diecinueve (\$421.119.-), cifra que llevará los intereses fijados en la sede de grado; 3) Extender la condena dineraria dispuesta en el presente fallo en forma solidaria a la codemandada General Motors de Argentina SRL; 4) Confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido materia de recursos y agravios; 5) Imponer las costas y regular los honorarios de ambas instancias en la forma dispuesta en el Considerando X del presente pronunciamiento.

El doctor *Guisado* dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Declarar mal concedido el recurso interpuesto por la demandada Mundo Car SA con fecha 07/08/2020; 2) Modificar parcialmente la sentencia apelada y elevar el monto de condena a la suma de pesos cuatrocientos veintiún mil ciento diecinueve (\$421.119.-), cifra que llevará los intereses fijados en la sede de grado; 3) Extender la condena dineraria dispuesta en el presente fallo en forma solidaria a la codemandada General Motors de Argentina SRL; 4) Confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido materia de recursos y agravios; 5) Imponer las costas y regular los honorarios de ambas instancias en la forma dispuesta en el Considerando X del presente pronunciamiento. Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Héctor C. Guisado*. — *Silvia E. Pinto Varela*.

## FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

**Emplazamiento filial de dos niños como hijos de la peticionante. Proceso de reproducción asistida heteróloga. Consentimiento informado firmado únicamente por la demandada. Acreditación de la voluntad procreacional. Derecho a la identidad.**

1. — Corresponde hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños como hijos de la peticionante, pues en el caso se halla acreditada su voluntad procreacional. Es que resultan contestes los testimonios obrantes en cuanto al deseo de la pareja conformada por la peticionante y la demandada de ser progenitoras de los niños y ese deseo parental también surge de lo informado por los peritos del equipo técnico del juzgado.
2. — Corresponde hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños como hijos de la peticionante, a pesar de que el consentimiento informado para la práctica de tratamiento de reproducción asistida con donación de óvulos y semen haya sido firmado únicamente por la demandada, pues teniéndose acreditada la voluntad procreacional, aquel requisito puede ser suplido por la presente, máxime cuando no puede hacerse recaer sobre aquella un requisito que no era legalmente exigible al momento de iniciarse la práctica ni tampoco, y en especial, sobre los niños las consecuencias derivadas de ese hecho.
3. — En el caso de mantenerse el rechazo de la acción de filiación intentada se estaría afectando el derecho de los niños a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Cód. Civ. y Com. Extremo al que se debe agregar su derecho a conocer a quienes han ejercido la voluntad procrea-

cional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen de saber que han sido deseados por las peticionantes.

**CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 11/02/2021. - G. E. N. c. Q. S. G. M. s/ acciones de reclamación de filiación.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6657/2021]

Exp: LZ-3951-2017

**2ª Instancia.**- Lomas de Zamora, febrero 11 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia dictada? 2ª ¿Qué corresponde decidir?

1ª cuestión. — El doctor *Igoldi* dijo:

I. El señor Juez titular del Juzgado de Familia N° 9 departamental dictó sentencia a fs. 107/110 rechazando la demanda por filiación promovida por la Sra. E. N. G. contra la Sra. G. M. Q. S.

El pronunciamiento fue apelado a fs. 111 por la Asesoría de Incapaces N° 3 de este Departamento Judicial.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, con fecha 27 de mayo de 2020 expresó agravios la Sra. Asesora de Incapaces.

Con fecha 1 de Julio de 2020 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida.

II. De los agravios

La Titular de la Asesoría de Incapaces N° 3 Departamental —en representación de los niños B. Q. S. y G. Q. S.— se agravia de la sentencia dictada por considerar que no se ajusta a la realidad y al interés superior de sus representados.

Disiente con el resultado final al que arribara el sentenciante de grado, considerando que, si bien no se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre exigido por el ordenamiento legal vigente, la voluntad procreacional ha sido debidamente acreditada con la prueba producida en autos.

Alude que es la voluntad procreacional el elemento determinante de la filiación en los tratamientos de reproducción humana asistida.

Señala que de las constancias de autos se constata el interés, voluntad y participación activa de la accionante en la vida cotidiana de los niños inclusive en los pasos previos a su gestación, por lo que privarla de ejercer el rol parental atentaría contra el interés superior de sus representados.

Pone de relieve que cuestiones de esta índole encuentran especial sustento en el orden público familiar, ponderando el derecho a fundar una familia, a su reconocimiento y protección (art. 17 y 17.2 Convención de los Derechos Humanos, art. 14 CN).

### III. Antecedentes del caso

En su hora, se presentó la señora E. N. G. promoviendo demanda de filiación contra la señora G. M. Q., solicitando en consecuencia se reconociera su vínculo filiatorio con relación a los niños B. Q. S. y G. Q. S.

En sustancia, refirió que con la demandada establecieron una relación afectiva desde el año 2002, comenzando a convivir en aparente matrimonio a partir del año 2005. Sostuvo que luego de muchos años de convivencia decidieron tener hijos, comenzando a informarse respecto de las técnicas de reproducción humana asistida.

Indicó que tanto ella como su pareja acudieron al Instituto Médico H. a fin de concebir a sus hijos, afirmando que siempre asistieron a todas las reuniones informativas previas a iniciar el tratamiento, como así también a las consultas indicadas por los médicos intervinientes y que nunca le informaron pese a conocer su relación que tenía que firmar algún tipo de consentimiento.

Corrido el traslado de demanda, la Sra. G. M. Q. S. la contestó allanándose a la pretensión esgrimida por la accionante (ver fs. 27/28). La Asesoría de Incapaces dictaminó señalando que no resulta procedente el allanamiento formulado, en tanto la pretensión deducida se encuentra estrechamente vinculada con el orden público,

por lo que consideraba que debía continuar el trámite de las actuaciones según su estado. Adhirió y ofreció prueba (ver. 31).

Llevada a cabo la totalidad de la prueba ofrecida y celebrada la audiencia de vista de causa se dictó sentencia rechazando la acción iniciada, cuestión que viene recurrida ante esta Alzada (ver. fs. 102/103, fs. 107/109).

### IV. Cuestión preliminar

Es sabido que el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Cód. Civ. y Com. de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual entiendo necesario formular algunas precisiones acerca de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, y cuál de ellas, por consiguiente, será utilizada para resolver el conflicto objeto de autos.

Que, en esta tarea, el artículo 7 del ordenamiento vigente dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

En la especie, llega a este Tribunal de Alzada recurrida la sentencia que rechazara la filiación reclamada por la Sra. E. N. G., resultante de un proceso de fertilización asistida llevada a cabo —según sus dichos— en forma conjunta con la Sra. G. M. Q. S.

En lo que interesa para este punto, corresponde señalar que se aprecia de las constancias reunidas en autos que dicho procedimiento médico fue realizado en forma anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley (13/03/2015, fs. 77), aunque sus efectos más relevantes se produjeron con posterioridad, tal como el nacimiento de los niños B. Q. S. y G. Q. S. acontecido el día 13/11/2015.

De modo que resulta entonces importante precisar la ley que regirá el caso, pues se trata de una situación jurídica no contemplada en la anterior normativa. Así, explica Kemelmajer de Carlucci que "(...) en opinión de Roubier, las le-

yes que crean situaciones nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución (...) por ser una consecuencia inmediata y una norma procesal, es de aplicación inmediata el art. 577." (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2015, p. 143). Es decir, que conforme lo señalado, el presente caso ha de analizarse bajo la óptica del nuevo ordenamiento puesto que el nacimiento de los niños se produjo en vigencia del mismo.

#### V. Consideración de las quejas

I. Cabe comenzar puntualizando que el artículo 562 del Cód. Civ. y Comercial establece que "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportados los gametos".

Ahora bien, la normativa introducida por el nuevo digesto señala como elemento determinante de este tipo filial la existencia del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, no puede dejar de observarse que dicho elemento es la consecuencia material de la existencia de una voluntad procreacional o voluntad parental anterior. Es decir, que en los procesos como el presente deben existir dos elementos, que, si bien se encuentran estrechamente vinculados, presentan distinta naturaleza. Así, podríamos considerar a la voluntad procreacional como el elemento subjetivo presente en el proceso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), mientras que el consentimiento informado constituye su materialización formal, es decir, consiste en el elemento objetivo.

En este sentido se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible, sino porque los demás elementos, biológicos, pue-

den ser sustituidos todos. Lo que nadie puede suplir en cada caso concreto para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja. El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa suficiente e insustituible, y, por tanto, la más relevante: sin ella, ese hijo no hubiera nacido. (Rivero Hernández, Francisco, en AA. VV., Comentario del Código Civil, cit. en *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Herrera, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p. 486).

Es que, en este tipo filial, la voluntad procreacional adquiere especial relevancia, que lo coloca por encima del elemento biológico. Por ello, se ha comenzado a hablar de parentalidad voluntaria o voluntad procreacional. "Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo" (Lamm, Eleonora, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*, Revista de Bioética y Derecho N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, ps. 76/91).

Entiendo que en el caso de autos se halla acreditada la voluntad procreacional de la Sra. G. Es que resultan contestes los testimonios obrantes a fs. 102/103 en cuanto al deseo de la pareja conformada por la peticionante y la Sra. Q. S. en ser progenitoras de los niños B. Q. S. y G. Q. S. Así, la testigo C. declaró que las partes son pareja desde hace 13 años y que sabía de sus planes de someterse a las TRHA, agregando que "hicieron dos tratamientos y el tercero le salió bien.". En igual sentido, la testigo B. manifestó que la Sra. G. conocía la realización de este tratamiento y que el mismo formaba parte de un proyecto familiar. Lo mismo fue expuesto por la testigo P.

A su vez, este deseo parental también surge de lo informado por los peritos del equipo técnico del juzgado. Por su parte, la perito psicóloga informó que "se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. S. habrían presentado un deseo de compartido de tener hijos y ambas vendrían desempeñando con los niños de autos los roles parentales" (fs. 82 vta.). A su turno, la trabajadora social señaló que "se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. se encontrarían en pareja hace 13 años encontrándose en la actualidad casadas legalmente. Ambas

coinciden en que habrían anhelado formar la familia que hoy conforman” (fs. 85 vta.).

En consecuencia, tengo para mí que del material recabado en los presentes surge claramente que las Sras. G. y Q. S. conforman un vínculo familiar estable y que en las mismas ha existido el deseo y voluntad de tener hijos. Es decir, entiendo que el elemento volitivo ha existido en el proyecto familiar de las peticionantes, lo que me convence de la existencia de la voluntad procreacional necesaria para el tipo filial en estudio.

II. Ahora bien, presente la voluntad procreacional, resta analizar lo conducente con relación al consentimiento previo, libre e informado. Como he dicho precedentemente, este consentimiento constituye el elemento material que exterioriza la voluntad procreacional de quienes se someten a la práctica de las TRHA. Se trata de un derecho humano fundamental que consiste en “la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual este decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto.” (Highton, Elena I., y Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente; el consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p.1).

Ha de destacarse que en el caso de las TRHA el consentimiento informado cumple una doble función: Por un lado, constituye un acto personalísimo por el cual el usuario de la TRHA decide someterse a ella, y por el otro, es el documento formal por el que se instrumenta la voluntad procreacional e instituye la filiación derivada de estas técnicas. Es decir, se trata de un elemento formal que además de ser previo, libre e informado debe cumplir con otras características como son: ser personal, específico, actualizado, manifiesto o expreso, etc.

En cuanto a ello, y en virtud de la asimetría existente en la relación médico-paciente se ha señalado que es el profesional quien debe tener en cuenta las circunstancias de los pacientes, debiendo personalizar la información teniendo una comunicación abierta y sincera. “Lo ideal sería que la personalización genere un consentimiento informado redactado para cada perso-

na en particular con base en su caso concreto y no se trate de un simple formulario preimpreso.” (Rodríguez Iturburu, Mariana, “La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, RDF N° 68 (marzo 2015), Abeledo-Perrot, p.136).

En igual sentido se destacó que de conformidad con la ley 14/2006 se exige a los médicos y los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realizan las TRHA informen previamente de las consecuencias de ellas, de sus posibles resultados, de los riesgos previsibles, así como también de cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectar a los usuarios.

En el caso de autos, la Sra. G. manifestó que en ningún momento se les informó que ella también debía firmar algún tipo de consentimiento (fs. 19 *in fine*). A su turno, el Instituto Médico H. informó que el consentimiento informado para la práctica de tratamiento de reproducción asistida con donación de óvulos y semen fue firmado únicamente por la Sra. Q. S.

En síntesis, el tema a decidir lo constituye el hecho de si teniéndose acreditada la voluntad procreacional, el requisito del consentimiento informado puede ser suplido por la presente.

Y en esta línea cabe recordar que al momento de la práctica (13/03/2015) no se encontraba aún vigente el Cód. Civil y Comercial, ni la exigencia del consentimiento previo, libre e informado, por lo cual este requisito no era, en ese momento, exigible a las usuarias. En este sentido, en un interesante precedente se sostuvo que “ahora bien, este requisito fuente de la filiación por las TRHA, surge a partir del 01/08/2015 y recordemos que la inseminación se realizó el día 24.abril.2015 (doc.14) mal podría entonces pretendérseles a las Sras. P. y L. que hayan dado cumplimiento con la exigencia del mismo para inscribir a la niña con doble filiación.” (Juzg. de Flia. N° 2 de Puerto Madryn, *in re* “L., M. de los Á. y P., A. M. J. s/ medida autosatisfactiva”, RSD 96, 2016).

Asimismo, la doctrina destaca que es sabido que antes del Cód. Civ. y Comercial la ma-

yoría de los centros médicos no involucraban —erróneamente— a la pareja mujer de quien se sometía a técnicas de reproducción, en especial cuando esta no aportaba material genético, aunque la voluntad procreacional estaba presente de facto. (Herrera, Marisa, *Técnicas de Reproducción...*, ob. cit., Herrera, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p.580).

A ello debe sumarse que, en este caso particular, el consentimiento informado agregado a fs. 68/76 presenta —además— importantes falencias en virtud de la trascendencia del acto que pretendía respaldar. Así, es fácil observar que se trata prácticamente de un formulario de adhesión tipo, con espacios en blanco que no han sido completados, y redactado para ser suscripto por “parejas” sin aclarar en ningún punto cuando lo suscribe una sola persona. A ello ha de agregarse que de la historia clínica acompañada por el mismo centro médico surge en el detalle de la evolución información sumamente confusa, en cuanto al estado civil de la Sra. Q. S., indicando en alguna oportunidad “sin pareja” (fs. 60) mientras que en otras parecería surgir lo contrario.

Ante ello, y reiterando que el consentimiento informado se trata de un derecho humano del paciente, formal, específico y, naturalmente, circunstanciado, por lo que debe tener en cuenta las características especiales de la persona sometida a tratamiento y todo lo relativo a la misma, debiendo incluso señalarse e informarse a la paciente todo lo concerniente a la filiación que ha de surgir en virtud del mismo; es que entiendo que el genérico agregado en autos no cumplió adecuadamente esa finalidad, permitiendo incluso presumir la existencia de información allí no contemplada ni consignada.

Por lo expuesto, estimo que no puede hacerse recaer sobre la peticionante un requisito que no era legalmente exigible al momento de iniciarse la práctica a la que fuera sometida —por no encontrarse previsto en la legislación vigente a este tiempo—, ni tampoco, y en especial, sobre los niños B. Q. S. y G. Q. S. las consecuencias derivadas de la inexistencia de un consentimiento real y adecuadamente informado.

III. Por último, no puede dejar de destacarse que en todo proceso en que se encuentren in-

volucrados intereses de niños, niñas y/o adolescentes, el norte que debe guiar la decisión es su superior interés (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298). Este principio fundamental debe ser entendido como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” (Conf. art. 3 ley 26.061).

En el tema que nos ocupa, se encuentra en juego el derecho de identidad de los niños B. Q. S. y G. Q. S., por cuanto los mismos merecen poder acceder a la información adecuada sobre su origen. Como es sabido, el derecho a la identidad comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, y en tal sentido, se ha señalado que posee una faz estática y una faz dinámica: la primera se refiere al origen genético-biológico de la persona, y la segunda, en cambio, se configura por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997, Comisión 1).

Se trata de un derecho humano fundamental con reconocimiento convencional (conf. art. 7 CDN) y que en sentido amplio excede al factor biológico. Así se sostiene que “la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos (...)” (UNESCO, Decl. Internacional sobre Datos Humanos (UNESCO, 2003). Aprobada y adoptada en la 32ª Asamblea General de la UNESCO, 16/10/2003).

En el caso particular de las TRHA se produce una disociación entre los elementos genéticos, biológicos y volitivos, por lo cual garantizar el derecho a la identidad implica asegurar al niño nacido su verdad genética, biológica y voluntaria.

Por lo expuesto, entiendo que en el caso de mantenerse el rechazo de la acción intentada se estaría afectando el derecho de los niños B. Q. S. y G. Q. S. a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho

a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Cód. Civil y Comercial. Extremo este al que entiendo, en el caso de autos, se debe agregar su derecho a conocer quienes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen a saber que han sido deseados por las peticionantes.

IV. Por los fundamentos señalados, y si mi voto es compartido, propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios, admitir la pretensión deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del Cód. Civ. y Comercial.

En base a estas consideraciones, voto por la negativa.

El doctor *Rodiño*, por consideraciones análogas, adhiere también vota por la negativa.

2ª cuestión. — El doctor *Igoldi* dijo:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del Cód. Civ. y Comercial, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes. Así lo voto.

El doctor *Rodiño*, por compartir fundamentos, vota en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente sentencia.

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada debe revocarse, admitiendo en consecuencia la demanda, con el alcance indicado. Con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. I. Revócase la apelada sentencia de fs. 107/109.

En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del Cód. Civ. y Comercial, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes. II. Impóñese las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Difiérase la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese electrónicamente (art. 135 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.; art. 11 de la Ac. 3845/2017 de la SCBA., t.o. según Ac. 3991/2020 de la SCBA.) Oportunamente, devuélvase. (SCBA., Ac. 3975/2020 y Res. 480/2020 y ampliatorias). — *Javier A. Rodiño*. — *Carlos R. Igoldi*.

## DAÑOS CAUSADOS POR DECISIONES ADMINISTRATIVAS

**Escribano removido del Registro Notarial. In-necesariedad de agotar la vía administrativa. Excepción de falta de legitimación para obrar opuesta por la provincia de Tucumán. Rechazo. Principio de tutela judicial efectiva y principio *in dubio pro actione*.**

1. — La excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto opuesta por la provincia de Tucumán en los términos del art. 41, inc. 2º, Cód. Proc. Adm. Tucumán deviene inviable en procesos en los que no se persigue una restitución in natura de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente un resarcimiento de daños y perjuicios.
2. — El reconocimiento —*ex post*— de una indemnización por los daños derivados del acto administrativo, en la medida que no interfiere con la ejecución en especie del acto, se encuentra fuera de la órbita de aplicación del sistema de autotutela de las decisiones administrativas (en lo que aquí interesa, agotamiento previo de la vía administrativa y plazo de caducidad de la acción judicial) y por consiguiente escapa a

los condicionamientos que dicho sistema supone para el particular.

3. — Exigir la impugnación en término del acto, con agotamiento de la vía, como condición para acceder a la indemnización (sustitutiva) de los daños provocados por el acto, supone extender los privilegios estatales más allá de los fines para los que fueron concebidos estos institutos.
4. — Admitir la posibilidad de oponer la excepción prevista en el art. 41, inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán, invocando la firmeza del acto administrativo, en un proceso judicial que no tiene por objeto el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de daños y perjuicios, supone una indebida aplicación extensiva de los privilegios estatales que conforman el sistema de autotutela de las decisiones administrativas (puntualmente, de la carga de agotar la vía administrativa); privilegios que —por el contrario— deben ser aplicados con criterio restrictivo.
5. — La lectura sistémica e integral de las disposiciones del Código Procesal Administrativo de Tucumán (ley 6205), a la luz de los principios de tutela judicial efectiva y *pro actione*, lleva a concluir que el agotamiento previo de la vía administrativa y la caducidad de la acción judicial suponen necesariamente una pretensión de nulidad del acto administrativo que tenga por objeto revertir la situación jurídica subjetiva emanada del acto. Es decir que estos privilegios del Estado únicamente cobran vigencia y pueden tornarse operativos, cuando lo que el particular pretende ante la Justicia es restituir (*in natura*) lo que el acto administrativo modificó o extinguió.
6. — Si bien el art. 12, Cód. Proc. Adm. Tucumán consagra inicialmente el agotamiento de la vía administrativa (tanto para las pretensiones anulatorias como para requerir el cumplimiento de obligaciones u omisiones), la excepción contenida en el art. 13, inc. 2 deja en claro, sin hesitaciones, que aquel privilegio estatal solo tiene cabida cuando se pretende restituir *in natura* la decisión administrativa, no así cuando lo que se pretende no es el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva alterada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de los daños y perjuicios causados por el acto.
7. — La referencia a la pretensión de daños y perjuicios precedida del adjetivo calificativo “únicamente”, tanto en el art. 10, inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán, como en su art. 13, inc. 2, no puede sino interpretarse en el sentido de que el particular no pretende concomitantemente la anulación del acto (entendida como la restitución [*in natura*] de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, en los términos del art. 9°, Cód. Proc. Adm. Tucumán), sino en forma exclusiva la indemnización sustitutiva, en cuyo caso no se encuentra alcanzado ni por la caducidad de acción ni por la carga de agotar la vía.
8. — Las excepciones previstas en los arts. 35, inc. 2, y 41, inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán constituyen el carril procesal que el ordenamiento jurídico acuerda a la Administración para que pueda incorporar al proceso, como defensa, los privilegios instituidos por la ley en su favor: la caducidad de la acción (art. 9°, Cód. Proc. Adm. Tucumán) o la falta de agotamiento previo de la vía administrativa (art. 12, Cód. Proc. Adm. Tucumán). Estas excepciones procesales únicamente resultan proponibles cuando la pretensión del actor tiene por objeto revertir lo que el acto decide (restituir *in natura* la situación jurídica subjetiva modificada por el acto), no así cuando la pretensión persigue exclusivamente una indemnización de daños y perjuicios de carácter sustitutivo.
9. — En un sistema constitucional en donde las libertades ciudadanas constituyen la regla (art. 19 de la Constitución Nacional), la aplicación de privilegios establecidos por vía de ley a favor del Estado merece un escrutinio riguroso. Máxime cuando dichos privilegios se encuentran en tensión con el principio de tutela judicial efectiva, en la medida que condicionan el acceso a un proceso judicial tendiente al recono-

cimiento de un resarcimiento por daños. Este esquema de cosas no admite una interpretación extensiva del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, que desborde los fines que razonablemente motivaron su establecimiento por ley.

10. — No existen razones de principio que impidan que el Código Procesal Administrativo de Tucumán (que es una ley en sentido material y formal) contenga disposiciones de derecho administrativo sustancial o de fondo. Máxime cuando el derecho administrativo pertenece a las materias reservadas por las Provincias, dentro del esquema constitucional de distribución de competencias entre aquellas y la Nación (arts. 75, inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional). Vale decir, cada provincia es competente para dictar sus normas de derecho administrativo, tanto sustancial como adjetivas.
11. — En la perspectiva renovada que imponen el principio de tutela judicial efectiva y el principio *in dubio pro actione* no luce plausible evadir sin más la aplicación de los arts. 10, inc. 2, y 13, inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán, so pretexto de su ubicación metodológica, pues ello implica prescindir del significado literal que surge de las normas; y omitir interpretarlas en forma tal que no suponga su lisa y llana inexistencia.

**Contencioso administrativo, Tucumán, sala I, 03/12/2020. - B., J. C. c. Provincia de Tucumán y otros s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: [TR LALEYAR/JUR/81737/2020](https://www.trialej.ar/jur/81737/2020)]

**① COSTAS**

Se imponen en el orden causado.

Expediente: 548/19

**2ª Instancia.**- San Miguel de Tucumán, diciembre 3 de 2020.

*Considerando:*

I. Vienen los autos a conocimiento y resolución del Tribunal con motivo de la excepción de

falta de legitimación para obrar en el actor por haber quedado firme el acto administrativo (artículo 41 inciso 2° del CPA), opuesta por la representación letrada de la Provincia de Tucumán en ocasión de responder demanda en fecha 25/09/2020.

Manifiesta que del escrito de demanda se desprende que la acción planteada identifica claramente al Decreto N° 64/14 del 13/01/2013, como el acto dañoso, del cual pretende luego encontrarse el Factor de Imputación que comprometa la responsabilidad específica que se reclama a la Provincia de Tucumán.

Indica que, según reiterada doctrina legal de nuestra Corte Suprema local, la falta de oportuna impugnación del acto administrativo que se describe como lesivo, impide todo pronunciamiento judicial acerca de la concurrencia de antijuridicidad frente a una decisión administrativa que —dada su falta de impugnación oportuna— solo puede ser presumida legítima. Cita jurisprudencia en sustento de su posición.

Relata que la absoluta ausencia de impugnación oportuna en contra del pretenso acto lesivo torna improcedente la reclamación indemnizatoria fundada en el mismo acto que se realiza en la demanda, resultando ello un elemento dirimente a los fines de sellar la suerte de la causa, de conformidad a lo establecido por el artículo 41 inciso 2° del CPA.

Ordenado y corrido el traslado de la defensa antedicha (ver decreto del 01/10/2020 y cédula de fecha 06/10/2020), mediante presentación del 15/10/2020 el demandante lo contesta solicitando su rechazo por las razones que allí invoca y a las que remitimos breviter causa.

II. a) La cuestión traída a debate supone analizar la viabilidad de oponer la excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, prevista en el artículo 41 inciso 2 CPA, frente a una pretensión resarcitoria (es decir, que tiene por objeto una indemnización de daños y perjuicios), invocando para ello la firmeza del acto administrativo presuntamente generador del daño que se reclama.

En el estado actual de cosas, semejante cuestión no puede abordarse sin sopesar la profun-

da penetración que han tenido, en forma transversal, los derechos humanos incorporados con rango constitucional en la reforma de la Carta Magna nacional operada en 1994 (en sentido concordante, el artículo 24 de la Constitución Provincial de 2006); y la innegable evolución que dicha penetración ha forzado en los institutos tradicionales de todas las disciplinas jurídicas, sin que el derecho administrativo pueda mantenerse ajeno a este fenómeno. Ello impone y torna ineludible, como se verá, una hermenéutica actualizada de aquellos institutos tradicionales, desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

b) En el ámbito del derecho procesal administrativo operan condiciones especiales de acceso a la Justicia, que funcionan como privilegios o prerrogativas a favor de la Administración en su relación con la Justicia (justificados materialmente en su condición de gestora de los intereses de la comunidad y el consecuente interés público que subyace en toda su actuación); y correlativamente como restricciones al acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos.

En dicha lógica se insertan las cargas de agotar previamente la vía administrativa y de interponer la acción judicial dentro de un plazo breve de caducidad.

Estos institutos tienen por objeto (junto a la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de los actos administrativos) tutelar la implementación efectiva e inmediata de las decisiones de la Administración, dotándolas de una posición preferencial frente a la Justicia: estableciendo que —como punto de partida— se presumen legítimas y que la Administración puede ponerlas en práctica sin un juicio declarativo ni ejecutivo previo por parte del Poder Judicial; que para impugnarlas en sede judicial el particular debe plantear previamente la cuestión ante la propia Administración; y que luego debe interponer la acción judicial dentro de un plazo de caducidad.

En relación al agotamiento previo de la vía administrativa, se ha dicho que la habilitación de la jurisdicción contencioso administrativa, sea para la impugnación de actos, conductas u omisiones de la Administración, o para reclamar de ella comportamientos positivos, exige como re-

gla general el previo planteamiento de la cuestión en sede administrativa y, eventualmente, el acceso a un determinado nivel jerárquico en el autor de la decisión sobre tal planteo previo. Este instituto —el agotamiento de la vía administrativa— obedece a una decisión legislativa de otorgar un privilegio a la Administración Pública, que encuentra justificación en la complejidad de su organización burocrática y descentrada, y que tiende a impedir que sus actos o conductas sean sometidos al control ejercido por otro poder del Estado —y a su eventual anulación—, sin otorgar a aquella la oportunidad de un examen preventivo de legalidad en su propia sede (García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 399 y 401).

En el mismo sentido se ha señalado que la regla del agotamiento consiste, en definitiva, en dar una oportunidad a la Administración para que pueda corregir sus errores, lo cual constituye un privilegio estatal que —como tal— debe ser de interpretación restrictiva (Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 335. En igual sentido, respecto de la naturaleza de la regla como privilegio estatal y la interpretación restrictiva que corresponde asignarle: Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. 2, LA LEY, Buenos Aires, 2008, p. 762).

En relación al fundamento de este privilegio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Serra” (CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454) invocó el principio constitucional de división de poderes.

Sin embargo, es acertada la crítica de Bianchi al fallo mencionado, en cuanto sostiene que la división de poderes no es la razón de ser del agotamiento de la vía administrativa, sino su contracara, su excepción, toda vez que la división de poderes no es un sistema establecido a favor del Estado, sino un principio constitucional destinado a la protección de los derechos individuales. En consecuencia, no puede extraerse de aquel principio, ninguna prerrogativa a favor de la Administración. Agrega que el agotamiento de la vía administrativa no tiene fundamento constitucional en la división de poderes, sino que fue establecido por vía legal,

como una excepción a aquel principio, constituyendo un privilegio que llega a nuestros días como resabio de la vieja tesis de la inmunidad soberana del Estado (Bianchi, Alberto B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?” (Nota a fallo), LA LEY, 1995-A, 397).

Agrega este autor que la concepción del agotamiento de la vía como un privilegio a favor de la Administración constituye la tesis que tradicionalmente siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los precedentes “Roca, Agustín M. c. Nación Argentina” (Fallos: 200:196) y “Perezlindo, Zenón E. c. Gobierno Nacional” (Fallos: 233:106).

Efectivamente, la condición de privilegios o prerrogativas procesales que detentan institutos como los que analizamos, conlleva una necesaria interpretación restrictiva de sus alcances.

Esto es así toda vez que las mentadas prerrogativas encuentran un fuerte contrapeso en el principio de tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento en tratados sobre derechos humanos con rango constitucional (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con este principio se relaciona el derecho de acceso a la Justicia y uno de sus corolarios principales, que es el principio *in dubio pro actione*, el cual se traduce en una regla que obliga a buscar, en cada caso concreto, la interpretación que resulte más favorable al ejercicio de la acción y —por ende— más favorable al acceso a la jurisdicción.

En relación al punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 29/09/1999, Informe N° 105/99, Caso N° 10.194, “Narciso Palacios - Argentina”).

La importancia de este principio fue igualmente subrayada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, que en reiteradas oportunidades señaló que en materia de acceso a la Justicia y habilitación de la instancia, y particularmente en lo concerniente a la materia contencioso administrativa, el principio rector es el de *in dubio pro actione*, cuya aplicación tiene por finalidad permitir el acceso a los tribunales de justicia en procura de garantizar el derecho de defensa (CSJN, 15/07/2008, “Lof, Casiano c. Provincia de Río Negro”, Fallos: 331:1660; ídem, 04/09/2001, “Elemec SA c. DEBA”, Fallos: 324:2672; ídem, 03/04/2001, “Electroingeniería SA c. Dirección de Energía de Catamarca”, Fallos: 324:1087; ídem, 18/07/1995, “Biain, Abel R. y otro c. Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco”, Fallos: 318:1349, entre otros).

En sentido similar se pronunció, también, la Corte Suprema Provincial en fallos recientes (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 633, 22/06/15, “Vuistaz Serrano, Javier E. c. Provincia de Tucumán; ídem, Sentencia N° 70, 22/02/2017, “Diez, Francisco E. c. Provincia de Tucumán (Poder Legislativo)”, entre otros).

Citamos: “Tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que “la regla *in dubio pro actione* es un principio rector en materia contencioso administrativa (causas B. 51.979, ‘Choix SACIFICA’, sent. del 21/06/2000; B. 53.836, ‘Cadegua SA’, sent. del 21/03/2001; B.59.260, ‘Carballo’, sent. del 03/12/2003; B. 64.068, ‘Investigaciones Médicas SA’, sent. del 28/09/2005; B. 64.791, ‘Inmar SA’, sent. del 08/02/2006), de forma tal que, en materia de impugnación de actos administrativos, estando en juego la posibilidad de acceso a la justicia, deben preservarse los derechos del administrado, interpretando en su favor las dudas que hubiere respecto al consentimiento de las resoluciones que lo agravian” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires in re “Gatius, Raúl c. Provincia de Buenos Aires - Instituto de Previsión Social -”, sentencia del 18 de febrero de 2009). Por su parte, este Tribunal ha indicado en reiteradas ocasiones que el principio “integra el contenido de la garantía constitucional (implícita) del debido proceso, garantía que a partir de la vigencia de la reforma constitucional de 1994, se ha tornado expresa como derecho de

todo habitante a exigir del estado la tutela judicial efectiva (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1 y artículo 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 18)” (CSJTuc. in re “Salazar Trejo, Ángel D. c. Sistema Provincial de Salud SiProSa s/ diferencias salariales”, sentencia N° 222 del 9 de abril de 2012 y “Sucesión Zóttola, Ángel E. c. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ contencioso administrativo”, sentencia N° 350 del 14 de mayo de 2012)” (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 633, 22/06/2015, “Vuistaz Serano, Javier E. c. Provincia de Tucumán”).

c) Sentado lo anterior, diremos que la lectura sistémica e integral de las disposiciones del Código Procesal Administrativo de Tucumán (Ley N° 6.205), a la luz de los principios de tutela judicial efectiva y *pro actione*, lleva a concluir que el agotamiento previo de la vía administrativa y la caducidad de la acción judicial, suponen necesariamente una pretensión de nulidad de acto administrativo que tenga por objeto revertir la situación jurídica subjetiva emanada del acto. Es decir que estos privilegios del Estado únicamente cobran vigencia y pueden tornarse operativos, cuando lo que el particular pretende ante la Justicia es restituir (*in natura*) lo que el acto administrativo modificó o extinguió.

Efectivamente, el artículo 9 CPA establece: “Cuando el objeto del proceso sea la pretensión tendiente a la restitución, en una situación jurídica-subjetiva, cuya modificación o extinción, por la administración pública, se alega ilegítima, su procedencia supone necesariamente la pretensión de nulidad del acto administrativo pertinente. En este caso, la demanda deberá ser deducida dentro del plazo perentorio de noventa días hábiles judiciales, computados desde la notificación del acto expreso que agote la instancia administrativa”.

A continuación, el artículo 10 inciso 2 CPA establece que “...Salvo lo que corresponda en materia de prescripción, no habrá plazo para que el particular accione por demanda o recurso, cuando... Se pretenda únicamente el resarcimiento de daños y perjuicios, dejando subsistente el acto administrativo ilegítimo. En este supuesto, no será requisito de admisibilidad de

la pretensión indemnizatoria la impugnación recursiva, en sede administrativa, del acto viciado, generador de los perjuicios que se aleguen...”

En la misma línea, si bien el artículo 12 CPA consagra inicialmente el agotamiento de la vía administrativa (tanto para las pretensiones anulatorias como para requerir el cumplimiento de obligaciones u omisiones), la excepción contenida en el artículo 13 inciso 2 deja en claro, sin hesitaciones, que aquel privilegio estatal solo tiene cabida cuando se pretende restituir *in natura* la decisión administrativa, no así cuando lo que se pretende no es el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva alterada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de los daños y perjuicios causados por el acto (“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior aquellos casos en que el particular pretenda, frente a la administración pública 2. Únicamente daños y perjuicios causados por actos o hechos administrativos, legítimos o ilegítimos”).

La referencia a la pretensión de daños y perjuicios precedida del adjetivo calificativo “únicamente”, tanto en el artículo 10 inciso 2 CPA, como en el artículo 13 inciso 2 CPA, no puede sino interpretarse en el sentido de que el particular no pretende concomitante la anulación del acto (entendida como la restitución [*in natura*] de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, en los términos del artículo 9 CPA), sino exclusivamente la indemnización sustitutiva, en cuyo caso no se encuentra alcanzado ni por la caducidad de acción, ni por la carga de agotar la vía.

Siguiendo con el análisis, las excepciones procesales a que refieren los artículos 35 inciso 2 CPA (caducidad de la acción por falta de interposición de la acción judicial dentro de los plazos legales) y 41 inciso 2 CPA (falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, por falta de interposición de recursos administrativos obligatorios), tienen una indisoluble vinculación con los plazos de caducidad del artículo 9 CPA (con las excepciones del artículo 10 CPA) y con el agotamiento de la vía administrativa regulado en el artículo 12 CPA (con las excepciones del artículo 13 CPA), respectivamente.

Sobre el punto se ha dicho: “En el sistema procesal local son dos los supuestos en que, por haber quedado firme, un acto administrativo se torna insusceptible de ser cuestionado eficazmente en sede judicial: uno —al que refiere el artículo 41 inciso 2 del CPA— cuando encontrándose instituidos formalmente recursos administrativos obligatorios, el interesado no los ha articulado o lo hizo extemporáneamente; el otro —que tipifica el artículo 35 inciso 2 del CPA— porque habiéndose agotado la vía administrativa previa, venció el plazo que el ordenamiento jurídico establece para demandar judicialmente la anulación del acto que causa estado (cfr. CSJT, 24/07/2017, “Yanicelli, María R. de F. c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ especiales [Residual]”, sentencia N° 984)” (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 1258, 11/09/2018, “Wajnerman, Mario D. y otra c. Provincia de Tucumán”).

Como se advierte, la defensa prevista en el artículo 41 inciso 2 CPA refiere a los supuestos en que el acto administrativo queda firme antes del agotamiento de la vía administrativa, por la falta de interposición o interposición extemporánea de recursos administrativos que se encontraban instituidos en forma obligatoria. Por el contrario, esta excepción no comprende los supuestos en los que el acto administrativo queda firme después de agotada la vía administrativa, por falta de interposición de la acción judicial dentro de los plazos de caducidad que prevé el artículo 9 CPA. Refuerza esta conclusión lo establecido en la última parte de la citada norma: “salvo que la firmeza obedeciere a la caducidad de la acción”.

Para este último caso, el Digesto Procesal contempla una excepción diferente, de previo y especial pronunciamiento, regulada en el artículo 35 inciso 2 CPA, que debe deducirse dentro de los primeros diez días del plazo para contestar demanda (y que, por ende, no puede incoarse válidamente cuando se contesta demanda vencido dicho plazo).

En suma, las excepciones previstas en los artículos 35 inciso 2 y 41 inciso 2 CPA constituyen el carril procesal que el ordenamiento jurídico acuerda a la Administración para que pueda incorporar al proceso, como defensa, los privile-

gios instituidos por la ley en su favor: la caducidad de la acción (artículo 9 CPA) o la falta de agotamiento previo de la vía administrativa (artículo 12 CPA).

Como consecuencia de ello, las excepciones mencionadas no pueden sino circunscribirse al ámbito natural en el que aquellos dos institutos actúan. Es decir, estas excepciones procesales únicamente resultan proponibles cuando la pretensión del actor tiene por objeto revertir lo que el acto decide, (restituir *in natura* la situación jurídica subjetiva modificada por el acto), no así cuando la pretensión persigue exclusivamente una indemnización de daños y perjuicios, de carácter sustitutivo.

Refuerza lo señalado, el texto expreso del artículo 41 inciso 2 CPA, en cuanto alude al “acto administrativo que se impugna”, dejando en claro que debe tratarse de un proceso en el cual se impugna un acto, entendido esto en el sentido que emana del artículo 9 CPA (pretensión que persigue la restitución en la situación jurídica subjetiva modificada o extinguida por el acto).

En el mismo sentido, no se puede pasar por alto la necesaria vinculación entre la defensa en cuestión, y el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de recursos administrativos. Ahora bien, los recursos administrativos presuponen un acto administrativo como objeto de impugnación (artículo 57 de la Ley N° 4537) e involucran necesariamente una petición impugnativa tendiente a revertir lo que el acto decide (su objeto es revocar, modificar o sustituir la decisión, por el mismo órgano que la dictó, por su superior jerárquico o por el órgano que ejerce el control de tutela), siendo ese el ámbito —como se viene sosteniendo— en el que actúa la carga de agotar la vía administrativa.

d) Pero a más de resultar del texto expreso de la ley procesal local, la interpretación que proponemos es la que mejor se compadece con la naturaleza y finalidad propias de los institutos procesales bajo análisis.

Efectivamente, la razón de ser, la finalidad del sistema de tutela de las decisiones administrativas es conferirle a la Administración herramientas que le permitan implementar, en forma

expeditiva, directa e inmediata, decisiones tendientes a la satisfacción del interés público. Tener claro para qué sirven y qué es lo que concretamente tutelan estas prerrogativas especiales, resulta crucial para analizar si estas reglas pueden razonablemente condicionar —también— el derecho a un proceso judicial que tenga por objeto —exclusivo— un resarcimiento por los daños presuntamente causados por la decisión administrativa.

A esta altura del análisis, luce evidente que el reconocimiento —*ex post*— de una indemnización por los daños derivados del acto administrativo, en la medida que no interfiere con la ejecución en especie del acto, se encuentra fuera de la órbita de aplicación del sistema de autotutela de las decisiones administrativas (en lo que aquí interesa, agotamiento previo de la vía administrativa y plazo de caducidad de la acción judicial), y por consiguiente escapa a los condicionamientos que dicho sistema supone para el particular.

Encontrándose fuera de discusión la ejecución inmediata y en especie de la decisión administrativa, queda satisfecha la finalidad que inspiraba el establecimiento legal de los privilegios estatales. En ese contexto, exigir la impugnación en término del acto, con agotamiento de la vía, como condición para acceder a la indemnización (sustitutiva) de los daños provocados por el acto, supone extender los privilegios estatales más allá de los fines para los que fueron concebidos estos institutos.

En un sistema constitucional en donde las libertades ciudadanas constituyen la regla (artículo 19 de la Constitución Nacional), la aplicación de privilegios establecidos por vía de ley a favor del Estado, merece un escrutinio riguroso. Máxime cuando dichos privilegios se encuentran en tensión con el principio de tutela judicial efectiva, en la medida que condicionan el acceso a un proceso judicial tendiente al reconocimiento de un resarcimiento por daños. Este esquema de cosas no admite una interpretación extensiva del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, que desborde los fines que razonablemente motivaron su establecimiento por ley.

En definitiva, y conforme a lo expuesto, admitir la posibilidad de oponer la excepción prevista en el artículo 41 inciso 2 CPA, invocando la firmeza del acto administrativo, en un proceso judicial que no tiene por objeto el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de daños y perjuicios, supone una indebida aplicación extensiva de los privilegios estatales que conforman el sistema de autotutela de las decisiones administrativas (puntualmente, de la carga de agotar la vía administrativa); privilegios que —por el contrario— deben ser aplicados con criterio restrictivo.

Lo expuesto es sin perjuicio de la ponderación que mereciere (al dictarse sentencia definitiva y luego de haberse dado al particular la posibilidad de transitar por un proceso judicial que arribe a una resolución sobre la cuestión de fondo), la antijuridicidad —o ilegitimidad— del acto presuntamente provocador de los daños que se reclaman; pero dejando en claro que sobre dicha reclamación —en cuanto se circunscriba a la pretensión resarcitoria—, y para desvirtuar las presunciones que sobre el punto rigieren, no pesan las cargas procesales propias del sistema de tutela de las decisiones administrativas (agotamiento previo de la vía administrativa e interposición de la acción judicial dentro de un plazo de caducidad).

e) No se nos escapa que el Supremo Tribunal Provincial, con composición diferente de la actual, sentó criterio en referencia a las disposiciones de los artículos 10 inciso 2 y 13 inciso 2 CPA, afirmando que se trata de normas de carácter netamente procesal, sin entidad para alterar las normas de fondo en la materia —el artículo 47 de la Ley 4537—, que expresamente consagran la presunción de legitimidad del acto administrativo— (CSJT, Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 900, 30/10/2000, “Hernández Mesón, Luisa c. Dirección Provincial de Obras Sanitarias (DIPOS)”, y muchos otros).

Sin embargo, creemos que aquel tradicional criterio merece un nuevo examen desde la perspectiva del principio de tutela judicial efectiva y el principio *in dubio pro actione*, conforme a lo propuesto *ut supra*.

Desde dicha perspectiva, puede señalarse, en primer lugar, que la naturaleza adjetiva o sustancial de una disposición legal no está definida por el cuerpo normativo en el cual se inserta (es decir, por su ubicación metodológica), sino por la materialidad de lo que regula. Así, el ordenamiento jurídico exhibe numerosos casos de normas de carácter procesal incluidas en cuerpos normativos de fondo. Por ejemplo, el artículo 2553 del nuevo Cód. Civil (ex 3962), en cuanto establece que la prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar demanda, en los procesos de conocimiento. Y en nuestra disciplina, dentro de la Ley Nacional N° 19.549 de Procedimientos Administrativos, confluyen disposiciones sustanciales de derecho administrativo —como las normas sobre actos administrativos y su sistema de nulidades (artículos 7, 12, 13, 14, 15, etc.)—, con normas de derecho procesal administrativo —referidas a la impugnación de actos administrativos ante la Justicia, plazo de caducidad, reclamo administrativo previo, etc.—, sin contar las normas adjetivas sobre procedimiento en sede administrativa.

Con esto queremos decir que no existen razones de principio que impidan que el Código Procesal Administrativo de Tucumán (que es una ley en sentido material y formal) contenga disposiciones de derecho administrativo sustancial o de fondo. Máxime cuando el derecho administrativo pertenece a las materias reservadas por las Provincias, dentro del esquema constitucional de distribución de competencias entre aquellas y la Nación (artículos 75 inciso 12 y 121 de la Constitución Nacional). Vale decir, cada Provincia es competente para dictar sus normas de derecho administrativo, tanto sustancial como adjetivas.

Esto se relaciona inmediatamente con la segunda aclaración necesaria. Tanto la Ley N° 4537 (Ley de Procedimientos Administrativos de Tucumán) como la Ley N° 6205 (Código Procesal Administrativo de Tucumán), constituyen leyes emanadas del Poder Legislativo de la Provincia de Tucumán (aunque —en rigor de verdad— la primera constituye un Decreto-Ley emitido por un Gobierno de Facto, en uso de atribuciones legislativas). Por ende, nada pareciera impedir que la segunda —posterior en el tiempo— modifique o altere el sentido de las disposiciones contenidas en la primera.

Además, en relación a los argumentos invocados en el precedente “Hernández Mesón” vinculados a la índole adjetiva o sustancial de las normas involucradas y su jerarquía, cabe ponderar que, ya en la Constitución histórica, pero sobre todo a partir de la reforma de 1994, la tutela judicial efectiva y las garantías que de tal principio se derivan configuran un derecho fundamental de la persona que exige una relectura de las normas internas, y de ningún modo admite la sumisión en términos absolutos de tales garantías a los privilegios del Estado.

En efecto, y frente a lo categórico de la norma procesal local, creemos que en el estado actual de desarrollo y penetración transversal del principio de tutela judicial efectiva (y otros derechos humanos) en los institutos tradicionales del derecho administrativo, no puede sostenerse extensivamente que la carga procesal (privilegio estatal) de agotar la vía grava al particular no solo cuando pretende una restablecimiento *in natura* de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino también para condicionar su derecho de acceso a un proceso judicial que persigue un objeto diferente, circunscripto exclusivamente al resarcimiento de los daños provocados por el acto. Es decir, cuando lo único que se pretende es una indemnización sustitutiva, sin oponerse a la ejecución del acto, reiterando que no cabe aplicar —en forma extensiva— restricciones propias del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, pues se trata de privilegios estatales de interpretación restrictiva.

Por otro lado, y poniendo énfasis —una vez más— en la perspectiva renovada que imponen el principio de tutela judicial efectiva y el principio *in dubio pro actione*, no luce plausible evadir sin más la aplicación de los artículos 10 inciso 2 y 13 inciso 2 CPA so pretexto de su ubicación metodológica, pues ello implica prescindir del significado literal que surge de las normas; y omitir interpretarlas en forma tal que no suponga su lisa y llana inexistencia.

En ese contexto, no resulta claro que pueda atribuírsele al Legislador la desinteligencia de haber sancionado normas que no tienen aplicación posible. ¿A qué refiere el Código Procesal Administrativo cuando prescribe que puede demandarse únicamente el resarcimiento de

los daños, dejando subsistente el acto ilegítimo, agregando que en tal supuesto no será requisito de la pretensión indemnizatoria la impugnación recursiva, en sede administrativa, del acto viciado generador de los perjuicios?

Finalmente, y a mayor abundamiento, aun cuando se considerase que la presunción de legitimidad constituye una cuestión sustancial, las formas que debe seguir el particular para conseguir el cese de aquella presunción (es decir, si se requiere agotamiento previo de la vía administrativa, si la demanda debe deducirse dentro de un plazo de caducidad, etc.), constituyen una cuestión de índole procesal, que un Código Procesal Provincial se encuentra incuestionablemente habilitado para regular. Y de hecho el Código Procesal Administrativo de Tucumán regula explícitamente el tópico, estableciendo que el particular puede demandar únicamente los daños emanados de un acto administrativo ilegítimo, sin impugnar el acto (dejándolo subsistente), y que en tal supuesto no habrá plazo de caducidad para la interposición de la acción judicial (solo prescripción), ni se requerirá el agotamiento previo de la vía administrativa (artículos 10 inciso 2 y 13 inciso 2 CPA).

III. Sentados los lineamientos sobre los que se asiente este pronunciamiento, de la atenta lectura de la demanda de autos se desprende que el actor pretende derivar el perjuicio cuya reparación reclama a la Provincia de Tucumán, del dictado de parte de esta del Decreto N° 64/14 del 13/01/2013, por el que se dispuso la “remoción del Escribano J. C. J. B., como Titular del Registro Notarial N° 25 de esta ciudad, de acuerdo a lo previsto en los artículos 44° y 45° de la Ley N° 5732...” (Art. 1°); como asimismo la designación de la Escribana G. V. D. B. como “Titular del Registro Notarial N° 25 de esta ciudad, conforme las prescripciones de los artículos 42°, 44° y 45° de la Ley N° 5732” (Art. 2°).

La pretensión promovida por el Sr. B. en este proceso se circunscribe (únicamente) a recla-

mar los daños presuntamente provocados por el Decreto N° 64/14 del 13/01/2013, resultando prístino, de la simple lectura del escrito de demanda, que el actor no pretende revertir lo decidido en aquel Decreto ni pretende en este proceso que —en concreto— se le restituya el Registro Notarial N° 25 del cual fuera removido por el acto en cuestión.

Así las cosas, y tal como se dijo, la excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, deviene inviable en procesos en los que —como acontece en el caso—, no se persigue una restitución *in natura* de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente, un resarcimiento de daños y perjuicios.

En mérito a ello, y por las demás razones expresadas ut supra, la excepción opuesta por la Provincia de Tucumán en los términos del artículo 41 inciso 2° CPA deviene conceptualmente improponible, correspondiendo su rechazo por inadmisibile.

IV. Teniendo en cuenta lo novedoso de la cuestión, y ponderando especialmente la existencia de precedentes jurisprudenciales que pueden haber generado en la Provincia de Tucumán razones probables para litigar, se estima prudente imponer las costas por el orden causado. (cfr. artículos 105 inciso 1 y 106 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, aplicables en la especie por disposición del artículo 89 del CPA).

Por ello, esta Sala Iª de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo, resuelve: I. No hacer lugar, por inadmisibile, a la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor por firmeza del acto administrativo (artículo 41 inciso 2° del CPA) deducida por la Provincia de Tucumán en fecha 25/09/2020, conforme a lo considerado. II. Costas, como se consideran. III. Reservar pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad. Hágase saber. — *María F. Casas.* — *Juan R. Acosta.*

# MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Acceso a la justicia y resolución de  
conflictos en el entorno electrónico

**Bibiana Beatriz Luz Clara**



2021



Esta obra  
**contiene  
Códigos QR**  
con material  
adicional.



**1 Tomo**  
Disponible en  
papel y *eBook*.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos están siendo valorados e impulsados por organismos nacionales e internacionales, e incorporándose a las agendas del sector de la Justicia. Esta obra práctica analiza las ventajas, desventajas y plantea soluciones a la temática, busca comprender la dinámica y sus características especiales y poder brindar un servicio de resolución de conflictos acorde con sus requerimientos.

Se analizan las distintas clases de plataformas y centros virtuales, sus condiciones y las funciones y responsabilidades de quienes intervienen en ellas. Se trata de visualizar hacia dónde nos dirigimos en materia de resolución electrónica de conflictos, buscando la mejora continua de la actividad, su profesionalización, en especial en beneficio de los justiciables.

**Dentro de los temas destacados de la obra podemos encontrar:** acceso a la Justicia a través de medios electrónicos (beneficio de litigar sin gastos, arbitraje, conciliación etc.), los problemas que surgen en torno al acceso por medios electrónicos, negociación en línea, arbitraje electrónico, conciliación electrónica, aplicaciones móviles que se utilizan, procedimiento de la mediación electrónica, entre otros.

Adquirir la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)



Seguí nuestra página  
de **LinkedIn** con contenido  
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam

